Universidades Lusíada

Gárate Castro, Javier

Notas para una valoración del impacto sobre el derecho nacional de los fallos del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales en asuntos afectados por normas de política social de la Unión : el caso português y algunas referencias al español

http://hdl.handle.net/11067/5928
https://doi.org/10.34628/9ecm-t826

Metadados

Data de Publicação	2020
Palavras Chave	União Europeia. Tribunal de Justiça - Jurisprudência, Países da União Europeia - Política social, Direito internacional e direito interno - Países da União Europeia
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] Minerva, v. 10, n. 03 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-12T08:18:07Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

NOTAS PARA UNA VALORACIÓN DEL IMPACTO SOBRE EL DERECHO NACIONAL DE LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA RESOLVIENDO PETICIONES DE DECISIONES PREJUDICIALES EN ASUNTOS AFECTADOS POR NORMAS DE POLÍTICA SOCIAL DE LA UNIÓN: EL CASO PORTUGUÉS Y ALGUNAS REFERENCIAS AL ESPAÑOL *

Javier Gárate Castro
Professor Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela
(ORCID ID 0000-0002-1109-7245)
DOI: https://doi.org/10.34628/9ecm-t826

* El presente estudio forma parte de los resultados del proyecto de investigación RTI2018-09791-B100, «Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales», concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). A lo largo de aquel se emplean los siguientes abreviaturas: AS (Aranzadi Social), ATJ (auto del Tribunal de Justicia), ET (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; según se indique o se deduzca del contexto, el aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o el aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), FOGASA (Fondo de garantía salarial), LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), RJ (Repertorio de jurisprudencia, de Aranzadi), STJ (sentencia del Tribunal de Justicia), STS (sentencia del Tribunal Supremo, de su Sala de lo Social, salvo que se indique otra cosa), STSJ (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma que expresamente se indique), TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), TS (Tribunal Supremo; Sala de lo Social, salvo que se indique otra cosa), TSJ (Tribunal Superior de Justicia; Sala de lo Social, salvo que se indique otra cosa) y TUE (Tratado de la Unión Europea).

Sumario: **1. Introducción. 2. Sobre las formas de impacto. 3. Peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles:** 3.1. Una primera etapa, hasta el 31 de diciembre de 2002, de planteamiento de un discreto número de peticiones de decisiones prejudiciales; 3.2. El incremento, espectacular y progresivo, a partir de 2003. **4. Peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por los jueces portugueses:** 4.1. Sobre los créditos salariales garantizados por el «Fundo de Garantia Salarial»: sentencia Gomes Viana Novo, auto Macedo Maia y archivo del asunto C-57/13, Pacheco Almeida; 4.2. Sobre la obligación de facilitar a la autoridad nacional competente para la fiscalización del cumplimiento de las condiciones de trabajo la consulta inmediata del registro del tiempo de trabajo: sentencia Worten y auto Pharmacontinente-Saúde e Higiene, S. A.; 4.3 Sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad: sentencias Ferreira da Silva e Brito, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança S. A., Piscarreta Ricardo y Correia Moreira: 4.3.1. *Transmisión en el seno de un grupo de empresas: sentencia Ferreira da Silva e Brito; 4.3.2. Sobre los presupuestos para una transmisión por cambio de subcontratista: sentencia Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança S. A.; 4.3.3. Trasmisión por traspaso de actividades de empresa municipal al ayuntamiento propietario y a otra de sus empresas municipales y concepto de trabajador a efectos de la Directiva 2001/23/CE: sentencia Piscarreta Ricardo; 4.3.4. Sobre el alcance del art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE y, de nuevo, sobre el concepto de trabajador a efectos de esta: sentencia Correia Moreira;* 4.4. Sobre si los arts. 221 y 232 del Código do Trabalho obligan, en interpretación conforme al Derecho de la Unión, a conceder un día de descanso a más tardar después de seis días de trabajo consecutivos: sentencia Maio Marques da Rosa y archivo del asunto C-415/16, Leal da Fonseca; 4.5. Sobre la prohibición, por la normativa nacional, de

la posibilidad de considerar, en el empleo público, que la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo a término determine que el trabajador afectado quede vinculado a su empleador por contrato por «tempo indeterminado»: sentencia JS contra Câmara Municipal de Gondomar.

Resumen: Los fallos del Tribunal de Justicia que resuelven cuestiones prejudiciales planteadas en pleitos en los que las normas nacionales aplicables deben responder a una transposición e interpretación apropiadas de las normas de la Unión reguladoras de las materias propias de la política social amplifican, sin duda, la repercusión del Derecho Social de la Unión sobre el Derecho del Trabajo de cada uno de los Estados miembros. Esa amplificación es tanto mayor cuanto más alto sea el número de los indicados fallos, principalmente de aquellos con origen en cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de que se trate. En el caso de Portugal, igual que en otros muchos Estados miembros, la referida amplificación es modesta, por el también modesto número de peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por sus órganos jurisdiccionales; sin embargo, no por ello está exenta de interés, tanto desde el punto de vista del ordenamiento jurídico portugués como desde el punto de vista del resto de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, incluido el español. En el caso de España, la amplificación es superior a la que cabe apreciar en casi todos los demás Estados miembros. Lo es como consecuencia del espectacular aumento de las cuestiones prejudiciales elevadas por los jueces y tribunales y la muy amplia diversidad de materias sobre las que versan. Los órganos jurisdiccionales españoles se han convertido en los más activos de los Estados miembros en el planteamiento de cuestiones prejudiciales sobre asuntos condicionados por normas adoptadas por la Unión en ejercicio de sus competencias en materia de política social. Esa actividad de los jueces españoles es objeto de indicaciones dirigidas a ofrecer al lector información facilitadora de su comparación con la actividad de los jueces de otros Estados miembros. A igual finalidad sirve el breve comentario de las sentencias y autos del Tribunal de Justicia que dan una respuesta de fondo a las peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por los

órganos jurisdiccionales portugueses en el ya indicado tipo de asuntos.

Palabras clave: Decisiones prejudiciales, jurisprudencia del Tribunal de Justicia, política social de la Unión Europea, primacía del derecho de la Unión.

Abstract: Judgments of the Court of Justice ruling on questions referred for a preliminary ruling in cases in which the applicable national rules must comply with an appropriate transposition and interpretation of the Union rules governing matters of social policy undoubtedly amplify the impact of Union social law on the labour law of each of the Member States. This amplification is all the greater the greater the number of such judgments, mainly those arising from preliminary rulings by the courts of the Member State concerned. In the case of Portugal, as in many other Member States, this amplification is modest, because of the also modest number of references for preliminary rulings made by its courts; nevertheless, it is not without interest, both from the point of view of the Portuguese legal system and from the point of view of the rest of the national systems of the Member States, including Spain. In the case of Spain, the amplification is greater than in almost all the other Member States. This is a consequence of the spectacular increase in the number of preliminary rulings submitted by judges and courts and the very wide range of subjects on which they are based. The Spanish courts have become the most active of the Member States in referring questions for preliminary rulings on matters affected by rules adopted by the Union in the exercise of its powers in the field of social policy. This activity of Spanish judges is the subject of indications aimed at providing the reader with information that facilitates comparison with the activity of judges in other Member States. The same purpose is served by the brief commentary on the judgments and orders of the Court of Justice which give a substantive response to the requests for preliminary rulings made by the Portuguese courts in the type of cases already mentioned.

Keywords: Preliminary rulings, case-law of the Court of Justice, social policy of the European Union, primacy of Union law.

1. Introducción

El examen de la repercusión de las sentencias y los autos del Tribunal de Justicia que resuelven peticiones de decisiones prejudiciales cuestionando si una determinada regulación nacional (estatal o convencional) que transpone normas de la Unión sobre materias propias de la política social es o no conforme a tales normas muestra que la referida repercusión no acaba, por lo general, en el Estado miembro del que provenga el planteamiento de las correspondientes peticiones y llega, a menudo, a los derechos nacionales de otros Estados, en los que se hace visible a través de cambios normativos y de criterios de la jurisprudencia y doctrina judicial inspirados en los fallos de aquellas sentencias y autos. Con todo, no cabe duda de que la repercusión o el impacto es de mayor intensidad en el derecho nacional al que pertenezca, en cada caso, la disposición normativa enjuiciada. En ese derecho nacional, los efectos de la repercusión son directos o inmediatos. Lo son, además, en múltiples direcciones, de las que se da cuenta más adelante. El impacto sobre el Derecho del Trabajo portugués o español de esos fallos que resuelven peticiones de decisiones prejudiciales elevadas en litigios sobre asuntos concernidos por disposiciones normativas de la Unión sobre política social (arts. 151 y sigs. del TFUE) no constituye una excepción a lo anterior. Aunque aquel examen pase, de forma necesaria y principal, por la atención a los fallos correspondientes a las peticiones con origen en los órganos jurisdiccionales portugueses o españoles, no será completo si se prescinde de atender a los fallos -a sus efectos *indirectos*- correspondientes a las peticiones presentadas por los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros[1]. A pesar de

1 Cabe traer a colación al respecto, por ejemplo, en el caso de España, la STJ de 20 de enero de 2009, *Schultz-Hoff* (asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06), determinante del cambio de criterio seguido hasta entonces por el TS en relación con los efectos sobre las vacaciones de la incapacidad temporal coincidente con el período de disfrute de estas fijado con anterioridad a la baja médica. Cambió el criterio, apoyándose en la doctrina de la citada sentencia, la STS de 24 de junio de 2009 (RJ 2009/4286), de Sala General y de unificación de doctrina. Otro ejemplo, también español, lo constituye la STJ de 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr* [asunto C-506/06: Los arts. 2.1 y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE «se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro*, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero (...), en la medida en que se demuestre que este

ello, un análisis limitado al primer grupo de fallos está justificado cuando de lo que se trata es de determinar en qué medida la actividad de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro provoca el referido tipo de impacto al plantear peticiones de decisiones prejudiciales en el curso del tipo de litigios a los que se ha hecho referencia.

Tomando como referencia las peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por los jueces portugueses y españoles, los respectivos impactos no pueden ser más desiguales tanto en términos cuantitativos como cualitativos. El notable grado de impacto de las peticiones elevadas por los jueces españoles contrasta con el modesto atribuible a las peticiones elevadas por los jueces portugueses.

En honor a la verdad, la diferencia de impacto sigue siendo favorable a España cuando este se compara con el derivado de las peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por los jueces de la mayor parte de los demás Estados miembros, tanto de menor como de mayor número de habitantes[2], aplicando, por descontado, el factor de corrección de la fecha de ingreso en la Unión. Es notablemente superior, incluso, al de Francia e Italia. Si bien se mira, los mayores grados de impacto corresponden a Alemania y España, por este orden y tomando en consideración las peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por sus respectivos jueces desde el 1 de enero de 1986, fecha en que España ingresó en la que hoy es la Unión Europea. No vale, para justificar las apuntadas diferencias de impacto, el asociarlas al mayor o menor número de trabajadores con que cuenta cada uno de los Estados miembros, que, a los efectos indicados, constituye, con carácter general, un factor neutro o, en el mejor de los casos, de relativa repercusión. Tampoco vale considerar que el mayor o menor número de peticiones de decisiones prejudiciales planteadas es consecuencia del

despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento» (apartado 54 y fallo)], la cual llevó a la STS de 4 de abril de 2017, también de casación para la unificación de doctrina (RJ 2017/1981), a declarar, en relación con la trabajadora sometida a un proceso de fertilización y fecundación *in vitro* que es objeto de un despido cuando todavía no han sido implantados los óvulos fecundados en su útero, que dicho despido es nulo, por discriminatorio por razón de sexo, al no haber quedado desvirtuados por la empresa los indicios existentes al respecto.

2 Así, entre los primeros, Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Países Bajos, República Checa y Suecia; entre los segundos, Francia y Polonia.

diferente grado en que las normas laborales nacionales transponen de forma apropiada o exacta las disposiciones de la Unión sobre política social, pues nada indica que ese grado sea más elevado en los Estados miembros cuyos jueces han planteado el menor número de peticiones, ni más bajo en los Estados miembros con mayor número de estas. En otras palabras, no parece que el conjunto de la normativa laboral española o alemana haya transpuesto aquellas disposiciones de la Unión de forma más deficiente o inapropiada que la normativa francesa, holandesa, sueca o portuguesa.

2. Sobre las formas de impacto

Con independencia del Estado miembro del que procedan, lo cierto es que las peticiones de decisiones prejudiciales elevadas por los jueces nacionales en asuntos que requieren una valoración de disposiciones normativas de la Unión que versan sobre contenidos o ámbitos propios de la política social[3] han permitido, felizmente, que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre un variado grupo de materias y situaciones respecto de las cuales es preciso que las normas laborales nacionales de aplicación correspondan a una transposición e interpretación apropiadas de las aludidas disposiciones. Aunque la repercusión de las sentencias y los autos del Tribunal de Justicia sobre aquellas normas nacionales, sobre la jurisprudencia y doctrina judicial que las interpreta y aplica y sobre las prácticas de los empleadores es predicable de todas y cada una de las resoluciones[4], su intensidad varía en función de los asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal y, por descontado, del sentido del fallo emitido o, lo que es igual, de que este declare o rechace la conformidad

3 El definido, además de por el art. 153 del TFUE, por la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras, objeto del art. 157.

4 Sobre la referida repercusión, véase, en el caso español, VV.AA.: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a Mª. Emilia Casas Baamonde*, J. GÁRATE CASTRO y Y. MANEIRO VÁZQUEZ (directores), Universidade de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 2020), donde se comentan las peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles en materias que cuentan con normas de la Unión sobre política social y que han merecido, hasta el 30 de noviembre de 2019, respuesta de fondo por parte del Tribunal (ochenta y seis peticiones).

con el derecho de la Unión de las referidas normas o de la forma en que se interpretan y aplican. Con mayor precisión, la repercusión de que se trata varía en función de que el fallo del Tribunal:

1) Haya conducido o debiera conducir a la modificación de los preceptos de la normativa nacional en los que encajen los hechos enjuiciados en el litigio principal.
2) Obligue al juez del Estado miembro de que se trate a abstenerse de aplicar alguno de los preceptos de la normativa nacional por contrario a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, como sucede, señaladamente, con el principio de igualdad de trato. La inaplicación queda descartada, con carácter general, en los supuestos de disposiciones nacionales que se opongan a disposiciones del derecho de la Unión carentes de efecto directo[5].
3) Obligue a realizar o consienta una interpretación conforme de los aludidos preceptos por parte de los jueces y tribunales nacionales en orden a garantizar la plena efectividad del derecho de la Unión[6].
4) Haya llevado o debiera llevar a un cambio de criterio por parte de los referidos jueces y tribunales.
5) Venga a privar de validez a prácticas de los empleadores o de las administraciones públicas, forzando a su abandono o modificación.
6) Sea trasladable, en cualesquiera de los Estados miembros, a otros asuntos próximos o análogos a los que hayan sido objeto del litigio principal.

A las anteriores formas de impacto, se suma, en España, el empleo de la doctrina del Tribunal de Justicia fijada en interpretación del

5 Véase último apartado de este escrito.

6 Sobre la necesidad de esa interpretación conforme resultan muy ilustrativas las consideraciones que hace la STS de 24 de junio de 2009, cit. nota 1. Advierte la Sala (fundamento de derecho cuarto) que, conforme a «constante doctrina del TJCE, los tribunales nacionales han de interpretar al límite el derecho interno, al objeto de alcanzar una interpretación que sea acorde con las directivas y los principios del derecho comunitario».

derecho de la Unión con valor uniforme para todos los ordenamientos nacionales de los Estados miembros:

1) Como valioso criterio interpretativo a emplear por el Tribunal Constitucional, con fundamento en el art. 10.2 de la Constitución, en la tarea de determinar, con ocasión de la resolución de un recurso de inconstitucionalidad, una cuestión de constitucionalidad[7], una cuestión interna de inconstitucionalidad[8] o un recurso de amparo, el sentido y alcance de los derechos y libertades que cuentan con reconocimiento constitucional[9].
2) Como doctrina de contraste a efectos de la interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia que entren en contradicción con aquella[10]. De apreciar la contradicción, el Tribunal Supremo queda obligado a la estimación del recurso y a casar y anular la sentencia recurrida[11].
3) Como «jurisprudencia» cuya infracción por parte del órgano jurisdiccional que haya conocido del asunto en primera y única instancia es susceptible de ser examinada a través del recurso de suplicación[12] o de casación ordinaria[13].

Estas dos últimas formas de impacto se corresponden o concuerdan con la obligación de los jueces y tribunales de aplicar el derecho de la Unión «de conformidad con la jurisprudencia» del Tribunal de Justicia,

7 Cfr. art. 35 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

8 Cfr. art. 55.2 de la Ley orgánica cit.

9 Véanse sentencias del Tribunal Constitucional 75/2011, de 19 de mayo de 2011, 61/2013, de 14 de marzo de 2013, y 91/2019 y 92/2019, de 3 y 15 de julio de 2019, respectivamente.

10 Art. 219.2 de la LRJS. Sobre el asunto véase el magnífico trabajo de Y. MANEIRO VÁZQUEZ: «La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación», Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2017, núm. 47.

11 Un caso de apreciación de la contradicción, aunque referido a una sentencia de contraste resolviendo petición de decisión prejudicial planteada por juez austriaco (la STJ de 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr*, cit.), en STS de 4 de abril de 2017, cit.

12 Cfr. art. 193.c) de la LRJS.

13 Cfr. art. 207.e) de la LRJS.

establecida en el art. 4.1bis de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ni que decir tiene que a cada una de las indicadas formas de impacto puede preceder o seguir otra u otras. Así, la realización de interpretaciones conformes de los preceptos del derecho nacional o su muy excepcional inaplicación judicial por contrarios a derechos fundamentales susceptibles de ser tutelados por el Tribunal de Justicia pueden desencadenar, finalmente, la modificación de los aludidos preceptos, igual que, por ejemplo, en el caso de España, la estimación de un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se hubiese aportado como sentencia de contraste una de aquel Tribunal. Las mismas interpretaciones conformes pueden llevar al abandono o corrección de criterios judiciales[14] o de prácticas empresariales y también pueden ser trasladables a asuntos próximos; es más, las aludidas interpretaciones pueden llegar a no diferenciarse del cambio o abandono de criterios seguidos por la jurisprudencia y la doctrina judicial. Dicho cambio o abandono puede tener su origen, en España, en la estimación de un recurso de casación para la unificación de doctrina confirmando la contradicción de la sentencia recurrida con la del Tribunal de Justicia aportada como sentencia de contraste; o en la estimación de un recurso de suplicación o de casación ordinaria motivado por infracción de la jurisprudencia fijada por igual Tribunal como intérprete del derecho de la Unión. En otro orden de cosas, si bien se mira, la inactividad legislativa ante fallos del Tribunal que conducen a que el juez nacional deba acudir a esas interpretaciones conformes o a cambios de criterios y, en definitiva, a recrear los correspondientes preceptos, viene a convertir a este en legislador y, a la postre, constituye un argumento oponible frente a quienes mantienen la negativa a reconocer el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho.

Se insiste en que todas y cada una de las resoluciones del Tribunal que entran en el fondo del asunto, presentes y futuras, impactan

14 Como recuerda la sentencia de 14 de mayo de 2019, *CCOO/Deutsche Bank* (asunto C-55/18), «la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya consolidada si esta se basa en una interpretación del derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva» (apartado 70).

sobre los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. El impacto ha sido y será, en bastantes casos, directo e inmediato; en otros, es, si se quiere, latente. Sucede esto último cuando el fallo declare que no existe oposición entre la normativa nacional (estatal o convencional) y el derecho de la Unión. Un fallo en tal sentido ha de ser tenido en cuenta por los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales no podrán apartarse de él y declarar la oposición no apreciada por el Tribunal de Justicia. Si lo hacen, el aludido impacto latente se activa y permite la antes indicada impugnación de su sentencia[15], la cual podría producirse, en el derecho español, bien por la vía del recurso de suplicación o de casación ordinaria, bien por la vía del recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. Peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles

Un análisis limitado al grupo de fallos del Tribunal de Justicia correspondientes a materias propias de la política social y a peticiones de decisiones prejudiciales con origen en los órganos jurisdiccionales españoles revela que el impacto de aquellos sobre el derecho español es, además de notable, fruto de una concentrada, creciente y exitosa actividad de los referidos órganos.

Las peticiones de decisiones prejudiciales planteadas hasta la fecha por nuestros tribunales en materias que cuentan con normas de la Unión pertenecientes al que consideramos, a efectos del presente

15 En España, sería el caso, por ejemplo, de una sentencia de suplicación o dictada en primera y única instancia en la cual el órgano jurisdiccional aprecie que la Directiva 98/59/CE conduce a considerar constitutiva de despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo de varios empleados como consecuencia de la muerte del empresario, lo que descarta la STJ de 10 de diciembre de 2009, *Rodríguez Mayor* (asunto C-323/08). También el de una sentencia con igual origen que considere que la extinción por finalización de un contrato de trabajo de interinidad o de otra modalidad de contrato de duración determinada es comparable a la extinción por causas objetivas y exige reconocer al trabajador afectado, en virtud del Acuerdo marco sobre el contrato de duración determinada, el derecho al pago de la indemnización prevista en el art. 53.1.b) del ET, lo cual es descartado por las sentencias *De Diego Porras II* (asunto C-619/17), *Montero Mateos* (asunto C-677/16) y *Grupo Norte Facility* (asunto C-574/16), las tres de 2018, y el auto *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia/Universidad de Santiago de Compostela* (asunto C-293/18), de 19 de marzo de 2019.

estudio, ámbito estricto de la política social[16] sobrepasan, con mucho, el centenar; para ser más precisos, se acercan a las ciento treinta. Hasta el 31 de abril de 2021, el Tribunal de Justicia ha dado respuesta, entrando en el fondo del asunto, a noventa y cuatro de esas peticiones; de ellas, setenta y una se han resuelto por sentencia y quince por medio de auto motivado. Basta con atender al grupo de peticiones a las que se acaba de hacer referencia, caracterizadas por haber merecido una resolución de fondo[17], para concluir que los tribunales españoles han pasado a ser

16 Véase nota 3. No se toma en consideración, por la razón indicada, las dos peticiones de cuestión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa en el año 2014 y resueltas por la STJ de 15 de octubre de 2015, *Ibáñez Gutiérrez* (asuntos C-352/14 y C-353/14). Aunque en el asunto objeto del litigio principal el juez nacional duda sobre la compatibilidad con el derecho de la Unión del importe de las indemnizaciones acordadas en un procedimiento de despido colectivo, superiores a las mínimas legales (las derivadas de la aplicación del ET), la duda se refiere a la cobertura de ese importe con ayudas concedidas por el Estado, al amparo de la Decisión C(2012) 8764 final de la Comisión, de 28 de noviembre de 2012, para la restructuración del grupo bancario en el que se produjo dicho despido (Banco Financiero y de Ahorro, S.A., y su filial Bankia, identificados en la sentencia como "Grupo BFA"). Si se prefiere, no se cuestiona en ningún momento la compatibilidad de aquel importe más elevado con las normas de política social de la Unión que se ocupan del despido colectivo (la Directiva 98/59/CE). De acuerdo con el fallo de la sentencia, «la Decisión C(2012) 8764 final de la Comisión, de 28 de noviembre de 2012, relativa a la ayuda concedida por las autoridades españolas para la reestructuración y recapitalización del grupo BFA, y los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, en los que se basa dicha Decisión, no se oponen a la aplicación, en el marco de un litigio relativo a un despido colectivo comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Decisión, de una normativa nacional que, en caso de despido improcedente del trabajador, fija un importe de indemnización superior al mínimo legal.»

17 Se descartan o no se tienen en cuenta las peticiones archivadas por haberse retirado, las declaradas inadmisibles en su totalidad y, por último, aquellas en las que el Tribunal se considera manifiestamente incompetente para responder a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial. Pertenecen al primer grupo de peticiones, por ejemplo, la presentada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en 2016 y tramitada como asunto C-432/16 (ATJ de 12 de abril de 2018, *Minayo Luque*); o la presentada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en 2007 y tramitada como asunto C-97/07 (ATJ de 15 de enero de 2008, *Méndez López*). Pertenecen al segundo grupo de peticiones, por ejemplo, la presentada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cádiz en 2017, tramitada como asunto C-252/17 (ATJ de 21 de marzo de 2018, *Vadillo González*), la presentada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona en 2016, tramitada como asunto C-97/16 (STJ de 2 de marzo de 2017, *Pérez Retamero*), la presentada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en 2014, tramitada como asunto C-351/14 (STJ de 16 de junio de 2016, *Rodríguez-Sánchez*) y la presentada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Almería en 2009, tramitada como asunto C-389/09 (ATJ de 20 de enero de 2010, *Sáenz Morales*). En fin, en el tercer grupo de peticiones se incluyen, entre otras, la presentada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid en 2014 (STJ de 5 de febrero de 2015, *Nisttahuz Proclava*, asunto C-117/14), la presentada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa en 2013 (STJ de 27 de marzo de 2015, *Torralbo Marcos*, asunto C-265/13) y la presentada

los más dinámicos de los Estados miembros a la hora de demandar del Tribunal de Justicia una respuesta segura sobre la interpretación que merecen determinados preceptos de las normas de la Unión sobre los contenidos que forman parte de la política social y decidir, en función de dicha respuesta, si la regulación nacional (estatal o convencional) de la materia o su interpretación judicial cumplen con las exigencias de las aludidas normas.

Desde luego, un número de peticiones de decisiones prejudiciales tan alto como el indicado podría conducir a pensar que nuestros jueces, en especial los del orden jurisdiccional social, son los más inseguros a la hora de interpretar el derecho de la Unión y establecer, en el caso concreto, si el derecho nacional se opone o no a él. Sin embargo, el conocido dato numérico admite una valoración bien diferente: un grupo de jueces, cada vez más receptivo al enjuiciamiento de los asuntos teniendo en cuenta la regulación de la materia por parte del derecho de la Unión y la supremacía de este, ha terminado por convertir a los tribunales españoles en los que menos reparos tienen en solicitar al Tribunal de Justicia un pronunciamiento expreso sobre la interpretación de la norma social de la Unión y la conformidad a ella de la correspondiente norma laboral nacional.

No siempre ha sido así. La atención de los jueces españoles a los requerimientos de la regulación de la Unión sobre materias propias de la política social fue muy escasa durante muchos años y, en concreto, durante la primera mitad del período que España lleva formando parte de la Unión. El número de peticiones de decisiones prejudiciales solo comienza a crecer de forma significativa a partir de 2003.

Por lo que respecta a los tribunales laborales, de ellos procede la mayor parte de las noventa y cuatro peticiones de decisiones prejudiciales origen de las sentencias y autos de fondo que contemplan; en concreto, sesenta y dos sentencias y diez autos. Una de las aludidas peticiones procede del extinto Tribunal Central de Trabajo, tres aparecen planteadas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional[18] y otras

por el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba en 2012 (ATJ de 7 de marzo de 2013, *Rivas Montes*, asunto C-178/12).

18 La primera de ellas, presentada en 2014, fue resuelta por la STJ de 10 de septiembre de 2015 (*Federación*

dos por la Sala de lo Social del TS[19]. Las restantes proceden de los juzgados de lo social (treinta y tres peticiones) y de las salas de lo social de tribunales superiores de justicia (treinta y siete). La inclusión de los empleados públicos con una relación de servicios temporal de naturaleza administrativa (personal eventual, funcionarios interinos, personal estatutario eventual) en el ámbito de determinadas disposiciones normativas de la Unión reguladoras de materias propias de la política social[20] explica la presencia de cuestiones prejudiciales elevadas por órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo en litigios principales que hacen referencia a aquellos. Proceden de dichos órganos jurisdiccionales dieciséis peticiones resueltas por nueve sentencias y cinco autos; dos de ellas proceden de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS[21], una de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco y las demás de juzgados de lo contencioso-administrativo. En fin, las dos peticiones que restan tienen su origen en el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

3.1. Una primera etapa, hasta el 31 de diciembre de 2002, de planteamiento de un discreto número de peticiones de decisiones prejudiciales

de servicios privados del sindicato Comisiones Obreras, asunto C-266/14); las otras dos, presentadas en 2018, encontraron sendas respuestas de fondo en la STJ de 14 de mayo de 2019 (*Federación de servicios de Comisiones Obreras/Deutsche Bank*, asunto C-55/18) y en la STJ de 4 de junio de 2020 [*Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (Fetico)/Grupo de Empresas DIA, S. A.* y *Twins Alimentación, S. A.*, asunto C-588/18].

19 La primera de ellas, presentada en 2011, fue resuelta por la STJ de 21 de junio de 2012 (*ANGED*, asunto C-78/11); la segunda, presentada en 2017, tuvo su origen en los graves problemas suscitados por la aplicación de la doctrina de la STJ de 14 de septiembre de 2016 (*de Diego Porras*, asunto C-596/14), relativa a la pertinencia del abono de indemnización por finalización del contrato de interinidad. Dicha segunda petición encontró respuesta de fondo en la STJ de 21 de noviembre de 2018 (*de Diego Porras II*, asunto C-619-17), la cual rectificó el criterio mantenido en 2016.

20 Entre ellas, por ejemplo, el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, y la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

21 La primera de ellas, de 2014, fue resuelta por la STJ de 9 de julio de 2015 (*Regojo Dans*, asunto C-177/14; ECLI:EU:C:2015:450); la segunda, de 2018, fue resuelta por el ATJ de 12 de junio de 2019 (*Aragón Carrasco*, C-367/18; ECLI:EU:C:2019:487).

Desde el ingreso de España en la entonces Comunidad Económica Europea, el 1 de enero de 1986, y hasta el 31 de diciembre de 2002, las peticiones de decisiones prejudiciales de los jueces españoles han sido doce. La primera, de 1986, formulada por la sala cuarta del extinto Tribunal Central de Trabajo, por medio de auto de 21 de marzo de dicho año, fue resuelta por la STJ de 29 de septiembre de 1987 (*Giménez Zaera*, asunto C-126/86). La referida petición venía a solicitar una respuesta del Tribunal sobre si casaba con los objetivos de la política social una medida regresiva de la protección del sistema público de seguridad social como la contenida en el art. 52.1 de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1984, que había declarado la incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema seguridad social *«con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida en cualesquiera administraciones públicas y organismos constitucionales. La respuesta del Tribunal fue tan breve como contundente: «Ni el artículo 2 ni los artículos 117 y 118 del Tratado CEE se oponen a la introducción por una legislación nacional de una prohibición de acumulación de una pensión de jubilación con una remuneración de funcionario que implique una reducción de ingresos de los afectados».*

Sin duda, el fallo transcrito explica la suerte que correría la siguiente de las peticiones del período, elevada por la Magistratura de Trabajo nº 19 de Barcelona, por medio de auto de 1 de septiembre de 1987, tramitada como asunto C-304/87 (*Abarca Formiga*) y de contenido coincidente con el de la primera petición. Visto el fallo de la sentencia que resolvió esta, no extraña que la ahora contemplada segunda petición, planteada veintiocho días antes de la fecha de ese fallo, concluyese con el archivo del asunto por parte del Tribunal, que se produjo por resolución de 16 de diciembre de 1987[22].

Desde la citada segunda y archivada petición hasta la siguiente habrían de pasar casi cinco años. Esa tercera petición, de 31 de julio de 1992 y de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, fue resuelta por la STJ de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner Miret*, asunto C-334/92), que constituye

22 Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 111, de 28 de abril de 1988.

la primera decisión del Tribunal promovida por jueces españoles con impacto patente sobre nuestro Derecho del Trabajo. Semejante impacto lo fue en un doble plano: sobre la doctrina judicial y sobre la legislación laboral. Tras dejar claro que el personal de alta dirección estaba comprendido, en España, en el ámbito de aplicación de la que entonces era la Directiva 80/987/CEE (hoy sería la Directiva 2008/94/CE) y, por lo tanto, figuraba entre los sujetos a los que debía alcanzar la protección de la institución nacional de aseguramiento del pago de las cantidades que el empresario insolvente adeude a sus trabajadores, como consecuencia de los respectivos contratos de trabajo, concluye el Tribunal que, en el supuesto de que la regulación de tal institución nacional (el FOGASA) no consienta, ni siquiera a través de una interpretación conforme, llevar aquella protección al referido personal, este tendría derecho a solicitar al Estado «la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la Directiva»[23]. Pues bien, recibida la anterior respuesta, el órgano jurisdiccional remitente optó por resolver el caso (el litigio principal) atendiendo a la apuntada solución supletoria[24], por no apreciar la posibilidad de la interpretación conforme y descartar el efecto directo de la Directiva 80/987/CEE en el punto de que se trata[25]. No quedó todo ahí. Ciertamente, la existencia de una jurisprudencia contradictoria sobre la materia[26], la respuesta del TS en orden a la solución de la contradicción[27], el propio planteamiento de la petición de decisión prejudicial por parte de la Sala catalana y, de modo especial, las conclusiones del Abogado General sobre el asunto, de 15 de julio de 1993, anticipando cuál podría ser la respuesta del Tribunal, habían

23 Apartado 23 y fallo 2.b).

24 Lo hizo en su sentencia de 16 de febrero de 1994 (AS 1994/577), con criterio que tiene ocasión de volver a aplicar la de igual Sala y Tribunal de 11 de noviembre del mismo año (AS 1994/4364).

25 Siguiendo la doctrina del TS, puesta de manifiesto en sus sentencias de 13 de julio de 1991 (RJ 1991/5985) y 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10382), ambas de casación para la unificación de doctrina.

26 Así, acogiendo la pretensión del personal de alta dirección de acceder a la protección del FOGASA, sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja de 27 de marzo y 31 de diciembre de 1990 (AS 1990/2186 y AS 1990/2258, respectivamente); también STSJ de Navarra de 21 de junio de 1991 (AS 1991/3879). Desestimando la referida pretensión, STSJ de Aragón de 12 de enero, STSJ de Cantabria de 18 de abril y STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de diciembre, las tres de 1991 (AS 1991/181, AS 1991/2553 y AS 1991/6942, respectivamente).

27 Véanse sentencias citadas en la nota 25.

contribuido a la creación de una situación favorable a una modificación legal que permitiera el disfrute de la protección del FOGASA por parte del personal de alta dirección y, a la postre, cumplir respecto de él lo ordenado por la Directiva 80/987/CEE. En este contexto, el fallo del Tribunal vino a hacer más necesaria e, incluso, obligada la modificación introducida por la disposición adicional segunda de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que estableció, con redacción posteriormente incorporada a la disposición adicional quinta del ET (de los textos refundidos de 1995 y de 2015), que «las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29, 32 y 33 del Estatuto de los Trabajadores.»

En cuanto a las nueve peticiones que quedan, cuatro versan sobre la transmisión de empresas. La más antigua de ellas, de 1995, fue resuelta por la STJ de 17 de abril de 1997 (*Burdalo Trevejo*, asunto C-336/95), declarando la imposibilidad de la válida invocación de la Directiva 77/187/CEE en el caso objeto del litigio principal, relativo a una transmisión de empresa producida en una fecha en la que tal Directiva todavía no había comenzado a producir efectos jurídicos en España. Otra, presentada en 1996 por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, fue resuelta por la STJ de 10 de diciembre de 1998 (*Sánchez Hidalgo*, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96) y, por último, las otras dos, presentadas en 1996 y 1997 por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia y el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, respectivamente, fueron resueltas por la STJ de 10 de diciembre de 1998 (*Hernández Vidal*, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97). Por lo que se refiere a las restantes cinco peticiones del período, la primera de ellas, de 1998 y de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, fue resuelta por la STJ de 3 de octubre de 2000 [*Sindicato de médicos de asistencia pública (SIMAP)*, asunto C-303/98]; dos más, de 1999, de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia y del Juzgado de lo Social único de Algeciras, fueron resueltas, respectivamente, por el ATJ de 3 de julio de 2001 (*Confederación Intersindical Galega*; asunto C-241/99) y la STJ de 4 de octubre de 2001 (*Jiménez Melgar*, asunto C-438/99); otra, del año 2000 y presentada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, fue resuelta por la STJ de 12 de diciembre de 2002 (*Rodríguez Caballero*, asunto C-442/00) y la última, de 2001, presentada por el Juzgado de lo

Social nº 33 de Madrid, encontró respuesta en la STJ de 18 de marzo de 2004 (*Merino Gómez*, asunto C-342-01).

3.2 El incremento, espectacular y progresivo, a partir de 2003

La situación relativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales por los jueces españoles inicia un cambio radical en el año 2003. Creo que semejante cambio no es ajeno a la mejora de la formación y a la mayor experiencia de nuestros jueces en el campo del derecho de la Unión, en particular del social. Asimismo, tampoco es ajeno al activismo o especial celo de algunos de ellos en velar por una aplicación de las disposiciones laborales españolas ajustada a su plena conformidad con las exigencias de las normas sociales de la Unión de las que sean transposición y a la adecuada interpretación de dichas normas.

Desde 2003 no falta un año en el que no se haya presentado, al menos, una petición de decisión prejudicial que haya merecido una respuesta de fondo del Tribunal y son mayoría los años en que aparecen dos o más peticiones de ese tipo. Llama la atención, en particular, el importante aumento de peticiones a partir del año 2013. Dejando a un lado las peticiones retiradas, inadmitidas o que cuentan con una resolución del Tribunal en la que este se declara incompetente para responder a las cuestiones planteadas, el año 2013 marca el inicio de un período que comprende más de la mitad de las noventa y cuatro peticiones resueltas por sentencia o auto desde 1986 y hasta el 30 de abril de 2021. Corresponden a tal período cuarenta y dos sentencias y nueve autos. En esas resoluciones (cincuenta y una), el Tribunal entra en el fondo y resuelve cincuenta y seis peticiones, de las cuales seis se plantearon en 2013, siete en 2014, nueve en 2015, siete en 2016, otras siete en 2017, diecisiete -un récord- en 2018 y tres en 2019. La diferencia con cualquier etapa anterior que se tome en consideración aun será mayor con las sentencias o autos que puedan resolver, entrando en el fondo, otras peticiones pendientes de los años 2019, 2020 y 2021.

El resultado de la actividad de nuestros tribunales a partir del año 2003 es, en lo que concierne a las peticiones de decisiones prejudiciales admitidas y resueltas por sentencia o auto entrando en el fondo, el siguiente:

Año 2003: una petición procedente de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, resuelta por la STJ de 16 de diciembre de 2004 (*Olaso Valero*, asunto C-520/03).

Año 2004: una petición procedente del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, resuelta por la STJ de 16 de febrero de 2006 (*Sarkatzis Herrero*, asunto C-294/04).

Año 2005: cinco peticiones; una del Juzgado de lo Social único de Algeciras, dos del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, otra de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León y la última del Juzgado de lo Social nº 1 de San Sebastián. La respuesta del Tribunal a dichas peticiones se encuentra, respectivamente, en el auto de 13 de diciembre de 2005 (*Guerrero Pecino*, asunto C-177/05) y en las sentencias de 11 de julio de 2006 (*Chacón Navas*, asunto C-13/05), 16 de octubre de 2007 (*Palacios de la Villa*, asunto C-411/05), 7 de septiembre de 2006 (*Cordero Alonso*, asunto C-81/05) y 13 de septiembre de 2007 (*del Cerro Alonso*, asunto C-307/05).

Año 2006: dos peticiones procedentes del Juzgado de lo Social único de Algeciras, resueltas por el Tribunal en 2008, en sus sentencias de 17 de enero (*Velasco Navarro*, asunto C-246/06) y 21 de febrero (*Robledillo Núñez*, asunto C-498/06).

Año 2007: dos peticiones elevadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona y el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, resueltas, respectivamente, por las sentencias de 16 de octubre de 2008 (*Kirtruna, S. L.*, asunto C-313/07) y 16 de julio de 2009 (*Gómez Limón*, asunto C-537/07).

Año 2008: dos peticiones; una planteada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid y la otra por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Tales peticiones fueron resueltas por el Tribunal en 2009, por medio de las sentencias de 10 de septiembre (*Vicente Pereda*; asunto C-277/08) y 10 de diciembre (*Rodríguez Mayor*, asunto C-323/08), respectivamente.

Año 2009: cinco peticiones. Dos de ellas, planteadas por juzgados de lo contencioso-administrativo (el nº 3 de La Coruña y el nº 3 de Pontevedra), fueron resueltas por la STJ de 22 de diciembre de 2010 (*Gavieiro Gavieiro*, asuntos acumulados C-444/09 y 456/09). Las tres peticiones restantes, procedentes del Juzgado de lo Social único de Algeciras, de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia y de la Sala de lo Social

del TSJ de Castilla-La Mancha, fueron resueltas, respectivamente, por la STJ de 29 de julio de 2010 (*Federación de servicios públicos de la UGT*, asunto C-151/09), la STJ de 30 de septiembre de igual año (*Roca Álvarez*, asunto C-104/09) y la STJ de 20 de enero de 2011 (*Clece, S. A.*, asunto C-463/09).

Año 2010: cuatro peticiones. Una de ellas, planteada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, es resuelta por el ATJ de 18 de marzo de 2011 (*Montoya Medina*, asunto C-273/10). Dos, planteadas por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, aparecen resueltas por la STJ de 19 de mayo de 2011 (*Barcenilla Fernández*, asuntos acumulados C-256/10 y C-261/10). La última, procedente del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 12 de Sevilla, también es resuelta por el Tribunal en 2011, en su sentencia de 8 de septiembre (*Rosado Santana*, asunto C-177/10).

Año 2011: tres peticiones. Una planteada por la Sala de lo Social del TS, resuelta por la STJ de 21 de junio de 2012 (*ANGED*, asunto C-78/11); otra planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, resuelta por la STJ de 22 de noviembre de 2012 (*Elbal Moreno*, asunto C-385/11), y la tercera y última, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid, resuelta por el ATJ de 9 de febrero de 2012 (*Lorenzo Martínez*, asunto C-556/11).

Año 2012: dos peticiones; una planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm y la otra por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lérida. Ambas fueron resueltas en 2013, la primera, por el ATJ de 21 de febrero (*Maestre García*, asunto C-194/12); la segunda, por la STJ de 19 de septiembre (*Betriu Montull*, asunto C-5/12).

Año 2013: seis peticiones con origen en el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Oviedo, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona y el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de igual ciudad. La respuesta del Tribunal a las cinco primeras se produjo, respectivamente, en las sentencias de 13 de marzo (*Márquez Samohano*, asunto C-190/13), 10 de julio (*Julián Hernández*, asunto C-198/13) y 13 de noviembre de 2014 (*Vital Pérez*, asunto C- 416/13) y 14 de abril (*Cachaldora Fernández*, asunto C-527/13) y 13 de mayo de 2015 (*Rabal Cañas*, asunto C-392/13); la de la última

se encuentra en el auto de 28 de enero de este último año (*Gimnasio Deportivo San Andrés*, asunto C-688/13).

Año 2014: siete peticiones procedentes del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada, de la Sala de lo Contencioso-administrativo (sección 3ª) del TS, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, del Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba y de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. La primera de esas peticiones es resuelta por el Tribunal en 2014, por medio de auto de 11 de diciembre (*León Medialdea*, asunto C-86/14), y la última en 2016, por la sentencia de 14 de septiembre (*de Diego Porras*, asunto C-596/14). Las restantes recibieron su respuesta en 2015, por las sentencias de 9 de julio (*Regojo Dans*, asunto C-177/14), 10 de septiembre (*Federación se servicios privados del sindicato Comisiones Obreras*, asunto C-266/14), 11 de noviembre (*Pujante Rivera*, asunto C-422/14), 26 de igual mes [*Administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF)*, asunto C-509-14] y 17 de diciembre (*Arjona Camacho*, asunto C-407/14).

Año 2015: nueve peticiones, de las cuales cuatro proceden del TSJ del País Vasco; en concreto, tres de su Sala de lo Social y una de su Sala de lo Contencioso-administrativo. Las tres de la Sala de lo Social fueron resueltas por la STJ de 14 de septiembre de 2016 (*Martínez Andrés*, asuntos acumulados C-184-15 y C-197/15) y el ATJ de 17 de noviembre de 2015 (*Plaza Bravo*, asunto C-137/15); la de la Sala de lo Contencioso-administrativo por la STJ de 15 de noviembre de 2016 (*Salaberría Sorondo*, asunto C-258/15). Una de las otras cinco peticiones, correspondiente al Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Madrid, fue resuelta por la STJ de 14 de septiembre de 2016 (*Pérez López*, asunto C-16/15); otra, correspondiente al Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo, fue resuelta por el ATJ de 21 de septiembre de 2016 (Álvarez Santirso, asunto C-631/15); otra más, de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, fue resuelta por la STJ de 19 de octubre de 2017 (*Otero Ramos*, asunto C-531/15). Las dos que restan, ambas del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, encontraron respuesta del Tribunal en las sentencias de 1 de diciembre de 2016 (*Daouidi*, asunto C-395/15) y 9 de noviembre de 2017 (*Espadas Recio*, asunto C-98/15).

Año 2016: siete peticiones procedentes del Juzgado de lo

Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 8 de Madrid, del Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca, de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León y de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. El Tribunal respondió a las dos primeras de esas peticiones en 2017, en la sentencia de 20 de diciembre (*Vega González*, asunto C-158/16) y en el auto de 9 de febrero (*Rodrigo Sanz*, asunto C-443/16), respectivamente. Las demás peticiones se resolvieron ya en 2018. La del Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca por la STJ de 18 de enero (*Ruiz Conejero*, asunto C-270/16), la de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña por la STJ de 22 de febrero (*Porras Guisado*, asunto C-103/16), la del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid por la STJ de 5 de junio (*Montero Mateos*, asunto C-677/16), la de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León por la STJ de 7 de agosto (*Colino Sigüenza*, asunto C-472/16) y la de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia por la STJ de 5 de junio (*Grupo Norte Facility, S. A.*, asunto C-574/16).

Año 2017: siete peticiones; una planteada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa, otra por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Zaragoza, otra por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, dos por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia y la sexta y la séptima por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha y por la Sala de lo Social del TS, respectivamente. Todas ellas fueron resueltas en 2018; la primera por la STJ de 25 de julio (*Gardenia Veznaza*, C-96/17), la segunda por el ATJ de 22 de marzo (*Centeno Meléndez*, asunto C-315/17), la tercera por la STJ de 28 de junio (*Checa Honrado*, asunto C-57/17), la dos de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia por la STJ de 11 de julio (*Somoza Hermo*, asunto C-60/17) y 19 de septiembre (*González Castro*, C-41/17) y las dos últimas por sendas sentencias del Tribunal de 21 de noviembre de 2018 [*Viejobueno Ibáñez* (asunto C-245/17) y *de Diego Porras II* (asunto C-619-17)].

Año 2018: diecisiete peticiones, trece resueltas en 2019 y cuatro en 2020. Por lo que respecta a las resueltas en 2019, seis de ellas, procedentes de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, encontraron respuesta en el ATJ de 19 de marzo (*Sindicato Nacional de CCOO de Galicia/Universidad de Santiago de Compostela*, asunto C-293-18), en la STJ de 11 de abril (*Cobra Servicios Auxiliares*, asuntos acumulados C-29/18, 30/18 y

44/18) y en el ATJ de 15 de octubre (*EH y ER/AEAT*, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18). El resto de las peticiones resueltas en el indicado año corresponden al Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, al Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, al Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona, al Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Pamplona, a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León y a la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS. La respuesta del Tribunal aparece, respectivamente, en las sentencias de 18 y 11 de septiembre [*Ortiz Mesonero* (asunto C-366/18) y *Nobel Plastiques Ibérica* (asunto C-397/18), respectivamente)], 12 de diciembre [*WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)* (asunto C-450/18)], 20 de junio (*Ustariz Aróstegui*, asunto C-72/18), 14 y 8 de mayo [*CCOO/Deutsche Bank* (asunto C-55/18) y *Villar Láiz* (asunto C-161/18), respectivamente)] y 12 de junio (*Aragón Carrasco*, asunto C-367/18). En cuanto a las peticiones resueltas en el año 2020, el Tribunal respondió a una de ellas, elevada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 14 de Madrid, en la sentencia de 22 de enero (*Baldonedo Martín*; asunto C-177/18), a otras dos, procedentes de igual Juzgado y del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 8 de la misma ciudad, en la sentencia de 19 de marzo (*Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*; asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18) y a la última, elevada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la sentencia de 4 de junio [*Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO)*; asunto C-588/18].

Año 2019: tres peticiones; una del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, resuelta por la sentencia de 11 de noviembre de 2020 (*Marclean Technologies, S. L. U.*; asunto C-300/19), otra de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, resuelta por la sentencia de 21 de enero de 2021 [*Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)* y *BT*; asunto C-843/19) y la última, del Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, resuelta por el auto de 3 de marzo de igual año [*JL y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*].

A 30 de abril de 2021 están pendientes de resolución, al menos,

cuatro peticiones de 2019[28], cinco de 2020[29] y tres de 2021[30].

La procedencia de las peticiones resueltas (recuerdo, una vez más, que se descartan las archivadas por retirada de la correspondiente petición, las declaradas inadmisibles en su totalidad y aquellas en las que el Tribunal se considera incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas) o pendientes de resolver y, en el primer caso, tanto de las resueltas por medio de sentencia (setenta y una sentencias) como por medio de auto motivado (quince autos), muestra que la actividad de los órganos jurisdiccionales demandando la intervención del Tribunal de Justicia dista mucho de ser general y se concentra en algunos de ellos; en muy pocos de ellos. A la cabeza figura la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, con trece peticiones resueltas, seguido, ya de lejos, por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona y el Juzgado de lo Social único de Algeciras; cada uno de esos órganos jurisdiccionales acredita cinco peticiones ya resueltas.

4. Peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por los jueces Portuguese

La presentación de peticiones de decisiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales portugueses en asuntos que cuentan con disposiciones normativas de la Unión pertenecientes al ámbito de

28 Una del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 24 de Madrid (*Sindicato unificado de sanidad e higiene de la Comunidad De Madrid*, asunto C-103/19), otra del Juzgados de lo Social nº 14 de Madrid (*Acciona Agua*, asunto C-550/19), otra de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid (*Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Agrario*, asunto C-726/19) y la última en el tiempo de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Aragón (*Servicio Aragonés de Salud*, asunto C-942/19).

29 Por orden de presentación, del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona (*Y contra Instituto Nacional de la Seguridad Social*, asunto C-130/20), de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña (*F.C.I contra Instituto Nacional de la Seguridad Social*, asunto C-244/20), del Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona (*HV contra Instituto Nacional de la Seguridad Social*, asunto C-258/20), del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vigo (*CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social*, asunto C-389/20) y del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona (*KM contra Instituto Nacional de la Seguridad Social*, asunto C-625/20).

30 De la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha (*Servicio de Salud de Castilla-LaMancha*, asunto C-151/21), de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León (*Comunidad de Castilla y León*, asunto C-192/21) y Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Toledo (*Servicio de Salud de Castilla-LaMancha*, asunto C-226/21).

la política social se inicia muy recientemente, en 2012; es inexistente, pues, salvo error u omisión, durante los primeros treinta y un años de permanencia de Portugal en la Unión. Dichas peticiones son, hasta la fecha, catorce, de las cuales tres han concluido con su archivo por parte del Tribunal de Justicia y una, presentada el 10 de septiembre de 2020 por el Tribunal Judicial da Comarca de Braga, Juízo do Trabalho de Barcelos, tramitada como asunto C-426/20 (*GD, ES* contra *Luso Temp-Empresa de Trabalho Temporário, S. A.*), está pendiente de resolución. Cuatro de las diez que han merecido una resolución de fondo versan sobre la transmisión de empresas y son, sin duda, las más interesantes, tanto por su objeto como por la respuesta del Tribunal y el interés que tiene esta para el derecho español, por su importante impacto indirecto sobre él.

Las trece peticiones ya resueltas o archivadas son objeto de la exposición que sigue. Para su examen se agrupan por razón de la materia sobre la que versan.

4.1. Sobre los créditos salariales garantizados por el «Fundo de Garantia Salarial»: sentencia Gomes Viana Novo, auto Macedo Maia y archivo del asunto C-57/13, Pacheco Almeida

La presentación de peticiones de decisiones perjudiciales por los jueces portugueses comienza el 30 de marzo de 2012 con una resolución ("decisão") del Tribunal Central Administrativo Norte de plantear la petición de decisión prejudicial tramitada como asunto C-309/12 (*Gomes Viana Novo y otros* contra *Fundo de Garantia Salarial*). Dicha petición encontró respuesta de fondo en la STJ de 28 de noviembre de 2013, la cual consideró que la legislación portuguesa aplicable al litigio principal[31] no se oponía a la Directiva 80/987/CEE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE. Para el Tribunal

31 El art. 319 de la «Ley n.º 35/2004», de 29 de julio de 2004 (El Fundo de Garantia Salarial «assegura o pagamento dos créditos previstos no artigo 317 que se tenham vencido nos seis meses que antecedem a data da propositura da ação ou apresentação do requerimento referido no artigo anterior»).

de Justicia[32], la referida versión «deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional que não garante os créditos salariais vencidos mais de seis meses antes da propositura da ação de insolvência do empregador, mesmo quando os trabalhadores tenham proposto, antes do início desse período, uma ação judicial contra o seu empregador, com vista à fixação do valor desses créditos e à sua cobrança coerciva.»

El mismo órgano jurisdiccional portugués acordó, también en 2012, el planteamiento de dos nuevas peticiones de decisiones prejudiciales mediante sendas resoluciones («decisãos») de 13 de julio y 16 de noviembre, las cuales se tramitaron, respectivamente, como asuntos C-511/12 y C-57/13. Puesto que el litigio principal presentaba en ambos casos grandes similitudes con el del primer asunto (el C-309/12), no extraña que el órgano jurisdiccional remitente comunicara al Tribunal de Justicia, en relación con el segundo de esos dos nuevos asuntos (el C-57/13, *Pacheco Almeida* contra *Fundo de Garantia Salarial*) y al recibir la notificación de la sentencia de 28 de noviembre de 2013, su pretensión de no mantener la cuestión prejudicial, lo que condujo al archivo de aquel, acordado por auto («despacho») del Tribunal de 13 de febrero de 2014. En cuanto al asunto C-511/12, las apuntadas grandes similitudes con el C-309/12 determinaron que el Tribunal decidiera ahora pronunciarse por medio de auto motivado, conforme a lo dispuesto en el art. 99 de su Reglamento de procedimiento[33], al apreciar que la respuesta a la cuestión sometida a su decisión podía deducirse claramente de su jurisprudencia y, señaladamente, «do acórdão Gomes Viana Novo». El auto, de 10 de abril de 2014 (*Macedo Maia y otros* contra *Fundo de Garantia Salarial*), además de reproducir en sus apartados una parte importante del razonamiento del citado «acórdão», reitera el fallo de este: la Directiva 80/987/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE, «deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a

32 Apartado 37 y fallo de su sentencia.

33 «Quando uma questão submetida a título prejudicial for idêntica a uma questão sobre a qual o Tribunal de Justiça já se tenha pronunciado, quando a resposta a essa questão possa ser claramente deduzida da jurisprudência ou quando a resposta à questão submetida a título prejudicial não suscite nenhuma dúvida razoável, o Tribunal pode, a qualquer momento, mediante proposta do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, decidir pronunciar-se por meio de despacho fundamentado.»

uma legislação nacional que não garante os créditos salariais vencidos mais de seis meses antes da propositura da ação de insolvência do empregador, mesmo quando os trabalhadores tenham proposto, antes do início desse período, uma ação judicial contra o seu empregador com vista à fixação do valor desses créditos e à sua cobrança coerciva.»

4.2. Sobre la obligación de facilitar a la autoridad nacional competente para la fiscalización del cumplimiento de las condiciones de trabajo la consulta inmediata del registro del tiempo de trabajo: sentencia Worten y auto Pharmacontinente-Saúde e Higiene, S. A.

El mismo 13 de julio de 2012 el Tribunal do Trabalho de Viseu adoptó «decisão» de elevar nueva petición de decisión prejudicial en litigio principal con origen en el registro del tiempo de trabajo que está obligado a llevar el empresario conforme el art. 202 del Código do Trabalho, comprensivo de la indicación de las horas en que se inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o períodos de descanso no incluidos en esta[34]. La petición se tramitó como asunto C-314-12 (*Worten*) y se revolvió, entrando en el fondo, por la STJ de 30 de mayo de 2013. El mencionado registro enlaza con la previsión del art. 22.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, lo cual permite que la sentencia pueda incluirse entre las que abordan asuntos afectados por disposiciones de política social.

Sin perjuicio de esa relación con la Directiva 2003/88/CE, la cuestión objeto del litigio principal pasaba por la determinación de si los referidos datos a incorporar al registro de jornada constituían o no datos personales a efectos de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. De hecho, la expresada determinación fue objeto de la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal do Trabalho de Viseu. La respuesta del Tribunal de Justicia no

34 Según el apartado 1 del citado artículo, el empresario debe mantener el registro contemplado «em local acessível e por forma que permita a sua consulta imediata.»

pudo ser más contundente: «O artigo 2.°, alínea a), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que o conceito de "dados pessoais", na aceção desta disposição, abrange um registo dos tempos de trabalho, como o que está em causa no processo principal, que comporta a indicação, para cada trabalhador, das horas de início e de termo do tempo de trabalho, bem como das correspondentes interrupções ou intervalos.»

Una vez claro lo anterior, quedaba por resolver si el Estado portugués estaba obligado a prever, de acuerdo con el art. 17.1 de la Directiva 95/46/CE, las medidas técnicas y de organización adecuadas para la protección de los ya conocidos datos personales contra su destrucción, accidental o ilícita, su pérdida accidental y su alteración, difusión o acceso no autorizados, hasta el punto de que la falta de adopción de las aludidas medidas impediría sancionar al empresario que, como responsable del tratamiento de tales datos, haya adoptado un sistema de acceso restringido a ellos que imposibilite su consulta inmediata por parte de la autoridad nacional competente para la fiscalización del cumplimiento de las condiciones de trabajo (la «Inspecção-Geral do Trabalho»).

Sobre el punto al que acabo de hacer referencia versaban las otras dos cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, las cuales procede a reformular el Tribunal de Justicia entendiendo que aquel deseaba, «essencialmente, determinar se as disposições da Diretiva 95/46 devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma legislação nacional (...) que impõe ao empregador a obrigação de pôr à disposição da autoridade nacional com competência para a fiscalização das condições de trabalho o registo dos tempos de trabalho, de forma a permitir a sua consulta imediata», y sanciona pecuniariamente (con «coima») el incumplimiento de la referida obligación[35]. Tras la indicada reformulación y el consiguiente rechazo a que la solución del litigio principal pidiese una interpretación del art. 17.1 de la Directiva 95/46/CE, el Tribunal pasa a tomar en consideración

35 Apartado 32 de la sentencia.

otros preceptos de esta[36] y a descartar, a la luz de ellos y de las medidas cuya adopción por los Estados miembros pueden ser necesarias para el control de las obligaciones impuestas por la Directiva 2003/88/CE, que exista aquella oposición de la legislación nacional, siempre que la contemplada obligación empresarial sea necesaria para el ejercicio, por la autoridad nacional competente «da sua missão de fiscalização da aplicação da legislação em matéria de condições de trabalho, nomeadamente, no que respeita ao tempo de trabalho»[37], lo que compete determinar al órgano jurisdiccional remitente (el Tribunal do Trabalho de Viseu)[38].

Asunto definido por una relación fáctica semejante a la presente en el *Worten*, así como por la aplicación de disposiciones nacionales idénticas, se descubren en la siguiente petición de decisión perjudicial, planteada ya en el año 2013, mediante resolución de 11 de diciembre, por el Tribunal do Trabalho da Covilhã, tramitada como asunto C-683/13 (*Pharmacontinente-Saúde e Higiene, S. A.*). Se explica entonces que, reparando en ello, el Tribunal de Justicia dispusiese resolver aquel mediante auto motivado y con un fallo igual al del asunto *Worten*, salvo por el añadido expreso de un punto 3) incorporando lo que en la sentencia de 30 de mayo de 2013 figuraba en sus apartados 43 y 44: «Compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar a questão de saber se a obrigação, para o empregador, de disponibilizar à autoridade nacional com competência para a fiscalização das condições de trabalho o acesso ao registo dos tempos de trabalho, de forma a permitir a sua

36 En concreto, el apartado 1, letras b) y c) del art. 6 (los datos deben ser «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos», así como «adecuados, pertinentes y no excesivos» con relación a dichos fines) y las letras c) y e) del art. 7 (el tratamiento de datos personales es lícito si, respectivamente, «es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento» o «es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos»).

37 Apartado 45 y fallo, 2) de la sentencia.

38 «Compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar a questão de saber se a obrigação de o empregador disponibilizar à autoridade nacional com competência para a fiscalização das condições de trabalho o acesso ao registo dos tempos de trabalho, de forma a permitir a sua consulta imediata, pode ser considerada necessária para o exercício, por essa autoridade, da sua missão de fiscalização, contribuindo para uma aplicação mais eficaz da legislação em matéria de condições de trabalho, nomeadamente, no que respeita ao tempo de trabalho» (apartado 43 de la sentencia).

consulta imediata, pode ser considerada necessária para o exercício, por essa autoridade, da sua missão de fiscalização, contribuindo para uma aplicação mais eficaz da legislação em matéria de condições de trabalho, nomeadamente no que respeita ao tempo de trabalho, e, em caso de resposta afirmativa, se as sanções aplicadas para garantir a aplicação efetiva das exigências impostas pela Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, devem respeitar igualmente o princípio da proporcionalidade.»

4.3 Sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad: sentencias Ferreira da Silva e Brito, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança S. A., Piscarreta Ricardo y Correia Moreira

4.3.1. Transmisión en el seno de un grupo de empresas: sentencia Ferreira da Silva e Brito

El año 2013 concluiría con la presentación de una nueva petición de decisión prejudicial, esta vez por las Varas Cíveis de Lisboa, mediante «decisão» de 31 de diciembre, tramitada como asunto C-160/14 (*Ferreira da Silva e Brito y otros* contra *Estado português*) y resuelta por la STJ de 9 de septiembre de 2015. Tres eran las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, de las cuales solo la primera guardaba relación especifica con las materias comprendidas en el ámbito de la política social de la Unión. Tales cuestiones, suscitadas a propósito de un litigio derivado del despido colectivo decidido por una empresa con ocasión de su disolución, fueron las siguientes:

«1) A Diretiva 2001/23 (…) em especial o seu art.1° n° 1, deve ser interpretad[a] no sentido de que o conceito de 'transferência de estabelecimento' abrange uma situação em que uma empresa ativa no mercado de voos charter [AIA; Air Atlantis, S. A.] é dissolvida por decisão da sua acionista maioritária [TAP], ela própria uma empresa ativa no setor da aviação e, no contexto da

liquidação, a empresa mãe:

i) assume a posição da sociedade dissolvida em contratos de locação de aviões e nos contratos de voos charter em curso com os operadores turísticos;
ii) desenvolve atividade antes prosseguida pela sociedade dissolvida;
iii) readmite alguns trabalhadores até então destacados na sociedade dissolvida e os coloca a exercer funções idênticas;
iv) recebe pequenos equipamentos da sociedade dissolvida?

2) O artigo 267° (…) TFUE deve ser interpretado no sentido de que o Supremo Tribunal de Justiça, perante a factualidade descrita na [primeira] questão (…) e facto de os tribunais nacionais inferiores que apreciaram o caso terem adotado decisões contraditórias, estava obrigado a proceder ao reenvio, para o Tribunal de Justiça (...), de questão prejudicial sobre a correta interpretação do conceito de "transferência de estabelecimento" na aceção do artigo 1° n° 1 da Diretiva 2001/23/CE?
3) O Direito [da União] (...) e, em especial, os princípios formulados pelo Tribunal de Justiça (…) no acórdão *Köbler* [C-224/01, EU:C:2003:513] sobre a responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude de uma violação de Direito [da União] (...) cometida por um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância, obsta à aplicação de uma norma nacional que exige como fundamento do pedido de indemnização contra o Estado a prévia revogação da decisão danosa?.»

Para el Tribunal de Justicia, la respuesta a la primera de las anteriores cuestiones prejudiciales debe darse a partir de la valoración de su reiterada jurisprudencia sobre el concepto de transmisión de empresa a efectos de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Al respecto, observa aquel, en diversos apartados de su sentencia, no sin antes advertir que en una situación

como la controvertida en el litigio principal, que se refiere al sector del transporte aéreo, la transmisión de materiales debe considerarse un elemento esencial para apreciar la existencia de una transmisión de centro de actividad, en el sentido del art. 1.1 de la Directiva 2001/23/CE:

1) Que la empresa matriz (TAP) asumió la posición de la por ella disuelta (AIA) «nos contratos de locação de aviões, tendo-os efetivamente utilizado, o que comprova que recebeu elementos indispensáveis à prossecução da atividade anteriormente exercida pela AIA. Além disso, recebeu ainda outros equipamentos»[39].
2) Que la empresa matriz también se subrogó en la posición de la empresa disuelta en los contratos de vuelos chárter vigentes que esta última había celebrado con operadores turísticos, pasó a realizar vuelos chárter en sus rutas tradicionales, reanudó una parte de tales vuelos poco tiempo después de la disolución (menos de dos meses y medio) y contrató a algunos de sus trabajadores para continuar ejerciendo funciones idénticas a las que desarrollaban en ella, todo lo cual revela «a retoma da clientela da AIA pela TAP», «a prossecução pela TAP das atividades anteriormente exercidas pela AIA», que «as atividades transferidas, na prática, não foram suspensas» y «a retoma, pela TAP, de uma parte do pessoal que estava ao serviço da AIA»[40].
3) Que, en las circunstancias expuestas, se dan los presupuestos para que carezca de pertinencia o relevancia, a efectos de apreciar la concurrencia de una trasmisión comprendida en el art. 1.1 de la Directiva 2001/23/CE por afectar a «una entidad económica que mantenga su identidad», el hecho de que la empresa o entidad de la que procedan el equipamiento material y una parte del personal (en el caso objeto del litigio principal, AIA) se disuelva y, por lo tanto, no conserve su estructura organizativa autónoma y pase a quedar integrada en la estructura de la empresa que asuma aquel equipamiento

39 Apartado 30 de la sentencia.

40 Apartado 31 de la sentencia.

y personal (en el caso objeto del litigio principal, TAP)[41]. Ello es así en la medida en que se aprecia la subsistencia de un vínculo entre, por una parte, el equipamiento y el personal transferidos a esa última empresa y, por otra, la continuación de las actividades ejercidas anteriormente por la primera. En tal situación, «pouco importa que o equipamento em causa tenha sido utilizado para a realização de voos regulares e de voos charter, uma vez que se trata, de qualquer modo, de operações de transporte aéreo e que, recorde-se, a TAP honrou as obrigações contratuais da AIA relativas a esses voos chárter»[42]. Para reforzar su razonamiento, recuerda el Tribunal[43], con cita de su sentencia de 12 de febrero de 2009, *Klarenberg* (asunto C-466/07), que «não é a manutenção da organização específica que o empresário impõe aos diversos fatores de produção transferidos, mas sim do nexo funcional de interdependência e complementaridade entre esses fatores, que constitui o elemento pertinente para concluir pela conservação da identidade da entidade transferida» que pide el art. 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE; el mantenimiento del referido vínculo funcional entre los aludidos factores transferidos es lo que «permite que o cessionário os utilize, mesmo que sejam integrados, depois da transferência, numa nova e diferente estrutura organizativa, a fim de prosseguir uma atividade económica idêntica ou análoga».

Vistas las consideraciones anteriores, en modo alguno sorprende que el Tribunal descubra los elementos necesarios para apreciar que la situación objeto del litigio principal es constitutiva de un supuesto de transmisión de empresa comprendido en el ámbito de aplicación de la mencionada Directiva:

> «O artigo 1.°, n.° 1, da Diretiva 2001/23/CE (…) deve ser interpretado no sentido de que o conceito de «transferência de estabelecimento» abrange uma situação em que uma

41 Apartado 32 de la sentencia.

42 *Ibidem*.

43 Apartados 33 y 34 de su sentencia.

empresa ativa no mercado de voos charter é dissolvida pelo seu acionista maioritário, ele próprio uma empresa de transporte aéreo, e em que, em seguida, esta última assume a posição da sociedade dissolvida, retomando os contratos de locação de aviões e os contratos de voos charter em curso, desenvolve atividades antes prosseguidas pela sociedade dissolvida, readmite alguns trabalhadores até então destacados nessa empresa, atribuindo-lhes funções idênticas às exercidas anteriormente, e recebe pequenos equipamentos da referida empresa»[44].

Lo que sorprende, y mucho, es que el Supremo Tribunal de Justiça no lo hubiese entendido de igual forma y desatendiera, de forma un tanto soberbia (o, si se quiere ser más benévolo, quizás con la intención de no demorar la resolución del recurso sometido a su conocimiento), la solicitud de algunos de los trabajadores demandantes en el procedimiento principal con objeto de que procediera a presentar una petición de decisión prejudicial que permitiera obtener elementos para resolver la situación con arreglo al Derecho de la Unión y, en concreto, con arreglo al concepto de transmisión de empresa propio de la Directiva 2001/23/CE; es más, aun sin esa solicitud, una elemental regla de prudencia o buen hacer le debería haber llevado a plantear, de oficio, la petición de decisión prejudicial[45].

44 Apartado 35 y fallo 1) de la sentencia.

45 Una actitud de soberbia en las relaciones con el Tribunal de Justicia, de omisión del diálogo que deben propiciar y mantener con él los tribunales de última instancia, no es exclusiva del Supremo Tribunal de Justiça. Aparece, con carácter general, en los tribunales equivalentes de casi todos los Estados miembros, incluido, por supuesto, España. Se aprecia de forma reiterada en nuestro Tribunal Supremo, en su Sala de lo Social y en su Sala de lo Contencioso-administrativo, en esta última en relación con asuntos de empleo público. Se aprecia, por ejemplo, en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en relación con la sucesión en contratas, en sus sentencias anteriores a la de 20 de octubre de 2004, de unificación de doctrina (recurso de casación para la unificación de doctrina 4424/2003; RJ 2004/7162), contrarias a la admisión de que la mera asunción por la empresa subcontratista entrante de los trabajadores de la empresa subcontratista saliente condujese, en las subcontratas de servicios cuya prestación descanse fundamentalmente en la mano de obra, a un supuesto de traspaso o transmisión de empresa en el sentido del Derecho Social de la Unión; y también en sus sentencias anteriores a la de 27 de septiembre de 2018, de Pleno (recurso de casación para la unificación de doctrina 2747/2016; RJ 2018/4619), que rechazaron [véase, por todas, sentencia de 31 de mayo de 2017 [recurso de casación (ordinaria)

El Tribunal de Justicia pone las cosas en su lugar y ofrece a los jueces portugueses la interpretación conforme al derecho de la Unión de lo dispuesto en el art. 285.5 del Código do Trabalho[46]. Hace algo más, aunque ello ya excede de las cuestiones específicas de la política social. Lo hace al responder de forma afirmativa a las otras dos cuestiones prejudiciales formuladas por el órgano jurisdiccional remitente. El Supremo Tribunal de Justiça no apreció que existiera el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión al rechazar que los hechos del caso sometido a su enjuiciamiento fuesen definitorios de un traspaso de empresa o centro de actividad. No apreció duda relevante alguna en la interpretación de normas de la Unión que pudiese afectar a la correcta solución del referido caso. Pues bien, para el Tribunal de Justicia, las circunstancias concurrentes en este mostraban, a la luz de la práctica[47], que semejante duda debería haber existido y, por lo tanto, que el Supremo Tribunal de Justiça debería haber planteado la oportuna petición de decisión prejudicial, de acuerdo con el párrafo tercero del art. 267 del TFUE[48]. En su virtud, responde a la segunda

234/2016; RJ 2017/3163] que la subrogación en la plantilla (asunción por la subcontratista entrante de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante de los trabajadores de la subcontratista saliente) en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable fuese determinante de un supuesto de traspaso de empresa en el ya indicado sentido del Derecho de la Unión, doctrina que rectifica la la citada sentencia de 2018 a raíz de la STJ de 11 de julio de igual año (*Somoza Hermo*, asunto C-60/17), que dio respuesta a una petición de decisión prejudicial presentada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en relación con la materia. Un interesante comentario de esta sentencia del Tribunal de Justicia en A. V. SEMPERE NAVARRO: «La subrogación convencional», en VV.AA.: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a Mª. Emilia Casas Baamonde*, J. GÁRATE CASTRO y Y. MANEIRO VÁZQUEZ (directores), cit.

46 Tanto de su versión inicial («considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados com o objectivo de exercer uma actividade económica, principal ou acessória»), como de la vigente («considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória»).

47 Advierte el Tribunal, en el apartado 43 de su sentencia, que «a interpretação do conceito de "transferência de estabelecimento" suscitou numerosas interrogações por parte de vários órgãos jurisdicionais nacionais, que, consequentemente, se viram obrigados a submeter questões ao Tribunal de Justiça. Estas interrogações comprovam não só a existência de dificuldades de interpretação mas também a presença de riscos de divergências jurisprudenciais ao nível da União.»

48 De acuerdo con el cual, siempre que se suscite ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno, una cuestión sobre la validez o interpretación

de las cuestiones prejudiciales planteadas declarando[49] que el citado precepto del TFUE «deve ser interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial de direito interno é obrigado a submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial de interpretação do conceito de "transferência de estabelecimento" na aceção do artigo 1.°, n.° 1, da Diretiva 2001/23, em circunstâncias, como as do processo principal, marcadas simultaneamente por decisões divergentes de instâncias jurisdicionais inferiores quanto à interpretação desse conceito e por dificuldades de interpretação recorrentes desse conceito nos diferentes Estados-Membros»[50].

Por lo que respecta a la tercera y última de las cuestiones prejudiciales, su respuesta vinculada a la dada a la segunda, pasaba por determinar si la eventual responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares en virtud de la vulneración del derecho de la Unión imputable al Supremo Tribunal de Justiça, al haber omitido la presentación de la petición de decisión prejudicial, precisaba la previa revocación de la resolución judicial lesiva por el órgano jurisdiccional competente, de acuerdo con el art. 13 de la «Lei 67/2007», de 31 de diciembre, por la que se aprobó «o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas». El Tribunal aprecia aquí que el expresado requisito puede hacer excesivamente difícil la obtención de la indemnización de los daños ocasionados por

de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, «esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.»

49 En el apartado 45 y en el fallo, 2) de su sentencia.

50 Con semejante respuesta, el Tribunal de Justicia viene a dar por sentado que no concurrían en el caso objeto del litigio principal ninguna de las excepciones a la obligada presentación de petición de decisión prejudicial por un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno, identificadas en su sentencia de 6 de octubre de 1982 (*Cilfit*, asunto C-283/81): 1) que aquel haya comprobado que la cuestión suscitada no es relevante en el caso concreto, 2) que la disposición comunitaria de que se trate ya hubiera sido objeto de interpretación suficiente por el Tribunal de Justicia y 3) que la correcta aplicación del Derecho de la Unión sea tan evidente que no deja lugar a duda razonable alguna. En sus conclusiones en el caso C-561/19 (*Consorzio Italian Management y Catania Multiservizi SpA* contra *Rete Ferroviaria Italiana SpA*), el Abogado General Bobek propone una aclaración sobre cual es, en la actualidad, la naturaleza y el alcance de la obligación que establece el referido precepto del TFUE, así como sobre sus excepciones.

la vulneración del derecho de la Unión[51] y responde también de forma afirmativa, como se adelantó, a la indicada tercera cuestión: «O direito da União e, em especial, os princípios formulados pelo Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do direito da União cometida por um órgão jurisdicional que decide em última instância devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que exige como condição prévia a revogação da decisão danosa proferida por esse órgão jurisdicional, quando essa revogação se encontra, na prática, excluída»[52].

4.3.2. Sobre los presupuestos para una transmisión por cambio de subcontratista: sentencia Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança S. A.

En el año 2016 se presenta el mayor número de peticiones de decisiones prejudiciales: cinco. De ellas, la primera en el tiempo, con origen en resolución adoptada por el Supremo Tribunal de Justiça el 4 de abril, es la que ahora se examina, tramitada como asunto C-200/16 (*Securitas*) y con respuesta en la STJ de 19 de octubre de 2017. Los hechos objeto del litigio principal corresponden a la siguiente situación:

1) La empresa ICTS, adjudicataria de la prestación del servicio de vigilancia y seguridad preventiva en las instalaciones de un puerto deportivo de las islas Azores (Ponta Delgada), es sustituida en la prestación de tal servicio por la empresa Securitas, a raíz de un nuevo concurso público convocado por la entidad gestora del puerto (Portos dos Açores, S. A.).
2) Con anterioridad a hacerse efectivo el cambio de subcontratista, ICTS procedió a comunicar a los trabajadores con los que venía cubriendo el servicio que sus contratos de trabajo se transferirían a la nueva empresa adjudicataria de este, Securitas, la cual les

51 Constituye un obstáculo importante «à aplicação efetiva do direito da União e, designadamente, de um princípio tão fundamental como o da responsabilidade do Estado por violação do direito da União»; dicho obstáculo «não pode ser justificado pelo princípio da autoridade do caso julgado nem pelo princípio da segurança jurídica» (apartado 59 de la sentencia).

52 Apartado 60 y fallo, 3) de la sentencia.

hizo saber, en el mismo día en que comenzó a prestarlo, que no formaban parte de su plantilla y que su empresario seguía siendo ICTS.

3) La anterior respuesta llevó a los aludidos trabajadores a interponer demanda contra Securitas e ICTS, la cual fue estimada, en primera instancia, por sentencia del Tribunal do Trabalho de Ponta Delgada, al entender que se había producido una transmisión de centro de actividad entre las dos empresas y que los contratos de trabajo de los antiguos trabajadores de ICTS habían sido transferidos a Securitas. Confirmada dicha sentencia por el Tribunal da Relação de Lisboa, Securitas interpone contra la de este último «recurso de revista excecional» ante el Supremo Tribunal de Justiça.
4) El convenio colectivo a la sazón aplicable contenía una cláusula excluyendo del concepto de transmisión de empresa o establecimiento «a perda de cliente por parte de um operador com a adjudicação de serviço a outro operador».

Quizás influenciado por las consecuencias del fallo de la sentencia *Ferreira da Silva e Brito*, el Supremo Tribunal de Justiça decidió suspender el procedimiento y presentar petición de decisión prejudicial preguntando al Tribunal de Justicia si la situación descrita constituía un supuesto de transmisión en el sentido del art. 1.1 de la Directiva 2001/23/CE o, por el contrario, «uma mera sucessão de empresas concorrentes, em função da adjudicação da prestação de serviços à empresa que ganhou o referido concurso público, estando por isso excluída do conceito de transmissão de empresa ou estabelecimento, para efeitos da aludida Diretiva». Previendo la posibilidad de una contestación afirmativa al primero de los dos indicados puntos, se solicitó también una respuesta sobre la conformidad al Derecho de la Unión de la exclusión contenida en la mencionada cláusula del convenio colectivo.

Tras advertir en su sentencia, trayendo a colación su reiterada jurisprudencia[53], que «a inexistência de vínculo contratual entre as duas

53 En particular, los criterios contenidos en los apartados 28 y 29 de la sentencia de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys* (asuntos C-171/94 y C-172/94), y en el apartado 39 de la sentencia de 20 de noviembre

empresas às quais foi sucessivamente atribuída a gestão da vigilância e da segurança de instalações portuárias não tem incidência na questão de saber se a Diretiva 2001/23 é ou não aplicável»[54], el Tribunal de Justicia recuerda al órgano jurisdiccional remitente el carácter decisivo que tiene, en una situación como la que es objeto del litigio principal, la determinación de si concurre o no el requisito del art. 1.1.b) de la Directiva, según el cual la aplicación de esta precisa que la transmisión recaiga sobre una entidade económica que mantenga su identidad, «entendida como um conjunto de meios organizados, com o objetivo de prosseguir uma atividade económica, seja ela essencial ou acessória». Al respecto, precisa aquel: 1) que se trata de una determinación a realizar teniendo en cuenta, de un lado, si se está ante un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra o en el equipamiento y, de otro, de ser este indispensable para el desarrollo de la actividad, la entidad de la que provenga; y 2) que si el mantenimiento de la comentada identidad no puede apreciarse, en el primero de esos casos, cuando la nueva empresa adjudicataria no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla del subcontratista saliente[55], tal circunstancia no basta para excluirlo en el segundo[56], en el que la apreciación de una transmisión de empresa en el sentido del art. 1.1 de la Directiva 2001/23/CE se reforzaría en el supuesto de haberse recibido de la empresa subcontratista saliente el equipamiento necesario para continuar con el ejercicio de la actividad y, además, no resultaría desvirtuada por el hecho de que tal equipamiento se hubiese facilitado por la entidad comitente o contratante[57].

Así las cosas, no disponiendo el Tribunal de Justicia de información exacta o suficiente sobre la concurrencia de los datos anteriores en el caso objeto del litigio principal, se comprende que su respuesta a la cuestión relativa a la existencia de una posible transmisión de empresa

de 2003, *Abler* (asunto C-340/01).

54 Apartado 24 de la sentencia ahora comentada.

55 Véase, por ejemplo, apartado 35 de la sentencia de 26 de noviembre de 2015, *Aira Pascual* (asunto C-509/14); un comentario de ella en J. L. MONEREO PÉREZ: «Reversión de servicios públicos y sucesión legal en las relaciones laborales», en AA.VV.: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, cit., págs. 147 y sigs.

56 Así, de nuevo, sentencia de 26 de noviembre de 2015, *Aira Pascual* (apartado 41).

57 Así, una vez más, sentencia últ. cit. (apartados 38 y 39).

se remita a la valoración que haga el propio Supremo Tribunal de Justiça sobre la presencia de aquellos y, particularmente, a la comprobación de «se a ICTS transmitiu à Securitas, direta ou indiretamente, equipamentos ou elementos corpóreos ou incorpóreos, para exercer a atividade de vigilância e de segurança nas instalações em causa», excluidas las instalaciones objeto de tal actividad, o «se esses elementos foram postos à disposição da ICTS e da Securitas pela Portos dos Açores»[58]. En cualquier caso, la sentencia comentada deja claro[59] que, en una situación como la contemplada, la estimación de que la nueva empresa subcontratista ha recibido de la anterior o de la entidad comitente equipamientos o elementos indispensables para continuar con la prestación del servicio conduciría a apreciar la existencia de un supuesto de transmisión comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE:

> «O artigo 1.°, n.° 1, alínea a), da Diretiva 2001/23/CE (…) deve ser interpretado no sentido de que está abrangida pelo conceito de "transferência […] de uma empresa [ou de um] estabelecimento", na aceção desta disposição, uma situação em que um contratante resolveu o contrato de prestação de serviços de vigilância e de segurança das suas instalações celebrado com uma empresa e, em seguida, para a execução dessa prestação, celebrou um novo contrato com outra empresa, que recusa integrar os trabalhadores da primeira, quando os equipamentos indispensáveis ao exercício da referida prestação foram retomados pela segunda empresa.»

En cuanto a la posible oposición de la Directiva a la cláusula del convenio colectivo que excluye del concepto de transmisión de empresa o de centro de actividad la pérdida de un cliente por parte de un operador a causa de la adjudicación del servicio a otro operador o, si se prefiere, la pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor, el Tribunal de Justicia, tras manifestar que este hecho no revela, por sí solo, la existencia de una transmisión de empresa o

58 Apartados 32 y 33 de la sentencia ahora comentada.

59 En su apartado 34 y en su fallo, 1).

de centro de actividad[60], aprecia la referida oposición reparando en el carácter general con que se formula la exclusión, que impide que se tomen en consideración, según resulta de su jurisprudencia, todas las circunstancias de hecho que caractericen la operación de que se trate, cuya valoración es imprescindible para determinar si tal operación implica una trasmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, como pide el art. 1.1.b) de la Directiva[61]. En su virtud, declara aquel[62] que «o artigo 1.°, n.° 1, da Diretiva 2001/23 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que não está abrangida pelo âmbito de aplicação do conceito de "transferência […] de uma empresa [ou de um] estabelecimento", na aceção deste artigo 1.°, n.° 1, a perda de cliente por parte de um operador com a adjudicação de serviço a outro operador.»

Recibida la notificación del la sentencia del Tribunal de Justicia por el Supremo Tribunal de Justiça, este concluyó[63], revocando la sentencia recurrida y siguiendo la interpretación preconizada por el Tribunal de Justicia, que la situación sometida a su enjuiciamiento «não está abrangida pelo conceito de "transferência (…) de uma empresa (ou de um) estabelecimento" na acepção do artigo 1.º, nº 1, alínea a), da Directiva 2001/23/CE» y, en consecuencia, no queda sometida a lo dispuesto en el art. 285 del Código do Trabalho, en la versión entonces vigente (del año 2009). Ello era así, básicamente, a pesar de estarse ante una actividad basada esencialmente en la mano de obra, por revelar los hechos probados del caso: 1) que ICTS no transfirió a Securitas, de forma directa o indirecta, «equipamentos ou bens corpóreos» indispensables para la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad objeto de

60 Véase apartado 16 de la sentencia de 11 de marzo de 1997, *Süzen* (asunto C-13/95).

61 Así, por ejemplo, una vez más, sentencia de 26 de noviembre de 2015 (apartado 32); también, entre otras muchas, sentencias de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito* (apartado 26 y jurisprudencia en él citada) y de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza* (asunto C-472/16). Un comentario de esta última en J. GÁRATE CASTRO: «Sobre las condiciones bajo las cuales la reversión o el cambio de adjudicatario de un contrato de servicios constituyen una transmisión de empresa que no afecta a la licitud del despido colectivo total decidido por el adjudicatario saliente», en AA.VV.: *Las respuestas del Tribunal de Justicia* …, cit., págs. 159 y sigs.

62 En el apartado 38 y en el fallo, 2) de su sentencia.

63 En su «acórdão» de 6 de diciembre de 2017 (processo n.º 357/13.3TTPDL.L1.S1).

la contrata; 2) que la entidad comitente (Portos dos Açores) no entregó tales equipamientos o bienes, de forma sucesiva, a las indicadas empresas; 3) que la nueva empresa adjudicataria -Securitas- tampoco recibió de la anterior -ICTS- «o *know-how* -o conjunto de conhecimentos práticos e os meios materiais e técnicos- indissociáveis à prossecução de uma actividade económica de segurança privada», así como «quaisquer outros bens que constituam indício revelador da concretização da transmissão de um estabelecimento que constitua uma unidade económica, como sejam, por exemplo, quaisquer alvarás ou licenças para o exercício específico dessa actividade ou para a organização do seu trabalho»; y 4) que dicha nueva empresa adjudicataria suministró «aos vigilantes afectos à execução dos seus serviços equipamentos de rádio a si pertencentes e uniforme com o modelo e imagem identificativos» de aquella y que tales equipamientos resultan «indíspensáveis ao exercício da referida actividade de vigilância.»

Respecto a la posible oposición de la Directiva a la ya conocida cláusula del convenio colectivo que excluye del concepto de transmisión de empresa o de centro de actividad la pérdida de un cliente por parte de un operador a causa de la adjudicación del servicio a otro operador, entiende o Supremo Tribunal de Justiça que «há que reconhecer e reafirmar que inexistem dúvidas de que a referida cláusula (...) não pode ser aplicada, sendo contrária ao Direito da União Europeia».

Como se aprecia, o Supremo Tribunal de Justiça adopta en su sentencia la interpretación conforme al derecho de la Unión tanto del art. 285 del Código do Trabalho como del aludido convenio colectivo.

4.3.3. Trasmisión por traspaso de actividades de empresa municipal al ayuntamiento propietario y a otra de sus empresas municipales y concepto de trabajador a efectos de la Directiva 2001/23/CE: sentencia Piscarreta Ricardo

El origen del asunto, tramitado como C-416/16, está en la petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Judicial da Comarca de Faro mediante resolución de 20 de julio de 2016. El Tribunal de Justicia resolvió tal petición en su sentencia de 20 de julio de 2017. Tres fueron las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional

remitente, suscitadas con ocasión de conocer del caso definido por un trabajador (el Sr. Piscarreta Ricardo) cuyo contrato de trabajo por tiempo indefinido se encontraba en suspenso, por excedencia voluntaria, cuando la empresa municipal para la que prestaba servicios, Portimão Urbis, es disuelta por el Ayuntamiento de Portimão, único accionista de ella, que asume parte de sus actividades y externaliza el resto a otra empresa igualmente municipal, la Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão, E. M., S. A. (en adelante, EMARP), de la que también resulta ser único accionista. Como consecuencia de lo anterior, el Ayuntamiento de Portimão asumió una parte de los trabajadores de la empresa disuelta y EMARP el resto. De semejante operación se excluyó al aludido trabajador, al que se le informó de la extinción de su contrato coincidiendo con el cese de la actividad por Portimão Urbis, por lo que no podía ser trasferido al citado Ayuntamiento ni tampoco a EMARP. Disconforme con ello, presentó demanda ante el órgano jurisdiccional remitente manifestando haberse visto afectado por una transmisión de empresa determinante de la ilicitud de su despido.

De las tres cuestiones prejudiciales elevadas por el Tribunal Judicial da Comarca de Faro, solo las dos primeras afectan directamente a la situación del demandante en el litigio principal (el Sr. Piscarreta Ricardo) e implican la solicitud de una interpretación del derecho de la Unión que guarda relación con el objeto de dicho litigio, lo que explica que reciban una respuesta de fondo por parte del Tribunal de Justicia. No sucede lo mismo con la tercera y última, en la que se pregunta sobre la conformidad al derecho de la Unión (a la Directiva 2001/23/CE) de la normativa portuguesa[64] que establece determinadas restricciones a la transferencia a otras entidades públicas de los trabajadores de una empresa local disuelta, entre ellas, la existencia previa de un contrato de trabajo de duración «indeterminada» celebrado al menos un año antes de la fecha del acuerdo de disolución. No sucede lo mismo toda vez que el Sr. Piscarreta Ricardo cubría sobradamente el indicado requisito y no resultaba afectado por el resto de las aludidas restricciones, por lo que la respuesta solicitada al Tribunal de Justicia no era necesaria para

64 De los apartados 5, 6 y 11 del art. 62 de la «Lei nº 50/2012», de 31 de agosto, por la que se «aprova o regime jurídico da actividade empresarial local e das participações locais».

que el órgano jurisdiccional remitente pudiese emitir su fallo. Se explica entonces que aquel declare en su sentencia[65] la inadmisibilidad de esa tercera cuestión prejudicial.

Por lo que respecta a las indicadas dos primeras cuestiones prejudiciales, se pregunta al Tribunal de Justicia, de un lado, si el art. 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE es aplicable a una situación como la descrita al comienzo del presente apartado, derivada de la disolución de una empresa municipal seguida de la asunción de sus actividades por el ayuntamiento propietario y otra de sus empresas municipales, y, de otro, si una persona que no preste de forma efectiva sus servicios por razón de la suspensión de su contrato de trabajo está incluida en el concepto de trabajador que contempla el art. 2.1.d) de igual Directiva y, por lo tanto, los derechos y obligaciones derivados de dicho contrato se deben considerar transferidos a quien adquiera la calidad de empresario cesionario en el sentido del art. 2.1.b) y de acuerdo con el art. 3.1.

Para responder a la primera de esas cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia razona, en su sentencia:

1) Que el hecho de que las actividades asumidas por un ayuntamiento y una de sus empresas municipales fuesen realizadas antes por otra empresa municipal no se opone, por sí mismo, a la inclusión del supuesto en el ámbito de la Directiva 2001/23/CE[66], siempre que tales actividades, objeto de traspaso, merezcan, como dispone el art. 1.1.c) de esta, la calificación de económicas[67], a cuyos efectos es suficiente con que con ellas se ofrezcan bienes y servicios en un mercado determinado[68].
2) Que carecen de la expresada calificación, por principio, las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público; la admiten, en cambio, los servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los

65 En el apartado 61.

66 Apartado 31. Se traen a colación, en este punto, los apartados 25 y 26 de la sentencia de 26 de noviembre de 2015, *Aira Pascual*, cit., y el apartado 26 de la sentencia de 20 de enero de 2011, *CLECE* (asunto C-463/09).

67 Apartado 33.

68 Apartado 34.

ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo[69].

3) Que las actividades que ejercía la empresa municipal disuelta (Portimão Urbis), asumidas por el Ayuntamiento de Portimão y EMARP, «não parecem participar do exercício de prerrogativas de poder público, pelo que são suscetíveis de ser qualificadas de atividades económicas», en la acepción del citado precepto de la Directiva 2001/23/CE[70].

Realizadas las anteriores consideraciones, el Tribunal pasa a examinar, de forma sucesiva, si en el asunto objeto del litigio principal el traspaso de actividades es el resultado de una cesión contractual o fusión y si lo traspasado o transmitido lo es de una entidad económica que mantenga su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario, como piden las letras a) y b) del art. 1.1 de la Directiva en cuestión. Pues bien, acudiendo a la interpretación flexible de que hace gala su propia jurisprudencia a la hora de determinar cuando un traspaso es el resultado de una cesión contractual o fusión, el Tribunal recuerda que no impide la aplicación de la Directiva la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades[71] y concluye que «a circunstância de uma transmissão, como a que está em causa no processo principal, resultar da dissolução de uma empresa municipal por força de uma decisão do órgão executivo do município em questão não se afigura obstar, por si só, à existência de uma transmissão na aceção da Diretiva 2001/23, uma vez que essa operação pressupõe uma alteração de diretor da empresa»[72].

En cambio, el Tribunal no encuentra en la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente datos suficientes que le permitan apreciar, por sí mismo, si en el asunto objeto del litigio principal la

69 De nuevo, apartado 34. Se remite, en este punto, a los apartados 43 y 44 de la sentencia de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon* (asunto C-108/10).

70 Apartado 35.

71 Apartado 38. Se hace referencia, en este punto, al apartado 25 de la sentencia de 29 de julio de 2010, *UGT-FSP* (asunto C-151/09), así como a las sentencias que en dicho apartado se citan, que resultan ser las de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting* (asunto C-29/91, apartados 15 a 17) y 14 de septiembre de 2000, *Collino y Chiapero* (asunto C-343/98, apartado 34).

72 Apartado 39.

entidad económica objeto del traspaso mantuvo su identidad tras este. Ello le lleva a facilitar a aquel, como viene haciendo en las sentencias sobre transmisión de empresas en las que se encuentra en situación similar[73], elementos útiles y bastantes para que pueda determinar, al resolver el referido litigio conforme a una interpretación de la normativa nacional que no entre en oposición con el derecho de la Unión, si se ha producido el mantenimiento de la identidad de la entidad económica traspasada. En este sentido:

1) Procede a traer a colación[74], haciendo exhibición de la actitud pedagógica que tanto le gusta y es usual en sus sentencias, su muy reiterado y archiconocido criterio según el cual la determinación de si la entidad económica objeto del traspaso mantiene su identidad tras la consumación de este exige una evaluación conjunta de todas las circunstancias de hecho que caractericen la operación de que se trate, entre ellas, de forma particular y con un grado de importancia que «varia necessariamente em função da atividade exercida, ou mesmo dos métodos de produção ou de exploração» propios de aquella entidad, «o tipo de empresa ou de estabelecimento de que se trata, a transferência ou não de elementos corpóreos, tais como os edifícios e os bens mobiliários, o valor dos bens incorpóreos no momento da transferência, o emprego ou não por parte do novo empresário do essencial dos efetivos, a transferência ou não da clientela, bem como o grau de similitude das atividades exercidas antes e depois da transferência e a duração de uma eventual suspensão destas últimas»[75].
2) Advierte[76], también como es habitual en sus sentencias sobre

73 Entre ellas, la *Securitas*, ya comentada.

74 En los apartados 41 y 42 de su sentencia.

75 La reproducción del criterio transcrito es común en las sentencias del Tribunal sobre la materia. Además de en las sentencias *Aira Pascual*, mencionada de forma expresa por la ahora comentada, *Colino Sigüenza* y *CLECE*, las tres ya cits. y relativas a peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por jueces españoles, aparece, por ejemplo, en las sentencias *Ferreira da Silva e Brito* (apartados 26 y 27) y *Securitas* (apartados 26, 27 y 28), objeto de los dos últimos subapartados de este estudio.

76 En el apartado 43 de su sentencia.

transmisión de empresas, que «a mera retoma, por uma entidade económica, da atividade económica de outra entidade não permite concluir pela manutenção da identidade desta última», cuya apreciación «não pode ser reduzida à atividade de que está encarregada» y resulta «de uma multiplicidade indissociável de elementos como o pessoal que a compõe, o seu enquadramento, a organização do seu trabalho, os seus métodos de exploração ou ainda, sendo caso disso, os meios de exploração à sua disposição»[77].

3) Apunta[78], por último, igual que en la sentencia *Ferreira da Silva e Brito* (apartados 33 y 34), que el hecho de que una entidad económica (si se prefiere, una empresa) se disuelva y sus actividades sean asumidas por otra u otras no constituye, por sí, un obstáculo para considerar que se ha producido una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 2001/23/CE. Recuerda, en este punto, su declaración, contenida en esa y en otras sentencias[79], según la cual «não é a manutenção da organização específica que o empresário impõe aos diversos fatores de produção transferidos, mas sim do nexo funcional de interdependência e complementaridade entre esses fatores, que constitui o elemento pertinente para concluir pela conservação da identidade da entidade transferida», exigida por el art. 1.1.b) de la Directiva, pues el mantenimiento del referido vínculo funcional entre los aludidos factores es lo que «permite que o cessionário os utilize, mesmo que sejam integrados, depois da transferência, numa nova e diferente estrutura organizativa, a fim de prosseguir uma atividade económica idêntica ou análoga».

De considerar el órgano jurisdiccional remitente, atendiendo a los anteriores elementos, que concurre el mantenimiento de la identidad de la entidad económica traspasada, habrá de declarar que la situación enjuiciada es constitutiva de una transmisión de empresa sometida a

77 Se menciona, en este punto, el apartado 41 de la sentencia *CLECE*, cit.

78 En el apartado 44 de su sentencia.

79 Por ejemplo, la *Klarenberg*, cit. (apartados 47 y 48).

lo que dispone la Directiva 2001/23/CE. Tal viene a ser la respuesta a la cuestión prejudicial comentada, contenida en el fallo, 1) de la sentencia:

> «O artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2001/23/CE (...) deve ser interpretado no sentido de que está abrangida pelo âmbito de aplicação da mencionada diretiva uma situação em que uma empresa municipal, cujo único acionista é um município, é dissolvida por decisão do órgão executivo desse município, e cujas atividades são parcialmente transferidas para esse município, para serem exercidas diretamente por este último, e parcialmente para outra empresa municipal reconstituída para esse fim, da qual o mesmo município é igualmente o único acionista, desde que a identidade da empresa em causa seja mantida após a transferência, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar».

Tampoco se muestra tajante el Tribunal a la hora de responder a la cuestión prejudicial relativa a si la persona con contrato de trabajo en suspenso está incluida en el concepto de trabajador de la letra d) del art. 2.1 de la Directiva y, por lo tanto, los derechos y obligaciones derivados de dicho contrato se deben considerar transferidos al nuevo empresario, de acuerdo con el art. 3.1. No puede ser tajante porque el primero de esos dos preceptos remite aquel concepto al derecho nacional[80] y porque la protección que la Directiva pretende garantizar solo afecta, como señala el segundo de los preceptos, a los trabajadores que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral vigente en la fecha de la transmisión y semejante vigencia es algo a determinar también con arreglo al referido derecho nacional[81]. Sin perjuicio de ello, termina por admitir que la legislación portuguesa, al prever que «durante a (…) suspensão [do contrato de trabalho], mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho» (art. 295.1 del Código do Trabalho), parece

80 Se entiende por trabajador, «na acepção da presente directiva, (…) qualquer pessoa que, no Estado-Membro respectivo, esteja protegida como trabalhador pela legislação laboral nacional».

81 El Tribunal cita, al respecto, los apartados 27 y 28 de su auto de 15 de septiembre de 2010, *Briot* (asunto C-386/09).

proteger, en calidad de trabajador, a una persona como el demandante en el litigio principal, que no presta servicios efectivos debido a la suspensión de su contrato de trabajo. Ahí se queda, pues considera que la comprobación de la realidad de la aludida protección corresponde al órgano jurisdiccional remitente. En otros términos, si este entiende que la legislación portuguesa no priva de la condición de trabajador a la persona exonerada de la prestación de servicios por la suspensión de su contrato de trabajo e impide, además, que la vigencia de dicho contrato decaiga por tal motivo, habrá de declarar que los derechos y las obligaciones de esa persona, derivados de su contrato de trabajo en vigor, se transfieren al empresario cesionario, de acuerdo con el art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE. Así se desprende del tenor literal del apartado 54 y del fallo, 2) de la sentencia comentada:

> «Uma pessoa, como o autor do processo principal, que, em razão da suspensão do seu contrato de trabalho, não está em efetividade de funções integra o conceito de "trabalhador", na aceção do artigo 2.°, n.° 1, alínea d), da Diretiva 2001/23, na medida em que se afigura estar protegida enquanto trabalhador pela legislação nacional em causa, o que, todavia, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Sem prejuízo desta verificação, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, os direitos e obrigações que decorrem do seu contrato de trabalho devem ser considerados transferidos para o cessionário, em conformidade com o artigo 3.°, n.° 1, desta diretiva.»

4.3.4. *Sobre el alcance del art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE y, de nuevo, sobre el concepto de trabajador a efectos de esta: sentencia Correia Moreira*

El Tribunal de Justicia da Comarca de Faro volvió a presentar, por resolución de 23 de abril de 2018, petición de decisión prejudicial en materia de transmisión de empresa, tramitada como asunto C-317/18 (*Correia Moreira*) y resuelta por el Tribunal de Justicia en sentencia de 13 de junio de 2019. Tras el caso objeto del litigio principal se encuentra, de

nuevo, la disolución de Portimão Urbis y la asunción de sus actividades y trabajadores en parte por el Ayuntamiento de Portimão y en parte por otra de las empresas municipales de este y, en concreto, la Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão, E. M., S. A. (EMARP).

Iniciado el procedimiento de disolución de Portimão Urbis, la trabajadora demandante, la Sra. Correia Moreira, que mantenía con aquella contrato de trabajo para desempeñar un puesto de confianza para ejercer funciones en la unidad de gestión administrativa y recursos humanos[82], fue cedida en 2015 al Ayuntamiento de Portimão, por prestar sus servicios en actividades a asumir por este una vez consumada la disolución[83]. En el curso de su cesión, dicha trabajadora participó, como afectada por el plan de «internacionalização» comprensivo de la disolución de Portimão Urbis, en un concurso público de selección convocado por el Ayuntamiento con objeto de permitir a quienes lo superasen la inclusión en la primera escala de la función pública. Después de haber superado el concurso con la calificación más alta, no aceptó la referida inclusión y el subsiguiente nuevo vínculo con el Ayuntamiento, al conocer que su retribución sería inferior a la que percibía en Portimão Urbis. En 2017, próximo el fin del procedimiento de su disolución y liquidación, esta empresa comunicó a la Sra. Correia Moreira la extinción de su contrato de trabajo por cierre, lo que le llevó a presentar demanda solicitando, principalmente, que declarase la subrogación del Ayuntamiento de Portimão en su contrato de trabajo con Portimão Urbis, por transmisión de esta, y, por lo tanto, la ilicitud de la extinción de dicho contrato y la procedencia de su reincorporación a la entidad adquirente, esto es, al Ayuntamiento de Portimão.

Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Judicial da Comarca de Faro suspende el procedimiento y solicita al Tribunal de Justicia respuesta sobre las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Entendendo-se por "trabalhador" qualquer pessoa que, no Estado-Membro respetivo, esteja protegida como trabalhador pela legislação laboral nacional, poderá a pessoa que tem um contrato

82 Cfr. art. 162.1 del Código do Trabalho.

83 Cfr. art. 62.6 de la «Lei nº 50/2012», de 31 de agosto, ya cit.

de comissão de serviço com a cedente considerar-se trabalhadora para efeitos do artigo 2.°, n.° 1, alínea d), da Diretiva [2001/23] e beneficiar da proteção dada pela legislação em causa?

2) A legislação da União Europeia, designadamente a referida Diretiva [2001/23], em conjugação com o artigo 4.°, n.° 2, [TUE], opõe-se a uma legislação nacional que, mesmo em caso de transferência abrangida pela indicada Diretiva, imponha que os trabalhadores se submetam necessariamente a concurso público e fiquem submetidos a novo vínculo com o cessionário por este ser um Município?»

Vaya por delante que el Tribunal da por supuesto, en su sentencia[84], que el órgano jurisdiccional remitente, que coincide con el de la sentencia *Piscarreta Ricardo*, no ve ningún problema, a raíz de la respuesta que se le dio en esta, en apreciar tanto el mantenimiento de la identidad de la entidad transferida como que las actividades objeto de transmisión no son inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público y, en consecuencia, parte de la premisa de que la operación controvertida en el litigio principal figura comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, lo que no tenía claro en el caso origen de la sentencia *Piscarreta Ricardo*.

En relación con la primera de las cuestiones prejudiciales, teniendo en cuenta que la Directiva 2001/23/CE [art. 2.1.d) y 2] remite el concepto de trabajador y de contrato de trabajo o relación laboral a lo que disponga la legislación nacional, cualquiera advertirá, de inmediato, que la respuesta a aquella pasa por resolver si el «contrato de comissão de serviço» que regula el Código do Trabalho (arts. 161 y sigs.) entra en la categoría de contrato de trabajo y, por lo tanto, confiere la condición de trabajador a la persona contratada. Aunque ello implica una operación de interpretación de la legislación nacional que corresponde realizar al juez nacional, el Tribunal de Justicia descubre[85] que el órgano jurisdiccional remitente señala, en su resolución planteando la petición de decisión prejudicial, que «o contrato de comissão de serviço, celebrado com

84 En los apartados 38 y 55.

85 En el apartado 43 de su sentencia.

quem já é trabalhador da empresa ou com quem não tem qualquer outra relação laboral prévia, tem sido qualificado de contrato de trabalho». Se explica, así, que declare que «uma pessoa como a recorrente no processo principal pode ser considerada "trabalhador", na aceção do artigo 2.°, n.° 1, alínea d), da Diretiva 2001/23, e o seu contrato de comissão de serviço pode ser considerado um contrato de trabalho, na aceção do artigo 2.°, n.° 2, primeiro parágrafo, desta diretiva.»

Claro lo anterior, surge, seguidamente, el problema de la protección de la que es acreedor un trabajador como el aquí contemplado. No ofrece duda que el nivel de esa protección, que también corresponde determinar a la legislación nacional, debe ser mantenido en la transmisión de empresas, establecimientos o partes de empresas o establecimientos; si se prefiere, la Directiva 2001/23/CE garantiza el mantenimiento y no la ampliación de la protección disfrutada con anterioridad a la transmisión. Pues bien, la protección que dispensa la legislación portuguesa al tipo de trabajador de que se trata difiere de la disfrutada por los trabajadores ordinarios y se caracteriza por permitirse la extinción del contrato por desistimiento y mediante un simple preaviso escrito[86]. Sin duda, se está ante una circunstancia que ha de influir, por fuerza, en la resolución del litigio principal y, en concreto, en la calificación de la extinción del contrato de trabajo decidida por Portimão Urbis en la etapa final de su existencia, antes de la efectividad de su disolución; sin embargo, no corresponde al Tribunal de Justicia determinar esa influencia, que comporta una interpretación del derecho nacional. En otras palabras, no está al alcance del Tribunal manifestarse sobre la posible ilicitud de la extinción del contrato de la Sra. Correia Moreira; en honor a la verdad, tampoco se le pedía una manifestación al respecto. En suma, en modo alguno cabe considerar que el Tribunal dé una respuesta evasiva al declarar en su sentencia[87] que «a Diretiva 2001/23/CE (…), nomeadamente o seu artigo 2.°, n.° 1, alínea d), deve ser interpretada no

86 Art. 163 del Código do Trabalho: «Qualquer das partes pode pôr termo à comissão de serviço, mediante aviso prévio por escrito, com a antecedência mínima de 30 ou 60 dias, consoante aquela tenha durado, respectivamente, até dois anos ou período superior»; la falta de dicho previso «não obsta à cessação da comissão de serviço, constituindo a parte faltosa na obrigação de indemnizar a contraparte nos termos do artigo 401.º».

87 En el apartado 51 y en el fallo, 1).

sentido de que uma pessoa que celebrou com o cedente um contrato de comissão de serviço, na aceção da legislação nacional em causa no processo principal, pode ser considerada "trabalhador" e beneficiar, assim, da proteção que esta diretiva concede, desde que, todavia, esteja protegida como trabalhador por essa legislação e beneficie de um contrato de trabalho à data da transferência, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.»

En cuanto a la segunda de las cuestiones prejudiciales, viene a pedir un pronunciamiento sobre la posible oposición al Derecho de la Unión de la normativa nacional que en una transmisión de empresa, cuando el empresario adquirente sea un ente de derecho público, como es el caso de un ayuntamiento, permite que este se haga cargo de los trabajadores de la entidad objeto de transmisión (si se quiere, Portimão Urbis) siempre que tales trabajadores se sometan a un procedimiento público de selección, lo superen y, en su virtud, concierten un nuevo vínculo con aquel, de naturaleza administrativa y con condiciones de trabajo diferentes a las disfrutas en la entidad de origen. La respuesta del Tribunal[88] es la siguiente:

> «A Diretiva 2001/23, em conjugação com o artigo 4.°, n.° 2, TUE, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê que, em caso de transferência, na aceção desta diretiva, e por o cessionário ser um município, os trabalhadores em causa devem, por um lado, submeter-se a um processo de concurso público e, por outro, sujeitar-se a um novo vínculo com o cessionário.»

Desde luego, sin perjuicio de la general gran utilidad e importancia de la respuesta a la cuestión, para la Sra. Correia Moreira esa utilidad es nula, a mi juicio, si el órgano jurisdiccional remitente termina por considerar, a la vista de la respuesta a la primera cuestión prejudicial, que la extinción de su contrato es conforme a derecho. La indicada respuesta se debe entender teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia no entra ni podría entrar en la calificación de semejante extinción y, por lo

88 Apartado 63 y fallo, 2) de su sentencia.

tanto, que sus efectos se refieren al supuesto específico de la hipótesis en la que se basa[89], definida por la existencia de una transmisión que, además de comprendida en el ámbito de la Directiva 2001/23/CE, afecta a un trabajador asumido por la entidad pública cesionaria en las condiciones apuntadas, que implican el establecimiento de un nuevo y distinto vínculo con ella y la percepción, al menos durante un amplio período de tiempo (diez años), de una retribución inferior a la percibida en la empresa u entidad de origen. Es entonces cuando tal Directiva entra en escena para impedir la reducción del nivel de protección del que disfrutase el trabajador en el momento de la transmisión de esa empresa o entidad, cuyo mantenimiento garantiza el art. 3.1 de aquella al disponer, con regla de obligado respeto por la normativa nacional de transposición, que «os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário.»

En la hipótesis en la que se basa el Tribunal para responder a lo que se le pide, no ofrece duda, y así lo entiende este en su sentencia[90], que una normativa nacional como la portuguesa, que autoriza a que un ente público se haga cargo de los trabajadores de una entidad que se le transmita a condición de que estos superen un procedimiento público de selección, pasen a continuar prestando sus servicios en virtud de un nuevo vínculo con aquel y experimenten, a raíz de ello, una disminución de su anterior retribución, conduce a modificaciones de las condiciones de trabajo y empleo de los afectados, a quien puede colocarles «numa posição menos favorável do que aquela em que se encontrava antes dessa transferência, contrariam tanto o artigo 3.°, n.° 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2001/23 como a finalidade desta diretiva.»

Aunque no lo indique la sentencia ahora comentada, la consecuencia de lo anterior, si se admite, como ha tenido ocasión de hacerlo el Tribunal de Justicia, el efecto directo del art 3.1 de la Directiva[91], es que el juez

89 Según indica en el apartado 56 de su sentencia.

90 Apartados 59 y 60.

91 Así, auto de 26 de mayo de 2005, *Sozialhilfeverband Rohrbach* (asunto C-297/03), apartado 28: «Habida cuenta de que los artículos 3, apartado 1, y 1, apartado 1, letra c), primera frase, de la Directiva 2001/23 cumplen los requisitos para producir efecto directo, dichas disposiciones pueden ser invocadas frente a una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado cuyo único accionista es una

nacional debe proceder a la inaplicación de la referida normativa, lo que nos sitúa ante la forma más fuerte de impacto sobre el derecho nacional de los fallos del Tribunal de Justicia del tipo que aquí se contempla.

La expresada oposición al derecho de la Unión (a la Directiva 2001/23/CE) de una normativa como la indicada no se ve neutralizada por la previsión del art. 4.2 del TUE, según el cual la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, «refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles». No se ve neutralizada porque, como señala el Tribunal[92], dicha previsión «não pode ser interpretada no sentido de que, no domínio em que os Estados-Membros transferiram as suas competências para a União, como em matéria de manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, permite privar um trabalhador da proteção que lhe confere o direito da União em vigor nesse domínio».

4.4. Sobre si los arts. 221 y 232 del Código do Trabalho obligan, en interpretación conforme al Derecho de la Unión, a conceder un día de descanso a más tardar después de seis días de trabajo consecutivos: sentencia Maio Marques da Rosa y archivo del asunto C-415/16, Leal da Fonseca

La interpretación a la que hace referencia el título de este apartado llevó al Tribunal Judicial da Comarca do Porto a decidir plantear, mediante resoluciones de 23 de mayo y 13 de junio de 2016, sendas peticiones de cuestiones prejudiciales, de contenido idéntico, las cuales afectaban, en rigor, como termina por observar el Tribunal de Justicia en su respuesta, solo a la interpretación del art. 5 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, del art. 5 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y

mancomunidad de servicios sociales de Derecho público».

92 En el apartado 62 de su sentencia.

del artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La primera petición en el tiempo se tramitó como asunto C-306/16, *Maio Marques da Rosa*, y la segunda como asunto C-415/16, *Leal da Fonseca*. Corrieron suerte bien distinta. En efecto, mientras que la primera fue resuelta por el Tribunal de Justicia en sentencia de 9 de noviembre de 2017, la segunda fue objeto de archivo por medio de auto de 8 de diciembre del mismo año, tras recibir el Tribunal del órgano jurisdiccional remitente, al que se le había notificado ya la anterior sentencia, escrito informando de que no pretendía mantener aquella. En fin, la empresa demandada en el litigio objeto del proceso principal fue, en ambos casos, Varzim Sol-Turismo, Jogo e Animação S. A.

Se plantearon al Tribunal de Justicia las siguientes cuatro cuestiones prejudiciales, sobre las que este se pronuncia en la citada sentencia *Maio Marques da Rosa*:

«1) À luz [do artigo 5.° da Diretiva 93/104] e [do artigo 5.° da Diretiva 2003/88], bem assim como do [artigo 31.° da Carta], no caso de trabalhadores a trabalhar por turnos e com folgas rotativas, em estabelecimento que labora em todos os dias da semana mas que não labora continuamente nas 24 horas diárias, o dia de descanso obrigatório a que o trabalhador tem direito deve ser necessariamente concedido em cada período de sete dias, ou seja, pelo menos no sétimo dia subsequente a seis dias de trabalho consecutivo?

2) É ou não conforme com essas [d]iretivas e normativos a interpretação de que em relação a esses trabalhadores o empregador é livre de escolher os dias em que concede ao trabalhador, em cada semana, os descansos a que este tem direito, podendo o trabalhador ser obrigado, sem remuneração de trabalho suplementar, a prestar até dez dias de trabalho consecutivos (por exemplo, entre a quarta feira de uma semana, antecedida de descanso à segunda e terça, até sexta da semana seguinte, seguida de descanso ao sábado e ao domingo)?

3) É ou não conforme com essas [d]iretivas e normativos, uma interpretação no sentido de que o período de 24 horas de descanso ininterrupto pode ocorrer em qualquer dos dias de calendário de um determinado período de sete dias de calendário e o período de 24 horas de descanso ininterrupto (às quais se adicionam as 11 horas de descanso diário) subsequente pode igualmente ocorrer em qualquer dos dias

de calendário do período de sete dias de calendário imediatamente subsequente ao anterior?

4) É ou não conforme com essas [d]iretivas e normativos, tendo em conta também [a disposição] da alínea a) do [artigo 16.º da Diretiva 2003/88], a interpretação de que o trabalhador, em lugar de gozar um período de 24 horas de descanso ininterrupto (às quais se adicionam as 11 horas de descanso diário) por cada período de sete dias, pode gozar dois períodos consecutivos, ou não, de 24 horas de descanso ininterrupto em qualquer dos 4 dias de calendário de um determinado período de referência de 14 dias de calendário?»

Vaya por delante que la mención a las dos Directivas está justificada por haberse producido los hechos objeto del litigio principal en parte bajo la vigencia de la 93/104/CE y en parte bajo la vigencia de la 2003/88/CE; también que los preceptos de ambas sometidos a examen son idénticos o no difieren sustancialmente en lo que concierne a sus contenidos objeto de discusión y relativos al descanso semanal.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia examinó y respondió a las tres primeras cuestiones de forma conjunta, al entender (apartado 31) que el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, «em substância, se o artigo 31.° da Carta, o artigo 5.° da Diretiva 93/104 e o artigo 5.°, primeiro parágrafo, da Diretiva 2003/88 devem ser interpretados no sentido de que exigem que o período mínimo de descanso ininterrupto de vinte e quatro horas a que o trabalhador tem direito seja concedido, o mais tardar, no dia seguinte a um período de seis dias de trabalho consecutivos». Por lo que respecta a la cuarta y última, relativa a si el art. 16.a) de la Directiva 2003/88/CE [y de la Directiva 93/104/CE] debe interpretarse en el sentido de que permite que las veinticuatro horas ininterrumpidas de descanso semanal puedan repartirse de cualquier forma en el período de referencia de catorce días que los Estados miembros pueden adoptar en sustitución del general de siete días, establecido en el art. 5, la declaró inadmisible[93], «uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio não indica as razões pelas quais a interpretação» de dicho art. 16.a) «é pertinente para o litígio que lhe foi submetido»

93 Apartado 57 de la sentencia.

(apartado 56), como exige el art. 94.c) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y constando, además, que Portugal no ha hecho uso de la mencionada posibilidad de sustitución.

Respecto a las ya conocidas tres primeras cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia advierte que el derecho portugués no ha ejercitado la facultad conferida por el art. 17.4.a) de la Directiva 2003/88/CE [concordante con el art. 17.2.2.a) de la Directiva 93/104/CE], que le permite establecer excepciones a las reglas de su art. 5 (concordante, por lo que aquí interesa, con igual artículo de la Directiva 93/104/CE) relativas al descanso semanal en las actividades que impliquen trabajo por turnos, ni tampoco consta que los acuerdos sociales aplicables[94], mencionados en la documentación presentada por el órgano jurisdiccional remitente, las hayan establecido, como podrían haberlo hecho en los términos previstos en el art. 18 (concordante con el art. 17.3 de la Directiva 93/104/CE). En su virtud, entiende que solo resulta pertinente tomar en consideración e interpretar el citado art. 5 («Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem, por cada período de sete dias, de um período mínimo de descanso ininterrupto de 24 horas às quais se adicionam as 11 horas de descanso diário previstas no artigo 3.º»), como hace, en efecto, al tratar conjuntamente y reformular las tres cuestiones prejudiciales. Es más, entiende[95] que la interpretación a realizar se ciñe a la expresión «por cada período de sete días» que utiliza el artículo. Pues bien, para construir su respuesta repara[96] en que:

1) Habida cuenta de que el art. 5 de la Directiva 2003/88/CE «não remete para o direito nacional dos Estados-Membros, a expressão "por cada período de sete días" nele empregue deve ser entendida como um conceito autónomo do direito

94 El Acordo de Empresa entre Varzim Sol y el Sindicato dos Profissionais de Banca de Casinos y otros, publicado en el *Boletim do Trabalho e do Emprego* n.° 22 de 2002, y el Acordo de Empresa entre Varzim Sol y el Sindicato dos Profissionais de Banca de Casinos y otros, publicado no *Boletim do Trabalho e do Emprego* n.° 29 de 2003, con modificaciones y texto consolidado publicado en *Boletim do Trabalho e do Emprego* n.° 31 de 2007.

95 En el apartado 37 de su sentencia.

96 En los apartados 38 y sigs. de su sentencia.

da União e interpretada de modo uniforme no território desta última, independentemente das qualificações utilizadas nos Estados-Membros, tendo em conta os termos da disposição em causa bem como seu contexto e os objetivos prosseguidos pela regulamentação em que se integra.»

2) El citado artículo no precisa el momento en que debe ser disfrutado el período mínimo de descanso que establece, de veinticuatro horas ininterrumpidas a las que se han de añadir las once del descanso diario, «e confere, assim, aos Estados-Membros uma certa latitude relativamente à escolha desse momento.»
3) Las diferentes versiones lingüísticas de la Directiva avalan la consideración de que el artículo en cuestión, literalmente interpretado, obliga a los Estados miembros a garantizar, sin más, que el descanso que establece pueda disfrutarse en cualquier momento, «num período de sete dias». Lo mismo avala su interpretación sistemática, fruto de ponerlo en conexión con los arts. 16.b) y 22.1.a) de la Directiva, y también su interpretación teleológica, la cual muestra que aquella consideración entra en el objetivo perseguido por la Directiva de garantizar la protección adecuada de la salud y la seguridad de los trabajadores concediendo a los Estados miembros una cierta flexibilidad en la aplicación de las medidas establecidas.
4) La postulada interpretación del art. 5, fruto de su interpretación literal, sistemática y teleológica, «pode beneficiar não apenas o empregador mas igualmente o trabalhador e permite conceder vários dias de descanso consecutivos ao trabalhador em causa, no final de um período de referência e no início do seguinte. Além disso, no caso de uma empresa que funciona sete dias por semana, como a Varzim Sol, a obrigação de descansar em dias fixos poderia, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, ter como consequência privar certos trabalhadores da possibilidade de gozar esses dias de descanso aos fins de semana. Segundo esse órgão jurisdicional, esta é a razão pela qual os empregados da Varzim Sol nunca pediram para descansar em dias fixos.»
5) Salvada la protección que dispensa la Directiva en relación con la duración del descanso diario y la del tiempo máximo de trabajo

semanal, la postulada interpretación de su art. 5 no se opone a «uma regulamentação nacional que não garanta ao trabalhador um período mínimo de descanso, o mais tardar, no sétimo dia subsequente aos seis dias consecutivos de trabalho.»

6) La invocación que hace el órgano jurisdiccional remitente del art. 31.2 de la Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas») «não é suscetível de fornecer elementos suplementares para efeitos da interpretação do artigo 5.° da Diretiva 2003/88», habida cuenta que de las Explicaciones («Anotações») de dicha Carta[97] señalan que aquel precepto suyo se basa en la Directiva 93/104/CE, así como en el art. 2 de la Carta Social Europea y en el punto 8 de Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, y que el art. 2.5 de la Carta Social Europea también hace referencia, en relación con el descanso semanal, a las Directivas 93/104/CE y 2003/88/CE.

Por las razones indicadas, declara el Tribunal, en su sentencia[98], que el art. 5 de la Directiva 93/104/CE, en su versión modificada por la Directiva 2000/34/CE, así como el párrafo primero de igual artículo de la Directiva 2003/88/CE, «devem ser interpretados no sentido de que não exigem que o período mínimo de descanso semanal ininterrupto de vinte e quatro horas a que o trabalhador tem direito seja concedido, o mais tardar, no dia subsequente a um período de seis dias de trabalho consecutivos, mas impõem que esse período seja concedido em cada período de sete días.»

97 Publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007 (C 303).

98 Apartado 51 y fallo.

4.5. Sobre la prohibición, por la normativa nacional, de la posibilidad de considerar, en el empleo público, que la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo a término determine que el trabajador afectado quede vinculado a su empleador por contrato por «tempo indeterminado»: sentencia JS contra Câmara Municipal de Gondomar

La última de las peticiones de cuestiones prejudiciales correspondientes a los jueces portugueses y ya resueltas[99] procede del Supremo Tribunal Administrativo, que la planteó por resolución de 7 de febrero de 2020, se tramitó como asunto C-135/20, *JS* contra *Câmara Municipal de Gondomar*, y fue resuelta por el Tribunal de Justicia por medio de auto («despacho») de 30 de septiembre del mismo año. La petición del órgano jurisdiccional remitente comporta una interpretación del art. 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, el cual figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, y la determinación de su posible oposición al art. 92.2 de la «Lei n.° 59/2008», de 11 de septiembre, por la que se «Aprova o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas», vigente en la época en que se producen los hechos objeto del litigio principal y derogada por el art. 42 de la «Lei n.º 35/2014», de 20 de junio. Disponía el citado precepto:

> «O contrato a termo resolutivo não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, caducando no termo do prazo máximo de duração previsto no presente Regime ou, tratando-se de contrato a termo incerto, quando deixe de se verificar a situação que justificou a sua celebração.»

El problema de la posible oposición del Acuerdo marco al derecho portugués no ha desaparecido con la derogación de la «Lei n.º 59/2008», pues la «Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas», aprobada por la «Lei n.º 35/2014», de la que forma parte integrante, incorpora un precepto sustancialmente igual al del art. 92.2 de la primera. En efecto,

99 Recuérdese que está pendiente de resolución la tramitada como asunto C-426/20 (*GD, ES* contra *Luso Temp-Empresa de Trabalho Temporário, S. A.*).

establece el art. 63 de la citada «Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas», títulado «contratos a termo irregulares», que «o contrato a termo resolutivo não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, caducando no termo do prazo máximo de duração previsto, incluindo renovações, ou, tratando-se de contrato a termo incerto, quando cesse a situação que justificou a sua celebração» (apartado 2). En suma, la respuesta del Tribunal de Justicia también es válida para la interpretación del nuevo precepto.

El litigio principal presenta una situación en la que una trabajadora (*JS*) es contratada por la Câmara Municipal de Gondomar de forma contínua, entre noviembre de 2000 y noviembre de 2013, para prestrar sus servicios en una piscina municipal. En concreto, en ese período celebró con la Câmara cinco contratos de trabajo a «termo certo» sin que las funciones encomendadas experimensen variación de uno a otro; además, algunos de ellos fueron objeto de renovación. En la segunda de las indicadas fechas, su empleador -la Câmara- le comunica la extinción de su relación laboral, lo cual le lleva a presentar demanda ante el Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto solicitando que se declare «sem termo» su contrato y, por lo tanto, la ilicitud de su despido. La sentencia dictada por el citado Tribunal desestima la demanda y es confirmada por el Tribunal Central Admininistrativo Norte, contra cuya sentencia aquella interpone «recurso de revista» ante el Supremo Tribunal Administrativo invocando vulneración de la Directiva 1999/70/CE.

En la situación descrita, el Supremo Tribunal Administrativo decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) O Direito da União [...], [neste caso] o artigo 5.º do [acordo-quadro], deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que proíbe em absoluto a conversão de contratos de trabalho a termo certo celebrados por entidades públicas em contratos de trabalho por tempo indeterminado?

2) A Diretiva [1999/70] deve ser interpretada no sentido de que impõe a conversão dos contratos como a única forma de evitar os abusos decorrentes do recurso sucessivo a contratos de trabalho a termo certo?»

El Tribunal de Justicia considera que procede resolver por medio de auto motivado, por entender que concurren los presupuestos del art. 99 de su Reglamento de Procedimiento (en concreto, se sobreentiende que porque la respuesta a lo preguntado puede deducise claramente de su jurisprudencia), y examina conjuntamente las dos cuestiones planteadas, en las que, a su juicio, el órgano jurisdiccional remitente «pergunta, em substância, se o artigo 5.° do acordo-quadro deve ser interpretado no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro que proíbe de forma absoluta, no setor público, a conversão de uma sucessão de contratos de trabalho a termo certo num contrato por tempo indeterminado.»

Sirviéndose de la repetición del razonamiento de sentencias anteriores[100], sin aportar elementos de juicio nuevos, cabe concluir que se está ante un auto carente de originalidad. En este sentido, comienza el auto por recordar el criterio constante del Tribunal según el cual, aunque el Acuerdo marco no establece una obligación general de los Estados miembros de prever la conversión en contratos por tiempo «indeterminado» de los contratos «a termo», ni contempla las condiciones que permiten hacer uso de estos últimos, como resulta del apartado 2 de su cláusula («artigo», en la versión portuguesa) 5, que remite a tales Estados la tarea de definir las condiciones bajo las cuales los referidos contratos se considerarán celebrados por tiempo «indeterminado»[101], sí impone a aquellos, en el apartado 1 de igual cláusula, evitar la conclusión abusiva de sucesivos contratos de trabajo «a termo» mediante la adopción efectiva y obligada, siempre que la normativa nacional no contemple medidas legales equivalentes, de, por lo menos, una de las medidas que enumera dicho apartado (razones

100 En concreto, del contenido en los apartados 55 y 83 a 90, ambos incluidos, de la sentencia de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz* (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18), en los apartados 32, 33, 59, 60, 64, 65 y 66 de la sentencia de 25 de octubre de 2018, *Sciotto* (asunto C-331/17), en los apartados 26, 27, 29 a 32, ambos incluidos, 34, 45 y 53 de la sentencia de 7 de marzo de igual año, *Santoro* (asunto C-494/16), en los apartados 44, 47 y 49 a 54, ambos incluidos, de la sentencia de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu y Sardinio* (aunto C-53/04), y en los apartados 91, 92, 94 y 95 y 101 a 105, ambos incluidos, de la sentencia de 4 de julio de igual año, *Adeneler* (asunto C-212/04). también cabría traer a colación, por ejemplo, los apartados 44 a 48, ambos incluidos, de la sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact* (asunto C-268/06).

101 Apartado 18.

objetivas que justifiquen la renovación de los contratos «a termo», número máximo de sus renovaciones y duración total máxima de los celebrados de forma sucesiva)[102].

A continuación, prosiguiendo con la reproducción del razonamiento de sentencias anteriores sobre la materia, pasa a advertir que, al no contar el derecho de la Unión con mecanismos de reparación o sancionadores específicos (si se prefiere, «sanções») de los abusos que se constaten en la celebración de sucesivos contratos de trabajo «a termo», corresponde a las autoridades nacionales la adopción de aquellos, los cuales, además de proporcionados, deben ser suficientemente efectivos y disuasorios de los abusos, todo ello desde el punto de vista de la garantía de la plena eficacia de las normas adoptadas en transposición del Acuerdo marco. Por otro lado, aunque su aplicación, que lo es en ejecución de dicho Acuerdo marco, se lleve a cabo por los Estados miembros valiéndose de su propia organización administrativa y judicial (principio de autonomía institucional, procedimiental o procesal), la correspondiente regulación debe respetar los principios de equivalencia y de efectividad; esto es, no debe resultar menos favorable que la prevista para situaciones semejantes sometidas, de forma exclusiva, a la normativa nacional[103] ni hacer imposile o excesivamente difícil, en la práctica, la efectividad de los derechos concedidos a particulares por las disposiciones de la Unión involucradas (aquí, el Acuerdo marco)[104] y, en particular, su derecho a la reparación del perjuicio sufrido debido a la utilización abusiva de los sucesivos contratos de trabajo «a termo». En suma: «quando se tenha verificado que houve um recurso abusivo a sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo certo, deve assim poder ser aplicada uma medida que apresente garantias efetivas e equivalentes de proteção dos trabalhadores para punir devidamente esse abuso e eliminar as consequências da violação do direito da União», lo cual concuerda con los propios términos del párrafo primero del art. 2 de la

102 Apartado 19.

103 O, empleando los términos de la sentencia *Santoro* (apartado 39), habrá de conseguir que «las personas que invocan los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión» no queden «en situación de desventaja respecto a aquellas que invocan derechos de carácter puramente interno.»

104 Apartados 21 y 22.

Directiva 1999/70/CE[105], según el cual «os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva».

Por último, tomando en consideración lo anterior, manifiesta, sin dejar de reproducir el razonamiento de sentencias anteriores, que «para que uma regulamentação nacional que proíbe, no setor público, a conversão num contrato de trabalho por tempo indeterminado de uma sucessão de contratos de trabalho a termo certo possa ser considerada conforme com o acordo-quadro, a ordem jurídica interna do Estado-Membro em causa deve prever, para o referido setor, outra medida efetiva para evitar e, sendo caso disso, punir a conclusão abusiva de sucessivos contratos a termo certo»[106]. En cualquier caso, compete al juez nacional la comprobación de si existe o no esa medida, respetuosa de los ya mencionados principios de equivalencia y efectividad y cuya falta «é suscetível de prejudicar o objetivo e o efeito útil do artigo 5.° do acordo-quadro e é, por conseguinte, contrária a este artigo»[107].

El razonamiento expuesto permite entrever la respuesta del Tribunal a las cuestiones prejuciales planteadas:

La cláusula («artigo») 5 del Acuerdo marco debe ser interpretada «no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro que proíbe de forma absoluta, no setor público, a conversão de uma sucessão de contratos de trabalho a termo certo num contrato por tempo indeterminado, desde que essa legislação não preveja, para o referido setor, outra medida efetiva para evitar e, sendo caso disso, punir a conclusão abusiva de sucessivos contratos a termo certo»[108].

La respuesta del Tribunal se queda ahí. No ofrece elementos para resolver el problema de cómo deben actuar los órganos jurisdiccionales portugueses y, por lo tanto, el órgano jurisdiccional remitente, en el caso de que comprobar que la normativa portuguesa sobre empleo público, que prohibía (art. 92.2 de la «Lei n.° 59/2008») y sigue prohibiendo (art. 63.2 de la «Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas», de 2014) que

105 Apartado 23.

106 Apartado 24.

107 Apartado 25.

108 Apartado 26 y fallo.

un contrato «a termo resolutivo» resolutivo irregularmente celebrado se convierta e contrato por «tempo indeterminado», no prevé otra medida alternativa de esa conversión prohibida que evite y sancione de forma adecuada, conforme los principios de equivalencia y de efectividad, el abuso en la celebración sucesiva de aquel tipo de contrato. Desde luego, no parece que los referidos órganos jurisdiccionales puedan tomar como tal medida alternativa, acorde con las exigencias del derecho de la Unión, la regla del art. 92.3 de la «Lei n.° 59/2008» y su concordante del art. 63.1 de la «Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas», según la cual «a celebração ou a renovação de contratos a termo resolutivo com violação do disposto» en una u otra de esas leyes «implica a sua nulidade e gera responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos dirigentes máximos dos órgãos ou serviços que os tenham celebrado ou renovado».

El Tribunal no ofrece elementos para resolver el importante problema antes mencionado por la sencilla razón de que no podía hacerlo, pues el órgano jurisdiccional remitente no tuvo la prudencia o perspicacia de incluirlo en su petición de decisión prejudicial. En la situación indicada y en espera de una eventual e incierta modificación de la normativa nacional para acomodarla al Acuerdo marco y a la Directiva que ordena su aplicación, los órganos jurisdiccionales portugueses deben proceder a una interpretación conforme. Por lo tanto, habrán de tomar en consideración la totalidad del derecho portugués y, aplicando los métodos de interpretación que admite, hacer todo lo que sea de su competencia para garantizar la efectividad del Acuerdo marco y llegar a una solución que permita alcanzar el resultado u objetivo que este persigue (su efecto útil). Con arreglo al criterio del Tribunal de Justicia, la realización de la anterior operación por los referidos órganos jurisdiccionales tiene como límites los principios generales del Derecho, en particular los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del derecho nacional.

Cabe sospechar que, al final, las cosas van a seguir como están; esto es, con el mantenimiento de una situación normativa contraria al Derecho de la Unión, el cual, carece, lamentablemente, de instrumentos efectivos para remediar eficazmente situaciones como la que aquí

tratada, de incumplimientos de sus disposiciones por parte de los Estados miembros.

Puesto que las previsiones de la cláusula 5 del Acuerdo marco carecen de efecto directo[109] y, por lo tanto, no admiten su invocación, en un litigio como el principal del caso comentado, sometido al derecho de la Unión, con el fin de excluir la aplicación de una disposición del derecho nacional contraria a ellas[110], es fácil que el órgano jurisdiccional remitente considere que la respuesta del Tribunal no le autoriza ni obliga a decidir, sin más, la inaplicación del 92.3 de la «Lei n.º 59/2008». Asimismo, es fácil que este u otro órgano jurisdiccional decida, en otro caso de iguales características, que aquella respuesta tampoco sirve para decidir la inaplicación del art. 63.1 de la «Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas». Podría traer a colación, al respecto, la sentencia de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz*, en la que el Tribunal de Justica declara[111] que «o direito da União deve ser interpretado no sentido de que não impõe que um órgão jurisdicional nacional ao qual foi submetido um litígio entre um trabalhador e o seu empregador público não aplique uma regulamentação nacional que não seja conforme com o artigo 5.º, n.º 1, do acordo-quadro».

También es cierto que, con valentía, podría decidir lo contrario, basándose en la consecución del efecto útil del Acuerdo marco y sirviéndose de la sentencia de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, en la que

109 No son incondicionales ni suficientemente precisas para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional y frente al Estado, particularmente en su condición de empleador [véanse apartados 79 y 80 y fallo, 2) de la sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact* C-268-06)], a diferencia, por ejemplo, de la cláusula 4.1. [véanse apartados 68 y fallo, 2) de igual sentencia].

110 Así, por ejemplo, sentencia de 24 de junio de 2019, *Popławski* (asunto C-573/17), apartados 61, 62 y 64, entre otros («cualquier juez nacional que conozca de un asunto, en el marco de su competencia, estará obligado, como órgano de un Estado miembro, a abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional contraria a una disposición del derecho de la Unión con efecto directo en el litigio de que conoce»; en cambio, «no cabrá invocar, como tal, una disposición del derecho de la Unión carente de efecto directo en un litigio al que se aplique el derecho de la Unión, con el fin de excluir la aplicación de una disposición de derecho nacional que le sea contraria»; «la invocación de la disposición de una directiva que no sea suficientemente clara, precisa e incondicional para que se le reconozca efecto directo no puede dar lugar, sobre la base exclusivamente del derecho de la Unión, a que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro excluya la aplicación de una disposición nacional»).

111 Apartado 125 y fallo, 5).

el Tribunal de Justicia declaró[112] que, «em circunstâncias como as do processo principal, o acordo-quadro deve ser interpretado no sentido de que, na medida em que a ordem jurídica do Estado-Membro em causa não preveja, para o sector em questão [el sector público], outra medida efectiva para evitar e, sendo caso disso, punir a utilização abusiva de contratos a termo sucessivos, o acordo-quadro se opõe à aplicação de uma legislação nacional que proíbe de modo absoluto, apenas no sector público, a conversão em contratos sem termo de contratos de trabalho a termo sucessivos que, de facto, se destinaram a satisfazer «necessidades estáveis e duradouras» da entidade patronal e devem ser considerados abusivos». Salvo que suceda esto último, lo que le queda al trabajador afectado es emprender el calvario, de resultado incierto, de reclamar al Estado el resarcimiento de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento del Acuerdo marco. Me viene a la memoria el desestimiento de emprender ese camino, en relación con el incumplimiento de la Directiva 80/987/CEE (hoy sería la Directiva 2008/94/CE), del Sr. Wagner Miret, cuando el órgano jurisdiccional remitente, una vez recibida la notificación de la STJ de 16 de diciembre de 1993 (asunto C-334/92), resolvió el asunto principal iniciado por aquel optando por dejarle abierta la expresada posibilidad de reclamación por su exclusión, como personal de alta dirección, de la protección a cargo del FOGASA como institución encargada del aseguramiento del pago de las cantidades adeudadas por el empresario[113]. El Sr. Wagner Miret desistió por desesperación.

112 Apartado 105 y fallo, 2).

113 Véase *supra*, apartado 3.1 de este escrito.