

CARMEN ARROYO MENA

Fiscal Sta. Audiencia Provincial de Badajoz

ÁNGEL ESTÉVEZ JIMENO

Magistrado

1.º Premio Estudios Financieros 2001

Modalidad: Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Extracto:

El objeto de este trabajo ha sido examinar todas y cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) por los jueces españoles de lo social y que culminaron en sentencia prejudicial, en materia del denominado Derecho Social Comunitario, que incluye tanto las relativas a la regulación comunitaria laboral como las relativas a la Seguridad Social, desde la incorporación de España en las Comunidades hasta el momento actual, con el análisis de las formulaciones, las respuestas del TJCE y las sentencias finales en los procedimientos internos, así como el uso que los jueces de lo social han hecho del procedimiento. Se examinan qué órganos jurisdiccionales han planteado cuestiones prejudiciales, qué tipo de cuestiones han sido, qué materias han suscitado más dudas y si en algún caso se ha incumplido la obligación del reenvío. Este estudio se realiza desde una doble perspectiva: los problemas de interpretación y aplicación que el Derecho Social Comunitario ha suscitado en los jueces y la cooperación entablada entre éstos y el TJCE a través de la cuestión prejudicial.

Se observa la acción normativa de la Comunidad en materia social, su transposición en España, así como los principales Reglamentos y Directivas que suscitarán las dudas que harán plantear la cuestión prejudicial. Se tratan los principios que rigen la aplicación del Derecho Comunitario en un proceso interno, el planteamiento de cuestiones prejudiciales como instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y el juez interno, y algunas soluciones procesales sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales conforme a la jurisprudencia comunitaria.

La exposición termina con un balance de situación, ya que no quiere ser solamente descriptiva sino que tiene pretensiones críticas, y así, se concluye que **las cuestiones prejudiciales planteadas por los Jueces y Tribunales españoles del orden jurisdiccional social ante el TJCE no han sido muy numerosas** (entre 1986 y 1999 apenas sobrepasan la docena, en concreto dieciocho, que fueron resueltas por once Sentencias del TJCE), como tampoco lo han sido, ciertamente, los procesos en los que su planteamiento se solicitó a instancia de parte.

Sumario:

Abreviaturas.

Introducción.

Capítulo I. El Derecho Social Comunitario: su transposición en el ordenamiento jurídico interno.

1. La acción normativa de la Comunidad en materia social.
2. Principales Reglamentos y Directivas Comunitarias en el orden social.
 - 2.1. Reglamento CEE 1408/71, del Consejo, relativo a la aplicación de la Seguridad Social a los trabajadores asalariados que se desplacen dentro de la Comunidad.
 - 2.2. Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, referente a 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 (reformada por la Directiva del Consejo 98/50/CE, de 29 de junio).
 - 2.3. Directivas 75/129/CEE y 92/56/CEE sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.
 - 2.4. Directiva del Consejo 80/987 de 20 de octubre de 1980 sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.
3. La transposición del Derecho Social Comunitario en España.

Capítulo II. La cooperación entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades en la aplicación del Derecho Comunitario: la cuestión prejudicial.

1. La aplicación del Derecho Comunitario por el juez interno.
2. El planteamiento de cuestiones prejudiciales como instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y el juez interno.
3. Soluciones procesales sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Capítulo III. Cuestiones prejudiciales en materia de contratación laboral.

1. Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, la aplicación de la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980: el Asunto Wagner Miret y la STJCE de 16 de diciembre de 1993.
2. Cuestiones de transmisión de empresas, la aplicación de la Directiva 77/187/CEE.
 - 2.1. El Asunto Búrdalo Trevejo y la STJCE de 17 de abril de 1997.
 - 2.2. El Asunto Hernández Vidal y la STJCE de 10 de diciembre de 1998.
3. Libre circulación de trabajadores y reconocimiento de títulos: el Asunto Fernández de Bobadilla y la STJCE de 8 de julio de 1999.

Capítulo IV. Cuestiones prejudiciales en materia de Seguridad Social.

1. Cuestiones prejudiciales en materia de desempleo.
 - 1.1. El Asunto Zabala Erasun y la STJCE de 15 de junio de 1995.
 - 1.2. El Asunto Martínez Losada y la STJCE de 20 de febrero de 1997.
 - 1.3. El Asunto Ferreiro Alvite y la STJCE de 25 de febrero de 1999.
2. Cuestiones prejudiciales en materia de pensiones.
 - 2.1. Pensión de jubilación: el régimen de incompatibilidad de la pensión de jubilación y la actividad en la función pública previsto en una ley de presupuestos: el Asunto Giménez Zaera y la STJCE de 29 de septiembre de 1987.
 - 2.2. Pensión de invalidez y jubilación: el problema de la determinación de la base reguladora de las pensiones en caso de totalización de períodos y aplicación de la cláusula *pro rata temporis*. Los Asuntos Lafuente Nieto, Naranjo Arjona y Grajera Rodríguez.

Capítulo V. Estudio procesal de las cuestiones prejudiciales sociales.

Conclusiones.

Bibliografía.

Índice de las sentencias resolutorias de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles del orden jurisdiccional social.

ABREVIATURAS

AL	Actualidad Laboral
Art.	Artículo
AS	Aranzadi Social
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE78	Constitución española de 27 de diciembre de 1978
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP 95	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ET	Estatuto de los Trabajadores
FGS	Fondo de Garantía Salarial
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LCEur	Legislación Comunitaria Europea
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos
LISOS	Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
OM	Orden Ministerial
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación
RD	Real Decreto
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RL	Relaciones Laborales
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
S / SS	Sentencia / Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TCEEA	Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TPI	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TUE	Tratado de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La incorporación de España a las Comunidades Europeas, autorizada por Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto¹, y efectiva desde 1 de enero de 1986, determinó la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la propia Constitución Española² a las Comunidades Europeas y, como consecuencia de ello, el reconocimiento de una posición de privilegio de las fuentes del Derecho Comunitario sobre el ordenamiento jurídico español. Esta preeminencia del Derecho Comunitario sobre los ordenamientos jurídicos internos se predica de todas las Fuentes del Derecho Comunitario, es decir, del Derecho Originario –Tratados Fundacionales, Actas de Adhesión, Acta Única Europea, Tratado de la Unión Europea³, Tratado de Amsterdam⁴– y del Derecho Comunitario Derivado –Reglamentos, Directivas, Decisiones y actos *sui generis* o atípicos–⁵.

El principio de primacía del Derecho Comunitario no está establecido en el Tratado de la Comunidad Europea, se trata de un principio de origen jurisprudencial. Conviene destacar que el «principio fundamental de primacía del ordenamiento jurídico comunitario», llamado así en la sentencia VARIOLA⁶, de 10 de octubre de 1973, se formula fundamentalmente como una norma para la resolución de conflictos entre derecho interno y derecho comunitario dirigida al juez nacional, al aplicador del Derecho. La resolución de toda contradicción de disposiciones de ambos ordenamientos a favor de la norma comunitaria por el juez interno garantiza la auténtica integración jurídica entre ordenamiento comunitario e interno.

¹ RCL 1985, 1.979.

² *Cfr.* su art. 93.

³ RCL 1999, 1.205 bis y LCEur 1997, 3.694.

⁴ RCL 1999, 1.205 y LCEur 1997, 3.620.

⁵ Sobre esta cuestión, con detalle, ALONSO GARCÍA, R.: «La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como puesta en práctica del artículo 93 de la Constitución Española», en GONZÁLEZ CAMPOS, E. y MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, Civitas. Madrid, 1986, T. I, Capítulo X, págs. 355 y ss.

⁶ Sentencia VARIOLA de 10 de octubre de 1973, as. 34/73.

Conviene subrayar en este contexto que los Jueces y Tribunales de los Estados miembros llevan a cabo la importante misión consistente en interpretar y aplicar el Derecho Comunitario obligatorio o vinculante ⁷; esto es, el Derecho Comunitario Originario, los Reglamentos, las Directivas y las Decisiones ⁸.

Ahora bien, como quiera que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) garantiza una interpretación uniforme del Derecho Comunitario, es preciso articular una vía de «enlace» ⁹ entre la jurisdicción estatal y el TJCE a fin de conjurar el riesgo de que «la intervención de jurisdicciones de varios países, y por tanto de tradiciones culturales y jurídicas distintas (ponga) en peligro la necesaria unidad en la interpretación y aplicación (del mismo)» ¹⁰. Y es a través de la cuestión prejudicial, mecanismo de reenvío entre justicia interna y comunitaria, previsto en el art. 234 TCE, como se soluciona el citado problema.

El objeto de este trabajo debe situarse en este preciso contexto. Nos proponemos examinar todas las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJCE por órganos judiciales españoles del orden jurisdiccional social, en materia del denominado Derecho Social Comunitario ¹¹, que incluye tanto las relativas a la regulación comunitaria laboral como las relativas a la Seguridad Social, desde la incorporación de España en las Comunidades ¹² hasta el momento actual.

Por otra parte, no se examinan todas las cuestiones prejudiciales en materia de Seguridad Social o sobre contratación laboral, sino sólo las que han sido resueltas por el TJCE.

El análisis de las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces del orden social se realiza desde una doble perspectiva. En efecto, este trabajo examina de un lado los problemas de interpretación y aplicación que el Derecho Social de la Comunidad Europea ha suscitado en los jueces de lo social. Por otro lado, y además de tener en cuenta el Derecho Social de la Comunidad Europea, hemos tenido en cuenta la cooperación entablada entre los jueces de lo social y el TJCE a través de la cuestión prejudicial.

⁷ Vid. LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ: «La interpretación y aplicación del derecho comunitario por el juez español: la cuestión prejudicial en el orden social». *Aranzadi Social* n.º 12, octubre 1999.

⁸ Véase, al respecto, entre otros, ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B. (Directoras), OLESTI RAYO, A. (Coordinador): *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, 3.ª ed., Ariel. Barcelona, 1998, págs. 157 y ss.

⁹ Vid. JIMENO BULNES, MAR: La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE, Bosch. Barcelona, 1996, pág. 141.

¹⁰ Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B. (Directoras), OLESTI RAYO, A. (Coordinador): *op. cit.*, pág. 107.

¹¹ Al respecto, véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Derecho Social Comunitario*, Tecnos. Madrid, 1994.

¹² La incorporación de España a las Comunidades Europeas, autorizada por Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto [RCL 1985, 1979] fue efectiva desde 1 de enero de 1986.

Teniendo en cuenta el enfoque transversal que hemos elegido para abordar el objeto de este trabajo, hemos considerado oportuno sistematizarlo de la siguiente manera.

En primer lugar, se analiza el denominado Derecho Social Comunitario, examinando la acción normativa de la Comunidad en materia social, la transposición del mismo en España, así como los principales Reglamentos y Directivas dictados en materia social y que suscitarán las dudas que harán plantear la cuestión prejudicial en el orden jurisdiccional social español.

En segundo lugar, se tratan los principios que rigen la aplicación del Derecho Comunitario en un proceso interno, el planteamiento de cuestiones prejudiciales como instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y el juez interno, y algunas soluciones procesales sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales conforme a la jurisprudencia comunitaria.

Así, se recuerdan los caracteres esenciales del Derecho Comunitario y cómo el juez interno debe aplicar las normas comunitarias cuando sean pertinentes para la solución del litigio del que esté conociendo, se define el objeto del reenvío prejudicial, el concepto de «jurisdicciones nacionales» y la autoridad de la sentencia prejudicial, esto es, sus consecuencias. Por último, se lleva a cabo un estudio de la serie de indicaciones que para facilitar la colaboración entre las jurisdicciones nacionales con el TJCE, puso éste, a modo de nota informativa, a disposición de los interesados, y en especial de los jueces, proporcionando respuestas útiles al planteamiento de las cuestiones prejudiciales, analizándose toda una serie de aspectos de interpretación conflictiva u oscura.

Seguidamente se pasa al núcleo de nuestro objeto de estudio, el examen de las cuestiones prejudiciales planteadas por la jurisdicción social española, con el análisis de las formulaciones, las respuestas del TJCE y las sentencias finales en los procedimientos internos.

Para su mejor análisis, las cuestiones prejudiciales se sistematizarán de acuerdo con el asunto de que tratan, bien en materia de contratación laboral, bien en materia de Seguridad Social.

Así pues, y respectivamente, se examinan las cuestiones formuladas en materia de contrato de trabajo sobre protección de los trabajadores asalariados en supuestos de transmisión de empresas e insolvencia del empresario y sobre libre circulación de trabajadores y las cuestiones prejudiciales en materia de Seguridad Social planteadas sobre prestaciones de desempleo y pensiones de jubilación e invalidez.

En capítulo aparte se analiza el uso que los jueces de lo social han hecho del procedimiento prejudicial y atendiendo de manera específica a las siguientes cuestiones: órganos jurisdiccionales que las han planteado, si se trata de cuestiones de interpretación o bien de validez, sobre qué materias se han planteado y si en algún caso se ha incumplido la obligación del reenvío.

Las cuestiones formuladas en materia de contrato de trabajo pasan por la resolución de los problemas planteados en la protección de los trabajadores asalariados en casos de transmisión de empresa de insolvencia del empresario, así como la libre circulación de trabajadores. Por su parte

las cuestiones en materia de Seguridad Social resuelven los problemas sobre la incompatibilidad de las pensiones de jubilación y empleo público así como el espinoso asunto de la determinación de la base reguladora de las pensiones en casos de totalización de períodos y la aplicación de la cláusula *pro rata temporis*.

El estudio se termina con un balance de la situación, puesto que la exposición que sigue no quiere ser solamente descriptiva sino que tiene pretensiones críticas.

El interés de este trabajo radica precisamente en su objeto ya que como se anticipaba se analizan todas y cada una de las cuestiones prejudiciales que han sido planteadas por los jueces españoles de lo social y que culminaron en sentencia prejudicial, bien en materia de Seguridad Social ¹³, bien las de contenido laboral ¹⁴.

CAPÍTULO I. EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO: SU TRANSPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

Los artículos del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) que regulan la Política Social no son muy numerosos, pero sientan la base del desarrollo social de los Estados miembros y de la posterior normativa de Derecho derivado.

Así, el TCE en su art. 136 recoge el convenio de los Estados miembros sobre la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, considerando que dicha evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

Por su parte el art. 137 establece que la Comisión, sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado, y de conformidad con los objetivos generales del mismo, tendrá por misión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con el empleo, y el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo, entre otras, a cuyo fin actuará en estrecho contacto con éstos (los Estados miembros) mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales.

¹³ Vid. DESDENTADO BONETE, A. «Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social», en *CGPJ*, Seguridad Social Internacional. Madrid, 1998.

¹⁴ Vid. LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ, «La interpretación y aplicación del Derecho comunitario por el juez español: la cuestión prejudicial en el orden social», *Aranzadi Social* n.º 12, octubre 1999.

El mismo Tratado en sus arts. 94 y 95, incorporado este último por el Acta Única Europea, prevé el mecanismo procesal para llevar a la práctica la aproximación de las legislaciones, al indicar que «el Consejo adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común», tras consultar al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social respecto de aquellas cuya ejecución implique, en uno o varios Estados miembros, la modificación de disposiciones legales.

Por otra parte, al objeto de establecer progresivamente el mercado interior, que implica un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del Tratado, en el transcurso de un período que terminó el 31 de diciembre de 1992, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptó las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, excepto para las disposiciones fiscales, las relativas a la libre circulación de las personas y a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena.

Como complemento, el art. 308 establece que «cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo adoptará las disposiciones pertinentes».

En este marco de referencia institucional se produjo el desarrollo de la política social comunitaria y la creación del acervo social o del ordenamiento jurídico social de la CE en las primeras tres décadas de existencia de las Comunidades Europeas, y muy especialmente a partir del Acuerdo de los Jefes de Estado o de Gobierno, en la Conferencia de París, de octubre de 1972, en el que afirmaron que la expansión económica no es un fin en sí, sino que debe traducirse en una mejora de la calidad, así como del nivel de vida; y que una acción vigorosa en el ámbito social reviste para ellos la misma importancia que la realización de la unión económica y monetaria, invitando a las instituciones de las Comunidades a establecer un programa de acción social que incluya medidas concretas y los medios correspondientes, tendentes a lograr las finalidades sociales de la Unión Europea, por etapas sucesivas, para conseguir los grandes objetivos siguientes: realización del pleno y mejor empleo a nivel comunitario, nacional y regional, condición esencial de una política social eficaz; mejora de las condiciones de vida y de trabajo que permita su armonización en el progreso; y participación creciente de los interlocutores sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad y de los trabajadores en la vida de las empresas; lo que dará lugar a la adopción por parte del Consejo de una Resolución, de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social, que pone de manifiesto la voluntad política de éste de adoptar, en una primera etapa, que cubre el período que va de 1974 a 1976, las medidas necesarias para alcanzar los tres grandes objetivos antes mencionados.

Veamos a continuación la normativa social comunitaria de Derecho derivado.

1. La acción normativa de la Comunidad en materia social.

En los limitados aspectos en que la Comunidad goza de capacidad normativa en el marco social, su actuación se ha llevado generalmente a cabo mediante los dos instrumentos jurídicos fundamentales que canalizan la actividad legislativa de los órganos comunitarios, a saber: Reglamentos y Directivas. Ambos son instrumentos jurídicos que tienen en común su eficacia obligatoria, aunque –como es sabido– poseen importantes elementos diferenciadores.

Mientras el Reglamento, según el art. 249 TCE, tiene alcance general y es directamente aplicable de los Estados miembros, la Directiva, según el mismo precepto, sólo obliga a éstos en cuanto al resultado que llega a conseguirse, pero dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y medios para el logro de dichos resultados. En este sentido el Reglamento se ha utilizado cuando se ha requerido la uniformidad legislativa entre los Estados miembros y se ha acudido a la Directiva, cuando, por el contrario sólo se pretendía un acercamiento de las legislaciones nacionales para lograr su armonización.

Si hacemos un análisis a la acción normativa que la Comunidad ha llevado a cabo en materia social en los ya largos años de su existencia, nos encontramos con que esta función unificadora del Reglamento sólo se ha utilizado, como hemos dicho, en muy contadas ocasiones. Fue, por supuesto la técnica seguida, desde principios de los años sesenta, para la puesta en marcha de la libre circulación de los trabajadores, llevada a cabo sucesivamente por dos Reglamentos del Consejo de los años 1961 y 1964 y un tercero, el 1612/1968, de 15 de octubre, que, con sucesivas modificaciones es el actualmente vigente.

La técnica reglamentaria se aplica también a la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los migrantes, corolario, como es claro, de la libertad de circulación. Dicha coordinación de los sistemas de Seguridad Social se ha visto sucesivamente reflejada en los Reglamentos n.º 3 y n.º 4, ambos de 1958, luego sustituidos por el Reglamento 1408/71, básico en la materia, al que completa el 574/72. Ambos han sufrido sucesivas modificaciones y últimamente han sido revisados y actualizados por el Reglamento n.º 118/97, de 2 de diciembre de 1996.

Es de destacar que la unificación jurídica en el marco comunitario no se ha llevado a cabo exclusivamente a través de la técnica de adopción de Reglamentos ¹⁵, sino que en algún momento se ha acudido a las previsiones del art. 293 del TCE que permite la vía de acuerdos intergubernamentales entre los Estados miembros para lograr dichos objetivos ¹⁶.

¹⁵ Aparte de estos supuestos, la unificación legislativa vía Reglamentos se ha utilizado en contadas ocasiones en el marco social. De entre ellas, las más relevantes son las que hacen referencia a la regulación del Fondo Social Europeo en sus diversas etapas, o en la creación de determinados organismos, como son –sin ánimo exhaustivo– el Centro Europeo para el desarrollo de la Formación Profesional (Reglamento 337/75), la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo (Reglamento 1365/75), la Oficina Europea de Coordinación (de los servicios centrales de empleo de los Estados miembros; Reglamento 15/61) o la reciente Agencia Europea de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Reglamento 2062/94, posteriormente modificado por el 1693/95).

¹⁶ Es el caso, por ejemplo, de la unificación de las reglas sobre conflictos de leyes que establece el *Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales*, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, y que afecta, entre otros, a los contratos de trabajo. El Convenio está en vigor en nuestro país desde el 1 de septiembre de 1993.

Dado que las Directivas sólo obligan a los Estados en cuanto al resultado en ellas previsto, pero no en cuanto a la forma ni en los medios para lograrlo, los Estados destinatarios poseen un evidente poder de decisión para su puesta en práctica. Aunque ésta fue la intención de los redactores de los Tratados Fundacionales, la realidad en todo caso no es tan simple, al menos en el ámbito laboral. Por un lado, porque determinadas Directivas en el marco laboral imponen obligaciones tan específicas y concretas que dejan a los Estados poco margen de actuación a la hora de su incorporación al Derecho interno ¹⁷. Por otro lado, aunque el art. 249 del TCE sólo parece conferir efecto directo a los Reglamentos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades en diferentes decisiones ha ido extendiendo dicho efecto a las Directivas, aunque con limitaciones importantes ¹⁸.

2. Principales Reglamentos y Directivas Comunitarias en el orden social.

2.1. Reglamento CEE 1408/71, del Consejo, relativo a la aplicación de la Seguridad Social a los trabajadores asalariados que se desplacen dentro de la Comunidad.

Los Reglamentos ¹⁹ CEE 1408/71, del Consejo, relativo a la aplicación de la Seguridad Social a los trabajadores asalariados que se desplacen dentro de la Comunidad y 574/72, del Consejo, que fija las modalidades de aplicación del anterior Reglamento comunitario, tratan así de cumplir los objetivos marcados por el art. 51 del Tratado CEE, en cuanto dispone que el Consejo adoptará en materia de seguridad social las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus familiares:

- a) La acumulación de todos los períodos (de seguro o de empleo) tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;

¹⁷ Tal es el caso, por ejemplo, de las Directivas adoptadas en materia de no discriminación, especialmente las que establecen el principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos (Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero) o el de igualdad de trato entre ambos sexos en el acceso al empleo (Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero).

¹⁸ Las cautelas mostradas por el Tribunal sobre reconocimiento de efectos directos a las Directivas condujeron a la construcción de la llamada tesis de *estoppel*, palabra inglesa que entre sus acepciones cuanta con una muy próxima a la que, entre nosotros, se considera doctrina de los propios actos. De conformidad con ella, el Tribunal consideró que cuando un Estado miembro ha incumplido su obligación de transponer en tiempo y forma una determinada Directiva, no puede basarse en su propio incumplimiento para eludir frente a los particulares eventualmente afectados las responsabilidades derivadas del mismo, siempre que las obligaciones establecidas por la Directiva sean incondicionales y suficientemente precisas. Es la doctrina contenida en el caso 148/78, *Publico Ministero v. Ratti* o, más recientemente, en el 8/81, *Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt*.

¹⁹ Publicados ambos en el DOCE n.º C-325, de 10 de diciembre de 1992.

- b) El pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

Este Reglamento no pretende modificar ni de sustituir la legislación interna de los Estados miembros, sino de establecer unas normas de coordinación, con vistas a facilitar la libre circulación de trabajadores, mediante sistemas que eviten que la Seguridad Social de cada uno de los Estados se convierta en un obstáculo al cambio de residencia del trabajador y al cambio de trabajo de uno a otro país.

La exposición de motivos del Reglamento CEE 1408/71 explica con claridad y precisión que:

1. Se trata de unas normas de coordinación, sin prescindir de las importantes diferencias que subyacen entre las legislaciones internas, cuyas normas se insertan en el marco de la libre circulación, garantizando «por una parte la igualdad de trato bajo las distintas legislaciones nacionales y, por otra, el disfrute de las prestaciones de seguridad social cualquiera que sea el lugar donde trabajen o residan».
2. Tales objetivos han de ser alcanzados de modo principal «mediante la totalización de todos los períodos computados por las diversas legislaciones nacionales para el reconocimiento y conservación del derecho a las prestaciones y para el cálculo de las mismas, así como mediante la posibilidad de conceder prestaciones a las personas amparadas... cualquiera que sea el lugar en que residan dentro de la Comunidad; las normas de coordinación deben asegurar a los trabajadores que se desplacen dentro de la Comunidad los derechos y beneficios adquiridos, sin que puedan entrañar acumulaciones injustificadas».
3. En cuanto a prestaciones de vejez, invalidez y muerte (pensiones), «todo interesado ha de poder disfrutar del conjunto de prestaciones a que tenga derecho en los diferentes Estados... dentro del más alto de los importes... que habría de reconocerle uno cualquiera de dichos Estados, en el supuesto de que el trabajador llegase a cubrir en el territorio del mismo la totalidad de su carrera».

Los principios de referencia no son, en esencia, diferentes de los que inspiran los convenios bilaterales, aunque desde una más amplia perspectiva, y como medio para el establecimiento de la libre circulación, a tenor de lo señalado en el art. 42 del TCE que dispone que «el Consejo..., adoptará en el campo de la seguridad social las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores», creando un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus familiares: la acumulación de todos los períodos (de seguro o de empleo) tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; y que permita garantizar además a tales personas, el pago de las prestaciones, con independencia de cual sea el lugar en que residan, con tal de que la residencia tenga lugar «en los territorios de los Estados miembros».

El Reglamento 1401 coordina las legislaciones relativas a las ramas de Seguridad Social relacionadas con las prestaciones correspondientes a las siguientes contingencias:

- a) Enfermedad y maternidad;
- b) Invalidez;
- c) Vejez;
- d) Supervivencia;
- e) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;
- f) Defunción (subsidios);
- g) Desempleo;
- h) Cargas familiares.

Las prestaciones aparecen referidas (art. 4) a las contingencias, pues el Reglamento parte de la idea de que en los ordenamientos internos (y así ocurre en España) se configuran las prestaciones como «medidas técnicas o económicas que pone en funcionamiento el sistema de seguridad social para prevenir, reparar o superar el estado de necesidad derivado de la actualización de una contingencia».

Por lo demás el Reglamento adopta una perspectiva exclusivamente profesional como corresponde a un sistema pensado para proteger la libre circulación de los trabajadores y no de los ciudadanos en general.

Consecuencia de lo dispuesto en el art. 42 del TCE, en relación con el 39 del mismo, se pueden extraer los siguientes principios (aplicables también a las prestaciones en cuanto materia de coordinación):

1. Igualdad de trato. El trabajador extranjero-comunitario debe recibir igual trato que el nacional; como residente debe gozar de los beneficios y asumir las obligaciones igual que los nacionales.
2. Totalización de los períodos de seguro de los Estados en que haya cotizado (en la medida necesaria). Ello a veces determina el prorrateo de la pensión y a veces no (véase, *infra*, sobre la pensión de invalidez).
3. La «exportación» de las prestaciones, que han de ser satisfechas aunque el beneficiario resida en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora.

2.2. *Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, referente a 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*²⁰ (reformada por la Directiva del Consejo 98/50/CE, de 29 de junio).

En materia de conservación de derechos por los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas, es notorio que el art. 44 ET es, en conjunto, más amplio que el correlativo de la Directiva 77/187/CEE, de 14 febrero (recientemente reformada por la Directiva del Consejo 98/50/CE, de 29 junio), en cuanto, por ejemplo, no excluye a los buques del concepto de empresa, como hace aquélla, se refiere indistintamente a cesiones *inter vivos* o *mortis causa* (estas últimas no incluidas en la norma comunitaria), etc. Sin embargo, la Directiva es más precisa al regular el deber de cedente y cesionario de informar de la cesión a los trabajadores y, sin duda, al establecer un deber de consulta en determinadas circunstancias que no contempla el ET.

2.3. *Directivas 75/129/CEE y 92/56/CEE sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos*²¹.

Las normas internas de cada Estado miembro de la Unión Europea sobre los despidos colectivos son consecuencia de la transposición de la Directiva 75/129, de 17 de febrero, modificada por la Directiva 92/56, de 24 de junio²². Por tanto, de acuerdo con esta normativa, las regulaciones sobre despidos colectivos incluyen dos elementos básicos: la información a las autoridades públicas sobre el propósito de proceder al despido colectivo y las preceptivas consultas a los trabajadores. La norma comunitaria sólo se ocupa del procedimiento al que debe ajustarse un despido colectivo, esto es, no establece otras garantías laborales que las que puedan derivarse del seguimiento de un procedimiento establecido en doble grado –notificación y consulta– y, por tanto, no regula las compensaciones económicas a los trabajadores ni define el despido colectivo con relación a su causa, sino con relación al número de trabajadores afectados.

²⁰ Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, sobre 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 centros de actividad.

²¹ Directiva del Consejo de 17 de febrero de 1975 referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Publicada en el DOCE n.º L 48 de 22 de febrero de 1975.

²² El 11 de septiembre de 1991, la Comisión aprobó una propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE., tras quince años de aplicación de ésta. Esta propuesta, dictaminada por el Parlamento Europeo en su sesión del 11 de marzo de 1992 en sentido favorable con doce enmiendas, y por el Comité Económico y Social en la sesión del 30 de enero de 1992, será aprobada definitivamente por el Consejo el 24 de junio de 1992, como nueva Directiva 92/56/CEE, determinando la configuración de la regulación de los despidos colectivos en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea.

La Comisión en su informe de 13 de septiembre de 1991, sobre la adecuación de los ordenamientos nacionales a lo preceptuado por la Directiva 75/129/CEE ha especificado que «la legislación española observa una amplísima conformidad con la intención general y con la mayor parte de las soluciones específicas de la Directiva».

El carácter de norma mínima de la Directiva se sanciona en el art. 5 que contempla expresamente «la facultad de los Estados miembros de aplicar o introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores», al tiempo que establece la obligación de los Estados miembros que han de procurar que los trabajadores y/o sus representantes dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la Directiva, destacando, en el espíritu y la letra, el principio de subsidiariedad impropia que se prevé en el Acuerdo sobre la política social del Protocolo del Tratado de la Unión Europea, que la aplicación de las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56 se podrá y deberá realizar por normas legales, reglamentarias y administrativas o alternativamente garantizar que los interlocutores sociales adopten mediante acuerdo las disposiciones necesarias, sin perjuicio de la responsabilidad en última instancia de los Estados miembros de garantizar en todo momento los resultados que impone la Directiva.

*2.4. Directiva del Consejo 80/987 de 20 de octubre de 1980 sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario*²³.

La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 80/987 de 20 de octubre de 1980 sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario²⁴, cuyo art. 3 obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para que las instituciones de garantía aseguren el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de la relación de trabajo por ellos mantenida. Los Estados miembros pueden, no obstante, excluir excepcionalmente determinadas categorías de trabajadores asalariados (art. 1.2 de la Directiva).

España hizo uso de esta facultad excluyendo a los empleados domésticos al servicio de una persona física (Directiva del Consejo de 2 de marzo de 1987 que modifica la 80/987, DOCE L 66 de 11 de marzo de 1987) pero no hizo salvedad alguna respecto de otras categorías de asalariados sujetos a relación laboral de carácter especial, incluido el personal directivo, lo que dará lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial como veremos más adelante²⁵.

²³ Publicada en el DOCE N.º L 283/80.

²⁴ DOCE n.º L 283/80.

²⁵ *Vid.* Cap. III apartado 1, STJCE (Sala 5.ª) de 16 de diciembre de 1993 [TJCE 1993, 206] (Asunto C-334/1992), WAGNER MIRET. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por Auto de 31 de julio de 1992.

3. La transposición del Derecho Social Comunitario en España.

La competencia casi exclusiva de los Estados miembros para legislar en materia laboral que se deriva tanto de la amplia posibilidad de veto por los propios Estados a las iniciativas legales comunitarias cuanto de la incidencia del principio de subsidiariedad, ha hecho que el Derecho Social de la Unión Europea (el acervo comunitario laboral) sea aún un frágil instrumento formado por unos pocos Reglamentos –que, como se dijo, se limitan básicamente a regular la libertad de circulación de los trabajadores migrantes y los temas conectados con la armonización de los sistemas de Seguridad Social aplicables a los mismos– y un conjunto no muy amplio (salvo en lo que afecta a la Seguridad e Higiene en el Trabajo) de Directivas sobre materias diversas, que inicialmente se centraron en la regulación de aspectos referidos a la no discriminación por razón de sexo o al reconocimiento de determinados derechos a los trabajadores en supuestos de crisis empresariales (es el caso de las Directivas más emblemáticas sobre despidos colectivos, transmisiones de empresas o insolvencia empresarial), y que posteriormente se han extendido a otra serie de derechos, como los conectados con el desplazamiento intracomunitario por razón de una prestación de servicios, la información sobre condiciones de trabajo o la constitución de comités de empresa europeos.

Debe añadirse que esta limitada serie de Directivas se completa con la, sin duda, mucho más abundante producción normativa relativa a la Seguridad e Higiene en el Trabajo, materia esta a la que las Comunidades han venido prestando desde siempre una atención preferente. Con todo, la parcela social resulta mucho más restringida que la dedicada a la regulación de materias de índole económica, comercial, fiscal o aduanera, algo que no es de extrañar dada la particular relevancia que los órganos comunitarios han conferido desde sus orígenes a los objetivos económicos.

Por lo demás, es de resaltar que dentro del marco social las Comunidades han tendido a una utilización preferente de las Directivas frente a los Reglamentos, dado que las mismas son instrumentos más flexibles en cuanto requieren un desarrollo normativo interno por parte de los Estados miembros para su puesta en práctica, al tiempo que suelen adolecer de más ambigüedad que los Reglamentos. Quizás por ello se configuran como el instrumento adecuado para llevar a cabo esa también ambigua aproximación legislativa a que se referían los antiguos artículos 100 y 117 del Tratado CEE.

La incorporación al marco europeo sólo ha producido ciertas necesidades de ajuste de nuestra legislación para ponerla en total sintonía con algunas de las exigencias de la Comunidad.

Sin ánimo de ser exhaustivos en la enumeración de las normas comunitarias de contenido laboral estableciendo su conexión con las españolas, veremos algunos ejemplos significativos.

En primer término, sobre la regulación de la no discriminación salarial entre trabajadores de distinto sexo, los artículos 14 y 35 de la CE y los artículos 17 y 28 del ET marcharon desde siempre en sintonía con el texto originario del art. 119 del Tratado CEE. Quizás haya que hacer la salvedad de que, en el momento de la adhesión de España a las Comunidades tanto este último pre-

cepto como el art. 28 ET hablaban del «trabajo igual» mientras que la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero, utilizaba la fórmula más genérica de «trabajo de valor igual». Con independencia de que desde antes de nuestra adhesión el TJCE ya había declarado que la citada Directiva no entra en contradicción con el contenido ni alcance del art. 119 del Tratado CEE (caso 96/80 JENKINS) hay que recordar que el desajuste terminológico fue subsanado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que dio nueva redacción al art. 28 ET y que nuestra jurisprudencia constitucional viene desde hace tiempo aceptando que el principio de no discriminación en materia salarial entraña el mantenimiento de una concepción de estricta igualdad de retribuciones entre trabajadores de ambos sexos no sólo cuando existe identidad de trabajo, sino –tal como lo recuerda la STC 286/1994– cuando se detecta la existencia de trabajo de igual valor, «en consonancia con reglas interpretativas sobre esta materia emanadas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y asumidas vía art. 10.2 CE por este Tribunal».

En el marco comunitario el reciente Tratado de Amsterdam ha procedido a modificar el tenor literal del art. 119 del Tratado CEE incluyendo en el mismo, entre otras cosas, la referencia a «trabajos de igual valor»; modificación semántica que implica una acomodación textual del Derecho de la Unión a la Carta Social Europea de 1961 y que concuerda con la declaración reflejada en el Tratado de Amsterdam de que los Estados miembros se adhieren a los derechos sociales fundamentales tal como éstos se definen en la citada Carta.

En materia de conservación de derechos por los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas, es notorio que el art. 44 ET es, en conjunto, más amplio que el correlativo de la Directiva 77/187/CEE, de 14 febrero (recientemente reformada por la Directiva del Consejo 98/50/CE, de 29 junio), en cuanto, por ejemplo, no excluye a los buques del concepto de empresa, como hace aquella, se refiere indistintamente a cesiones *inter vivos* o *mortis causa* (estas últimas no incluidas en la norma comunitaria), etc. Sin embargo, la Directiva es más precisa al regular el deber de cedente y cesionario de informar de la cesión a los trabajadores y, sin duda, al establecer un deber de consulta en determinadas circunstancias que no contempla el ET.

Por lo que respecta a los despidos colectivos, el art. 51 ET –incluso antes de su reforma por Ley 11/1994, de 19 mayo– se adecuaba a las exigencias derivadas de la Directiva 75/129/CEE, de 17 febrero, en cuanto la necesidad de aprobación administrativa de los expedientes de despido colectivo que el citado precepto contenía y aún contiene, resulta más favorable para los trabajadores que la normativa comunitaria y es bien sabido que las Directivas de la Comunidad incluyen como regla el carácter mínimo de las mismas y, por ende, el respeto a las normas internas que benefician a los trabajadores a los que se dirigen.

En relación con la tutela de los créditos salariales en caso de insolvencia del empresario deudor, el art. 33 ET alcanza, desde su primitiva redacción en 1980, cotas de protección asimilables, si no superiores, a las que se contienen en la Directiva 80/987/CEE, de 20 octubre. Es más, ya con anterioridad a la promulgación del Estatuto, la Ley de Relaciones Laborales había creado el Fondo de Garantía Salarial (FGS), con funciones sin duda coincidentes con las atribuidas por la Directiva citada a la «institución de garantía» en ella prevista. No obstante, la aplicación de esta Directiva susci-

tó en su día una importante polémica sobre la inclusión de los altos cargos de las empresas en el ámbito de la cobertura del FGS y dio origen a una contradictoria serie de resoluciones judiciales que con discutibles argumentos se dentaron en general por la no protección de los mismos ²⁶.

Es, sin duda, en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo donde se han producido con mayor frecuencia modificaciones puntuales de nuestro ordenamiento para adaptarlo a los dictados comunitarios. Así, por ejemplo, el Reglamento sobre trabajos con riesgo de amianto, regulado por OM de 31 de octubre de 1984, que, con anterioridad a la adhesión de España a las Comunidades, recoge en general los criterios preventivos contenidos en la correspondiente Directiva CEE de 19 de septiembre de 1983, se completa por OM de 7 enero 1987 –ya después de la adhesión de nuestro país– para adecuar los mecanismos de control de dichos trabajos a las disposiciones del art. 12 de la indicada Directiva. O el Reglamento para la Prevención de Riesgos y Protección de la Salud por la presencia de cloruro de vinilo monómero en el ambiente del trabajo, aprobado por la OM de 9 de abril de 1986 para dar cumplimiento a la Directiva 78/610/CEE, de 29 de junio. O el Reglamento para la Prevención de Riesgos y Protección de la salud de los trabajadores por la presencia de plomo metálico y sus compuestos iónicos en el ambiente de trabajo, aprobado por OM de la misma fecha que el anterior para dar cumplimiento a la Directiva CEE de 28 de julio de 1982.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que España, junto con Alemania y Francia, desempeñó un importante papel en el desarrollo de la legislación comunitaria en el campo de la Seguridad e Higiene en el Trabajo, especialmente en el período comprendido entre los años 1989-1992, en el que los tres países fueron desempeñando rotativamente la presidencia de la Comunidad, hasta el punto de que la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 junio (cuya transposición efectúa tardíamente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales) fue adoptada precisamente bajo presidencia española. Resulta, por ello, paradójico que las mayores dificultades de adaptación al ordenamiento europeo las haya sufrido España también en el campo de la Seguridad e Higiene y que el TJCE tuviera que condenar a nuestro país por la falta de transposición en tiempo adecuado de determinadas Directivas específicas, adoptadas en desarrollo de las previsiones de la indicada Directiva Marco ²⁷.

La puesta en práctica de las normas transitorias que en materia de libertad de circulación de mano de obra incorporaba el Acta de Adhesión de España y Portugal dieron lugar a la promulgación del RD 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo de nuestro país durante el citado período transitorio de los nacionales CEE y de sus familiares. Con posterioridad el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó el Reglamento 2194/1991/CEE, de 25 de junio, adelantando el final de dicho período transitorio al 31 de diciembre de 1991 (31 de diciembre de 1992 para

²⁶ Polémica en parte zanjada por el TJCE, a resultas de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña, en la Sentencia WAGNER MIRET v. Fondo de Garantía Salarial al reconocer que los altos cargos se encuentran protegidos por la Directiva 80/987, modificada por la 87/164/CEE, de 2 marzo, con motivo de la adhesión de España y Portugal. No obstante, esta Sentencia en un confuso y contradictorio fallo, decidió que el alto cargo carecía de derecho a reclamar sus salarios frente al FGS, aunque dejando abierta la puerta a una hipotética responsabilidad del Estado, de conformidad con la doctrina Francovich. La Polémica debe entenderse definitivamente cerrada tras la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que expresamente incluye al personal de alta dirección en el ámbito protector del FGS.

²⁷ Asunto C-79/95 Comisión v. Reino de España, de 26 de septiembre de 1996.

Luxemburgo), al tiempo que adoptaba determinadas Directivas relativas al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena que hayan dejado de ejercer una actividad profesional y al derecho de residencia de los estudiantes; Directivas que debían ser incorporadas al ordenamiento interno a más tardar el 30 de junio de 1992. Tales modificaciones dieron lugar a la sustitución del indicado RD 1099/1986 por el RD 766/1992, de 26 de junio, que, con las modificaciones introducidas por RD 737/1995, de 5 de mayo, es el actualmente vigente.

A diferencia de lo que ocurre en materia de libertad de circulación de trabajadores el Tratado de Adhesión de España a la CEE no contenía norma transitoria alguna en relación con el Fondo Social Europeo, por lo que desde el 1 de enero de 1986 las disposiciones reguladoras de este instrumento financiero de las Comunidades fueron aplicables en nuestro país al igual que en el resto de los Estados miembros. Por ello, tan sólo días antes de la entrada en vigor del Tratado de Adhesión se promulgó el RD 2404/1985, de 27 de diciembre, por el que se creaba en el Ministerio de Trabajo la correspondiente unidad administrativa para gestionar las solicitudes de ayuda al Fondo (Unidad Administradora del Fondo Social Europeo), al tiempo que «para general conocimiento» incorporaba como anexo la normativa comunitaria en relación con el mismo. Dicho Real Decreto fue luego sustituido por el RD 1492/1987, de 25 de noviembre, que, con las modificaciones incorporadas por RD 695/1996, de 26 de abril, es el que en la actualidad rige las funciones de la citada Unidad Administradora y contiene las normas generales para la tramitación de las ayudas.

Son los anteriores ejemplos que ponen de relieve el que la adhesión de España a las Comunidades no ha supuesto la necesidad de introducir en el ordenamiento laboral interno modificaciones sustanciales, sino sólo determinados ajustes puntuales para lograr su plena sintonía con los esquemas comunitarios.

CAPÍTULO II. LA COOPERACIÓN ENTRE EL JUEZ NACIONAL Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

A continuación se examinarán determinadas situaciones en que el juez español debe aplicar una norma comunitaria. Este análisis demuestra que en cualquiera de las fases del proceso lógico tendente a resolver el caso que se le ha sometido, puede verse frente a la necesidad de tomar en consideración una disposición del ordenamiento comunitario. Cuando a este juez le surjan dudas en torno a la interpretación o validez de esta disposición deberá resolver si plantea una cuestión prejudicial.

El ordenamiento nacional no responde a este interrogante, sino el comunitario, y la disposición de base en este punto es el art. 234 (*ex. art. 177*) del TCE ²⁸. Esta disposición establece lo siguiente:

²⁸ Art. 234, según el cuadro de equivalencias que establece el art. 12 del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, ratificado por España mediante la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, y publicado en el BOE de 17 de diciembre.

«El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del presente Tratado.
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad.
- c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia».

A la vista de este precepto, se estudiarán a continuación los principios que rigen la aplicación del Derecho Comunitario en el proceso interno, el planteamiento de cuestiones prejudiciales como instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y el juez interno, y algunas soluciones procesales sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales conforme a la jurisprudencia comunitaria. Así, se definirán los caracteres esenciales del Derecho Comunitario y como el juez interno debe aplicar las normas comunitarias cuando sean pertinentes para la solución del litigio del que esté conociendo, las normas susceptibles de reenvío prejudicial, el objeto del reenvío prejudicial, el concepto de «jurisdicciones nacionales» y la autoridad de la sentencia prejudicial, esto es, sus consecuencias. Por último, se hará un estudio de la serie de indicaciones que para facilitar la colaboración entre las jurisdicciones nacionales con el TJCE, puso éste, a modo de nota informativa, a disposición de los interesados, y en especial de los jueces, proporcionando respuestas útiles a las cuestiones prejudiciales, analizándose toda una serie de aspectos de interpretación conflictiva u oscura.

1. La aplicación del Derecho Comunitario por el juez interno.

El Derecho Comunitario, auténtico ordenamiento jurídico «independiente de la legislación de los Estados miembros»²⁹ se integra «en el sistema jurídico de los Estados miembros»³⁰. El efecto directo y la primacía, que constituyen sus principios estructurales básicos, han sido elaborados por el propio Tribunal de Justicia a lo largo de sus sentencias. Estos dos principios rigen la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces internos.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963 en el asunto 26/62, VAN GEND EN LOOS.

³⁰ Sentencia COSTA C. ENEL, de 15 de julio de 1964, asunto 6/64.

El principio de primacía del ordenamiento comunitario fue formulado por primera vez por el Tribunal de manera contundente en su sentencia en el asunto 6/64, de 15 de julio de 1964, Costa c. ENEL. Si bien, con anterioridad a esa fecha, se había presumido la prevalencia del ordenamiento comunitario sobre el ordenamiento interno, así como las características particulares del ordenamiento comunitario ³¹, no se había abordado propiamente el tema de la solución a los posibles conflictos entre norma comunitaria y norma interna, anterior o posterior. A ello se llega con la sentencia Costa c. ENEL, y siguiendo sus palabras, en torno a tres ideas fundamentales:

- 1.^a El Tratado CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros con ocasión de la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus jurisdicciones; esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuente comunitaria, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no le es oponible.
- 2.^a La transferencia realizada por los Estados... implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos contra la cual no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad... El artículo 189, que no está acompañado de reserva alguna, no tendría alcance si un Estado pudiera unilateralmente anular los efectos por un acto legislativo oponible a los textos comunitarios.
- 3.^a La fuerza ejecutiva del Derecho comunitario no podría, en efecto, variar de un Estado a otro en favor de legislaciones internas posteriores sin poner en peligro la realización de los fines del Tratado considerados en el art. 5.2.

Como consecuencia, podemos asegurar que el «principio fundamental de primacía del ordenamiento jurídico comunitario», llamado así en la sentencia VARIOLA ³², de 10 de octubre de 1973, se formula fundamentalmente como una norma dirigida al juez nacional, al aplicador del Derecho. Por supuesto, en aplicación del art. 10 del TCEE (*ex* art. 5 TCE), tanto el legislador como la Administración del Estado deben ajustarse «a las obligaciones comunitarias» en su quehacer legislativo y ejecutivo o administrativo: pero el principio de primacía concierne propiamente al juez interno.

Así, este juez interno, garantiza la auténtica integración jurídica entre ordenamiento comunitario e interno, y en palabras del Tribunal: «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su propia competencia, las disposiciones del Derecho comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» ³³.

³¹ *Vid ut supra* asunto 26/62, VAN GEND EN LOOS.

³² Sentencia VARIOLA de 10 de octubre de 1973, as. 34/73.

³³ Sentencia SIMMENTHAL de 9 de marzo de 1978, as. 70/77.

Por otro lado, el principio del efecto directo de las normas de Derecho Comunitario, significa su aptitud para originar, por sí mismas, derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares.

El Tribunal de Justicia proclama el efecto directo del Derecho Comunitario en su Sentencia VAN GEND EN LOOS ³⁴, de 5 de febrero de 1963. En este asunto afirmó que «los objetivos de la Comunidad nos confirman que los ciudadanos están directamente afectados por el derecho comunitario; ... el artículo 12 define una prohibición clara e incondicional que es una obligación negativa. Esta obligación no va acompañada de ninguna reserva de los Estados en cuanto a subordinar su puesta en práctica a un acto positivo de Derecho interno, y se presta perfectamente por su naturaleza a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus nacionales..., produciendo efectos inmediatos que las jurisdicciones internas deben salvaguardar...».

Las condiciones exigidas para que una norma comunitaria (disposición del Tratado, de Derecho derivado, o disposición de un acuerdo externo de la Comunidad) sea directamente aplicable y produzca efecto directo, según jurisprudencia constante del Tribunal, son tres:

- 1.º Que se trate de una disposición clara ³⁵: que no contenga ambigüedades en cuanto a su tenor imperativo y en cuanto a su objeto, deducible fácilmente por el juez ordinario.
- 2.º Que sea suficientemente precisa ³⁶ en la delimitación de su objeto específico, en la imposición de una obligación cierta a cargo de su destinatario que lleve, correlativamente, la creación de un derecho perfectamente identificable.
- 3.º Que sea autosuficiente (completa y perfecta) ³⁷, e incondicional ³⁸ (que no se halle sometida a condiciones de ejecución que comporten elementos de discrecionalidad; a plazos, o a reservas).

Del mismo modo que todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la CE, el juez español debe aplicar las normas comunitarias cuando sean pertinentes para la solución del litigio del que esté conociendo. Esa «aplicación» no siempre presenta las mismas características.

³⁴ Sentencia VAN GEND EN LOOS de 5 de febrero de 1963, as.26/62.

³⁵ Sentencia LÜCK, de 4 de abril de 1968, as. 34/67 y FRANCOVICH y BONIFACHI, de 19 de noviembre de 1991, as. C-6/90 y as. C-9/90.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sentencia MOLKEREI ZENTRALE, de 3 de abril de 1968, asunto 28/67.

³⁸ Sentencia MÜLLER-HEIN, de 14 de julio de 1971, as. 18/71.

En efecto, es posible que la norma comunitaria resuelva directamente el conflicto que el juez debe decidir; por ejemplo, que se trate de una disposición que consagre los derechos subjetivos cuyo reconocimiento solicita el demandante.

Cabe igualmente que la norma comunitaria intervenga en un momento previo, para determinar si la aplicación de la disposición interna, que en principio resuelve el supuesto de que se trata, debe descartarse por ser contraria al Derecho Comunitario y por tanto ser expulsada del ordenamiento jurídico por virtud del principio de primacía.

Puede también suceder que haya que determinar si la Administración ha actuado de conformidad con una normativa interna contraria al Derecho Comunitario, ya que, en caso afirmativo, sus actos deben anularse aunque sean conformes a la ley y al juez le corresponde declarar su inaplicabilidad ³⁹.

La consecuencia práctica de lo anterior es que los Jueces y Tribunales de los Estados miembros son competentes para interpretar y aplicar el Derecho Comunitario obligatorio o vinculante ⁴⁰; esto es, el Derecho Comunitario originario, los Reglamentos y, con las debidas matizaciones, las Directivas y Decisiones ⁴¹.

Ahora bien, como quiera que el TJCE garantiza una interpretación uniforme del Derecho comunitario, es preciso articular una vía de «enlace» ⁴² entre la jurisdicción estatal y el TJCE a fin de conjurar el riesgo de que «la intervención de jurisdicciones de varios países, y por tanto de tradiciones culturales y jurídicas distintas (ponga) en peligro la necesaria unidad en la interpretación y aplicación (del mismo)» ⁴³.

Por ello, además de la intervención directa del TJCE en la solución de los recursos promovidos por los Estados miembros, las Instituciones de la Comunidad y, en su caso, por cualquier persona física o jurídica frente a actos u omisiones de las Instituciones de la Comunidad y de los propios Estados miembros (arts. 226 y ss. Texto Consolidado del Tratado CE [LCEur 1999, 1.205 ter y LCEur 1997, 3.695] [TCE/1999]), el art. 234 TCE/1999 establece también una típica «relación de colaboración» entre los órganos judiciales nacionales y el TJCE en cuanto jurisdicción única, originaria, propia y exclusiva, encargada de interpretar y aplicar el Derecho Comunitario. En su virtud, cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro que así lo estime necesario para poder emitir su Fallo puede solicitar al TJCE que se pronuncie «con carácter prejudicial» sobre:

³⁹ Sentencia SIMMENTHAL de 9 de marzo de 1978, as. 70/77.

⁴⁰ Vid. LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ: «La interpretación y aplicación del derecho comunitario por el juez español: la cuestión prejudicial en el orden social». *Aranzadi Social* n.º 12, octubre 1999.

⁴¹ Véase, al respecto, entre otros, ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B. (Directoras), OLESTI RAYO, A. (Coordinador): *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, 3.ª ed., Ariel. Barcelona, 1998, págs. 157 y ss.

⁴² Vid. JIMENO BULNES, MAR: *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Bosch. Barcelona, 1996, pág. 141.

⁴³ Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B. (Directoras), OLESTI RAYO, A. (Coordinador): *op. cit.*, pág. 107.

- a) La interpretación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea;
- b) La validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo; y
- c) La interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

La concurrencia de cualquiera de estos supuestos de hecho autoriza, como prerrogativa judicial, el planteamiento de la cuestión prejudicial, aunque la misma habrá de plantearse siempre que la duda interpretativa surja en procesos en los que el Fallo no admita ulterior recurso judicial conforme al Derecho interno ⁴⁴. En tal caso, el art. 234 *in fine* TCE/1999 advierte, en efecto, que el órgano judicial «estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia» ⁴⁵.

2. El planteamiento de cuestiones prejudiciales como instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y el juez interno.

El reenvío prejudicial, mecanismo de articulación entre justicia comunitaria e interna, está previsto en el art. 234 TCE (antiguo art. 177 TCEE. Ya hemos analizado cuál es su función esencial ⁴⁶, concretada en asegurar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario; asegurando como dijo el Tribunal en su sentencia de 16 de enero de 1974, RHEINMÜHLEN ⁴⁷, «en todas las circunstancias el mismo efecto en todos los Estados miembros de la Comunidad».

El sistema judicial comunitario no reside exclusivamente en el TJCE, sino en un conjunto jurisdiccional más amplio que engloba a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia, y aun cuando este último es la única jurisdicción comunitaria, no es el único juez que aplica el Derecho Comunitario.

Podemos afirmar entonces que el juez interno, en su calidad de juez ordinario de Derecho Comunitario, ostenta la plenitud de competencia derivada de su calidad y función, plenitud fundamentada en el propio Derecho Comunitario, y ello implica necesariamente la competencia jurisdiccional del mismo en el terreno comunitario como aplicador de sus normas.

⁴⁴ Sobre la tendencia de los órganos judiciales españoles a rehuir el planteamiento de cuestiones prejudiciales, véase DEL VALLE GÁLVEZ, A. y FAJARDO DEL CASTILLO, T.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 5, 1999, págs. 109 y ss.

⁴⁵ *Vid.* IGLESIAS CABERO, M.: «La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario», *Actualidad Laboral*, 1987, I, págs. 673 y ss.

⁴⁶ Aunque no la única, puesto que el reenvío de validez constituye el instrumento por excelencia al alcance de los particulares que permite indirectamente el control de legalidad de los actos comunitarios, en tal sentido *vid.* ORTEGA GÓMEZ, M. en *El acceso de los particulares al Tribunal de Justicia de las Comunidades*, Ed. Ariel, Barcelona 1999, pág.102.

⁴⁷ Sentencia RHEINMÜHLEN de 16 de enero de 1974, as. 166/73.

Pero tal aplicación debe ser realizada conforme a la interpretación dada por el TJCE, puesto que en este caso se erige como interpretador objetivo supremo con objeto de asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros.

Como sabemos, el art. 234 (*ex art. 177*), asigna al Tribunal de Justicia la competencia para:

«pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del presente tratado;
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones ...».

Veamos, pues, cuáles son las normas susceptibles de recurso; el objeto del recurso; la calidad de las jurisdicciones internas que efectúan el reenvío, y la autoridad de las decisiones prejudiciales del Tribunal ⁴⁸.

Son normas susceptibles de reenvío prejudicial de interpretación tanto las normas de Derecho primario, de los Tratados, cuanto las normas de Derecho derivado.

En cambio, sólo las normas de Derecho derivado, con exclusión total de las disposiciones de los Tratados, son susceptibles de reenvío prejudicial en apreciación de validez. A ellas cabe añadir las normas y disposiciones de los acuerdos externos de la Comunidad.

En cuanto al objeto del reenvío prejudicial, hay que diferenciar entre el reenvío de interpretación y el de validez.

En el primero se planteará el contenido y alcance de una norma comunitaria, y servirá fundamentalmente de parámetro de legalidad de la norma interna, no pudiendo ser objeto de reenvío ni un concepto de Derecho interno, ni la cuestión de la conformidad de una disposición interna específica con el derecho comunitario, puesto que el Tribunal se ceñirá a determinar el alcance de la norma comunitaria. Ello no quiere decir que tales cuestiones no sean impropriadamente sometidas de ordinario al Tribunal comunitario, que probablemente las reformulará, tras admitirlas, reconduciéndolas dentro de los límites interpretativos impuestos, entendidos muy flexiblemente ⁴⁹.

Por el contrario, la apreciación de validez se enmarcará en el control de legalidad que ejerce el Tribunal de Justicia que comprende tanto el control formal cuanto el control material del acto presuntamente inválido. Como recuerda abundantemente la doctrina, el bloque de legalidad comunitario es el mismo en el contencioso de anulación que en el incidente prejudicial ⁵⁰.

⁴⁸ ISAAC, G., *op. cit.*, RUIZ JARABO, D., *op. cit.*, pp. 83-104.

⁴⁹ VILÀ COSTA, B., «La primera cuestión prejudicial planteada por un tribunal español», *La Ley*, 1986, octubre, 1-3.

⁵⁰ VANDERSANDEN, G., BARAV, A., *Cointentieux communautaire*, 1977, pp. 268 y ss. ORTEGA GÓMEZ, M., *El acceso de los particulares al Tribunal de Justicia de las Comunidades*, Ed. Ariel, Barcelona 1999.

Por lo que se refiere al concepto de «jurisdicciones nacionales» el Tribunal, como regla común, acepta la interposición de cuestiones prejudiciales en reenvío de todo órgano jurisdiccional calificado como tal por el propio Derecho interno. Ahora bien, también procede con carácter complementario a reconocer la legitimación activa de determinados órganos no calificados como tales órganos jurisdiccionales por su propio derecho, pero que sí responden a determinadas condiciones funcionales: creación u origen legal; capacidad de adoptar decisiones en Derecho con imparcialidad e independencia y decisorios en procesos regidos por el principio de contradictoriedad.

El art. 234 (*ex art. 177*), distingue dos grupos de órganos jurisdiccionales internos: aquellos que «podrán pedir» una decisión, de cualesquiera otros, de «última instancia» o en validez, que estén obligados a recurrir ante el Tribunal.

Para la primera categoría, los que tienen la facultad de solicitar una decisión prejudicial, cada órgano jurisdiccional así interpretado procederá al reenvío en el marco de su propio orden de competencias. Normalmente, van a ser las partes las que susciten a la autoridad judicial el planteamiento de la cuestión prejudicial, pero nada impide al juez para que de oficio lo haga, siempre que exista una duda pertinente acerca de la interpretación (de contenido y alcance) de una norma comunitaria y que la resolución de la misma sea necesaria para decidir, aunque sea en la primera instancia ⁵¹, el fondo del litigio.

La segunda categoría, esto es, los *obligados a recurrir*, son los órganos judiciales superiores, es decir, aquellos cuyas decisiones no son susceptibles de recurso en Derecho interno. Y ello por ser los generadores de las jurisprudencias internas de los Estados miembros, el legislador comunitario convino en la necesidad de obligar a las jurisdicciones de última instancia ⁵², a remitir al Tribunal de Justicia sus dudas pertinentes, en los contenciosos internos, sobre normas y conceptos comunitarios cuyo contenido y alcance no estaba aún determinado.

Asimismo, si se trata de un reenvío en apreciación de validez, aunque ello no se desprende directamente del texto del art. 234, también las jurisdicciones inferiores se hallan sometidas a la obligación de recurrir ⁵³.

Para recurrir al reenvío prejudicial, el juez está obligado a ello tras un juicio de pertinencia acerca del contenido y alcance, o de la legalidad y validez, de una norma de Derecho Comunitario.

⁵¹ Debe quedar claro que, en cualquier caso, las competencias (en apelación, en casación) de los órganos judiciales superiores no podrán dejar sin sentido, como recuerda la sentencia *RHEINMÜHLEN*, el derecho a reenviar de las jurisdicciones inferiores.

⁵² A fin de evitar la disparidad de interpretaciones desacordes, por lo cual, el reenvío facultativo de las jurisdicciones inferiores se transformaba así en recurso obligatorio para estos órganos, como mecanismo para preservar la interpretación y aplicación uniforme de estas normas.

⁵³ *Vid.* Sentencia FOTO-FROST, de 22 de octubre de 1987.

Ello no excusa en absoluto de realizar este juicio de pertinencia y de reenviar al Tribunal si aparece una «sombra de duda» acerca del contenido, significado o alcance de una norma comunitaria⁵⁴.

Si el Tribunal que se halla obligado a ello omite plantear el reenvío prejudicial está vulnerando directamente el art. 234 TCE, y ello es suficiente para hacer arrancar el procedimiento por incumplimiento del art. 289 TCE, aunque en la práctica nunca se ha llevado a cabo⁵⁵.

El desconocimiento del deber del reenvío por parte de un órgano jurisdiccional nacional podría constituir un incumplimiento en virtud del art. 226 TCE que prevé que la Comisión accione frente a una determinada acción u omisión estatal contraria la legalidad comunitaria.

En un primer momento, la Comisión señaló que la obligación de reenvío no era exigible a través del art. 226 TCE (*ex. 169 TCE*) reservándose la posibilidad de acudir al citado procedimiento «en caso extremo, cuando la actitud de los Tribunales de un Estado miembro, desconociendo a través de una jurisprudencia constante las condiciones del reenvío prejudicial, hicieran temer la conversión en letra muerta del mecanismo del artículo 177»⁵⁶.

Sin embargo, la Comisión ha llegado a excluir esta posibilidad en su Quinto y Sexto Informe relativo a la aplicación del Derecho Comunitario. En ambas ocasiones, la Comisión expresó que el recurso por incumplimiento «no constituye el fundamento más apropiado para la cooperación entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia». Asimismo, la Comisión ha aludido a que «debido al principio universal de la independencia del poder judicial, la Comisión no considera tener fundamentos para reprochar a un Estado miembro el comportamiento de uno de sus tribunales».

Todo lo expuesto hace difícil concebir que el Tribunal de Justicia pueda llegar a declarar el incumplimiento estatal por el hecho de que la jurisdicción interna incumpla la obligación de reenvío. Aunque dichos argumentos citados no deben impedir que se alcance una solución en el plano comunitario sobre la cuestión planteada⁵⁷, lo cierto es que no existe una vía en el Derecho Comunitario para hacer cumplir la obligación que incumbe a los jueces en virtud del art. 234.3.

La posición de la Comisión arriba citada ha tenido su traducción práctica en el hecho de que, lógicamente, la institución *guardiana del Tratado* no ha interpuesto hasta el día de hoy un solo recurso incumplimiento por infracción de la obligación de reenvío, pese a las violaciones repetidas de esta obligación.

⁵⁴ *Vid.* Sentencia CILFIT, de 6 de octubre de 1982.

⁵⁵ *Vid.* ORTEGA GÓMEZ, M. en *El acceso de los particulares al Tribunal de Justicia de las Comunidades*, Ed. Ariel, Barcelona 1999, pág.124.

⁵⁶ *Cfr.* en sus alegaciones al asunto 9/75 (Sentencia MEYER-BURCKHARD c COMISIÓN de 22 de octubre de 1975, as. 9/75. Rec.1975, p. 1.171).

⁵⁷ *Vid.* ORTEGA GÓMEZ, M. *op. cit.*, pág. 126.

Por último, en cuanto a los efectos de la sentencia prejudicial, el Tribunal extrae una autoridad específica, produciendo efectos *ex tunc*, por lo que el Tribunal muchas veces modula el alcance retroactivo de una decisión en interpretación por razones de seguridad jurídica. Esta ponderación de los efectos corresponde, en todo caso ⁵⁸, al juez *a quo*.

Por otro lado, el alcance de la sentencia es *erga omnes*, es decir, que se impone al conjunto de las jurisdicciones de los Estados miembros, aunque no obstaculiza la eventual interposición de cuestiones sobre las mismas normas ⁵⁹ que obliguen al Tribunal a actualizar, eventualmente, sus apreciaciones.

3. Soluciones procesales sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

El incidente prejudicial comunitario puede surgir en cualquier tipo de proceso, puesto que el Derecho Comunitario incide prácticamente en todas las ramas del ordenamiento jurídico. En efecto, el juez puede verse ante la necesidad de aplicar una disposición comunitaria y, por tanto, de interrogar al TJCE sobre una validez o interpretación, en el curso de un proceso civil, sobre todo cuando se refiera a materias de Derecho mercantil, de un proceso laboral, de un proceso contencioso-administrativo o incluso de un proceso penal.

Del mismo modo, esta situación puede presentarse en cualquier clase de proceso, sea ordinario o especial, declarativo o ejecutivo, plenario o sumario.

Esto implica que cualquier juez español, sea cuál sea su posición en nuestro esquema de organización judicial, puede verse ante la necesidad de plantear una cuestión prejudicial al TJCE. Sin embargo, este incidente no está expresamente regulado por nuestro ordenamiento procesal, por lo que el órgano jurisdiccional debe atenerse en esta situación a lo que establece el Derecho comunitario, tal y como ha sido interpretado por el TJCE, y aplicar analógicamente las normas reguladoras de otras instituciones que presenten una naturaleza similar, básicamente las relativas al planteamiento de la cuestión previa de inconstitucionalidad (art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ⁶⁰).

⁵⁸ Sentencia DEFRENNE de 8 de abril de 1976, as. 43/75.

⁵⁹ Pero la vinculación al juez nacional tiene fuerza de cosa juzgada para él mismo, impidiéndole nuevo reenvío con el mismo objeto.

⁶⁰ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, publicada en el BOE, n.º 239 de 5 de octubre, que en su artículo 35.2, referente a las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por jueces y tribunales establece: «El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se lleque a sentencia firme».

La aplicación normativa del ordenamiento jurídico comunitario es como hemos señalado, fruto en gran medida de la colaboración establecida entre el TJCE y los jueces nacionales, a través del procedimiento prejudicial previsto en el artículo 234 (*ex. 177*) del Tratado de las Comunidades Europeas y en las correspondientes disposiciones de los Tratados CECA y CEEA ⁶¹.

Sin embargo, aun a pesar de la precisa regulación del procedimiento de la cuestión prejudicial, han surgido diversos recelos a la hora de normativizar el planteamiento de la cuestión prejudicial prevista en las disposiciones anteriores. De hecho, sorprende que el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el único que regula con carácter general las cuestiones prejudiciales, si bien de carácter interno ⁶², no se refiera a la prejudicialidad comunitaria.

Para facilitar esta colaboración y satisfacer mejor las expectativas de los órganos jurisdiccionales nacionales, el TJCE elaboró una nota informativa.

En ella se analizan toda una serie de aspectos de interpretación conflictiva u oscura, poniéndose a disposición de los interesados, y en especial de los jueces nacionales, una serie de indicaciones, proporcionando respuestas útiles a las cuestiones prejudiciales.

Sin embargo, es conveniente subrayar la naturaleza y la finalidad puramente informativas de estas indicaciones, carentes de valor normativo o incluso interpretativo de las disposiciones que regulan el procedimiento prejudicial. Se trata de meras indicaciones prácticas que, a la luz de la experiencia en la aplicación del procedimiento prejudicial, pueden resultar útiles para evitar al TJCE una serie de dificultades con las que, a veces, se ha encontrado.

A los efectos de progresar en la utilización de la mencionada técnica por los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, se aprobó por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial la difusión de dicha nota ⁶³, que establecía las indicaciones que se van a desarrollar a continuación.

⁶¹ En idénticos términos el artículo 150 del Tratado CEEA y, con limitación del objeto de la cuestión prejudicial a los pronunciamientos sobre la validez de los acuerdos de la Alta Autoridad y del Consejo, el artículo 41 del Tratado CECA.

⁶² El referido artículo establece: «1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca».

⁶³ El Acuerdo del Pleno del CGPJ, en su sesión de 4 de diciembre de 1996, determinó: «Aprobar la difusión de la nota informativa elaborada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, referente al planteamiento de la cuestión prejudicial y realizar dicha difusión a través de los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, para que estos órganos la trasladen al resto de órganos jurisdiccionales dependientes de los mismos o a aquellos magistrados integrantes de dichos Tribunales, delegando la ejecución del presente acuerdo en la Sección de Relaciones Internacionales, todo ello en los términos del Anexo VI, que se incorpora a la documentación del Pleno».

Así, en primer lugar, se señala que cualquier órgano jurisdiccional ⁶⁴ de un Estado miembro puede solicitar al Tribunal de Justicia la interpretación de una norma de Derecho Comunitario contenida en los Tratados o en una disposición de Derecho derivado, si lo considera necesario para resolver un litigio del que esté conociendo ⁶⁵. Los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están obligados a someter al TJCE las cuestiones de interpretación que se les planteen, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia o cuando la manera correcta de aplicar la norma comunitaria sea de todo punto evidente ⁶⁶.

Por otro lado, en cuanto a la competencia, se establece que el TJCE puede pronunciarse sobre la validez de las disposiciones y de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad ⁶⁷. Los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la posibilidad de desestimar los motivos de invalidez que se invoquen ante ellos. Todo órgano jurisdiccional nacional, incluso aquellos cuyas decisiones sean susceptibles de recurso, ha de dirigirse al TJCE cuando pretenda cuestionar la validez de una disposición o de un acto comunitario ⁶⁸. No obstante, cuando el juez nacional tenga serias dudas sobre la validez de una disposición de un acto de la Comunidad que sirva de base a un acto interno puede, de modo excepcional, acordar la suspensión provisional u otro tipo de medida cautelar respecto del acto nacional. En tal caso, está obligado a someter al TJCE la cuestión de validez, indicando las razones por las que considera que la disposición o el acto comunitario no son válidos ⁶⁹.

Asimismo se establece que la cuestión prejudicial debe limitarse a la interpretación o a la validez de una norma comunitaria ya que la interpretación del Derecho nacional y la apreciación de su

⁶⁴ La noción comunitaria de órgano jurisdiccional viene establecida en la Sentencia de 30 de junio de 1966, VAASEN GÖBELS as.61/65 Rec. pág. 367, en la que por primera vez se pronuncia el TJCE sobre una materia reservada hasta entonces al Derecho interno, exigiendo determinados requisitos, a saber: creación legal, carácter permanente, competencia obligatoria, procedimiento contradictorio y resolución conforme a normas jurídicas. Sin embargo el Tribunal no siempre ha pedido la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos, bastándole alguno de ellos (*vid. p.e.* Sentencia de 27 de noviembre de 1973, SPOORWEGEN as.36/73 Rec. pág. 1.299, Sentencia de 6 de octubre de 1981, BROEKMEULEN as.246/80 Rec. pág. 2311, Sentencia de 11 de junio de 1987, PRETORE DI SALÒ as.14/86 Rec. pág. 2.545 y Sentencia de 17 de octubre de 1989, HANDELS as.109/88 Rec. pág. 3.199).

⁶⁵ Ello implica que el TJCE esté exento de responder a la cuestión planteada si el proceso pendiente ante el juez remitente ya ha concluido en el momento en que se dicta la resolución de remisión, *cf.* Sentencia de 21 de abril de 1988, PARDINI as.338/85 Rec. pág. 2.041.

⁶⁶ *Cfr.* Sentencia de 6 de octubre de 1982, CILFIT as.283/1981 Rec. pág. 3.415.

⁶⁷ *Cfr.* Sentencia de 13 de febrero de 1979, GRANARIA as.101/78 Rec. pág. 623.

⁶⁸ *Cfr.* Sentencia de 22 de octubre de 1987, FOTO-FROST as.314/1985 Rec. pág. 4.199. El Abogado General F. Mancini, en sus conclusiones indicó que este tema era uno de los más espinosos del Derecho Comunitario. Esta doctrina fue reiterada en la Sentencia de 22 de febrero de 1990, BUSSENI as.C-221/88 Rec. pág. I-495.

⁶⁹ *Cfr.* Sentencias de 21 de febrero de 1991, ZUCKERFABRIK as.C-143/1988 y C-92/1989 Rec. pág. 1-415, y de 9 de noviembre de 1995, ATLANTA as.C-465/1993 Rec. pág. I-3.761.

validez ⁷⁰ no son competencia del TJCE ⁷¹. La aplicación de la norma comunitaria en el caso concreto de que conoce el juez remitente es competencia de este último ⁷².

En cuanto a la decisión mediante la que el juez nacional somete una cuestión prejudicial al TJCE, ésta puede revestir cualquiera de las formas admitidas en su Derecho interno para resolver los incidentes procesales ⁷³. El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE lleva consigo, por lo general, la suspensión del proceso nacional ⁷⁴ hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie, pero la decisión a este respecto corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional interno, con arreglo a su propio Derecho ⁷⁵.

Por lo que se refiere a los problemas de traducción, la resolución que plantee la cuestión prejudicial debe ser traducida a las demás lenguas oficiales de la Comunidad por los servicios del TJCE ⁷⁶. Por otra parte, los problemas relativos a la interpretación o a la validez del Derecho comunitario revisten muy a menudo un interés general y los Estados miembros y las Instituciones comunitarias tienen derecho a formular sus observaciones. Es de desear, por tanto, que la resolución de remisión esté redactada de la manera más clara y precisa posible ⁷⁷.

⁷⁰ Así, el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1991, que planteaba al TJCE una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de la nueva redacción dada al artículo 3 de la Ley 3/1980, de 10 de enero, sobre Cuotas de Distribución de Pantalla, formula mal la cuestión prejudicial, pues la misión del Tribunal de Justicia es interpretar el Derecho Comunitario, y no pronunciarse acerca de la compatibilidad con ese ordenamiento de una disposición nacional (vid. RUIZ-JARABO COLOMER, D. en *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 85 y 86).

⁷¹ Cfr. Sentencia de 19 de marzo de 1965, UNGER as.75/63 Rec. pág.347.

⁷² Cfr. Sentencia de 12 de octubre de 1978, EGGERS as.13/78 Rec. pág. 1.935.

⁷³ En Derecho español, el planteamiento de la cuestión prejudicial ha de hacerse por auto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 245 de la LOPJ, que establece con carácter general que: «1. Las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán: (...) b) Autos, cuando decidan (...) cuestiones incidentales», y específicamente en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y así se ha hecho en todos los casos en que los órganos judiciales se han dirigido al Tribunal de las Comunidades (vid. RUIZ-JARABO COLOMER, D. en *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 103).

⁷⁴ La primera cuestión prejudicial planteada por los Tribunales españoles fue remitida por el Auto de la Sala Cuarta del TCT (hoy extinto por ser asumidas sus competencias por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas), en el cual se olvidó acordar la suspensión del trámite del recurso de suplicación, hasta que se recibiera la respuesta del Tribunal de Justicia.

⁷⁵ Vid. el art. 20 del Protocolo sobre el Estatuto del TJCE, que establece que: «en los casos a que se refiere el artículo 177 del Tratado, la decisión del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento y somete el asunto al Tribunal será notificada a este último por dicho órgano jurisdiccional».

⁷⁶ No será pues, necesaria la traducción de la resolución jurisdiccional por la que se decide el planteamiento de la cuestión ni de las actuaciones que se envían, por parte del juez *a quo*, al ser el castellano lengua oficial de las Comunidades.

⁷⁷ Cfr. Sentencias de 5 de abril de 1962, BOSCH as.13/61 Rec. pág. 89 y de 12 de junio de 1964, WAGNER as.101/63 Rec. pág. 383, en esta última siguiendo las indicaciones del Abogado General M. LAGRANGE.

Por lo que respecta a la resolución de remisión, ésta debe motivarse de manera sucinta pero suficientemente completa ⁷⁸, de modo que permita tanto al TJCE como a quienes se ha de notificar (Estados miembros, Comisión y, en su caso, Consejo y Parlamento Europeo) comprender adecuadamente el marco de hecho y de derecho del asunto principal ⁷⁹. En particular, debe incluir los Antecedentes de Hecho cuyo conocimiento resulte indispensable para comprender el alcance jurídico del litigio principal, los Fundamentos de Derecho eventualmente aplicables, las razones que hayan conducido al juez nacional a plantear la cuestión al TJCE y, en su caso, las alegaciones de las partes, todo ello con objeto de que el TJCE pueda proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional. Además, la resolución de remisión debe ir acompañada de una copia de los documentos necesarios para la adecuada comprensión del litigio, especialmente de las disposiciones nacionales aplicables. Habida cuenta de que el expediente o los documentos anexos a la resolución de remisión no siempre se traducen íntegramente a las diferentes lenguas oficiales de la Comunidad, el juez remitente debe velar por que su resolución contenga toda la información pertinente ⁸⁰.

En relación al momento procesal de la remisión de la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional puede remitirla al TJCE tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión sobre algún extremo de interpretación o de validez ⁸¹. Debe subrayarse, no obstante, que al TJCE no le corresponde resolver ni las controversias relativas a circunstancias de hecho del asunto principal ni las divergencias de opinión sobre la interpretación o aplicación de las normas de Derecho nacional ⁸². Por consiguiente, es de desear que la decisión de plantear una cuestión prejudicial se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el juez remitente esté en condiciones de definir, siquiera sea de un modo hipotético, el marco fáctico y jurídico del problema ⁸³. En cualquier caso, puede resultar útil para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de haber oído a las partes ⁸⁴.

⁷⁸ Así, al tener que adoptar la forma de auto la resolución jurisdiccional por la que se decide el planteamiento de la cuestión, nuestro Derecho interno exige a tenor del artículo 248.2 de la LOPJ que: «Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva.(...)».

⁷⁹ *Cfr.* Sentencia de 26 de enero de 1993, TELEMARSICABRUZZO as. C-320/1990 Rec. pág. 1-393.

⁸⁰ *Cfr.* Sentencia de 19 de junio de 1973, CAPOLONGO as.77/72 Rec. pág. 611. En la práctica se fue institucionalizando el remitir el expediente completo del proceso principal, para que se pudiera apreciar mejor el alcance y los límites de las cuestiones planteadas (*vid.* RUIZ-JARABO COLOMER, D., *op. cit.*, pág. 101).

⁸¹ El momento procesal en que se ha de interponer la cuestión prejudicial depende de la discrecionalidad del juez *a quo*, *cfr.* Sentencia de 11 de junio de 1987 PRETORE DI SALÒ as.14/86 Rec. pág. 2.545.

⁸² *Cfr.* Sentencia de 19 de marzo de 1965, UNGER as.75/63 Rec. pág.347, pese a que el juez *a quo* dirigió una sencilla carta a la Secretaría del Tribunal, remitiendo los autos y la cuestión prejudicial, el Tribunal siguiendo las observaciones del Abogado General M. LAGRANGE, aceptó la misma y le dio respuesta.

⁸³ Y ello para evitar verse obligado a responder en función de hipótesis y de alternativas, lo que no facilita la determinación del derecho, *cfr.* Sentencia de 10 de marzo de 1981, IRISH CREAMERY as.36 y 71/80 Rec. pág. 735 (*vid.* RUIZ-JARABO COLOMER, D., *op. cit.*, pág. 100).

⁸⁴ *Cfr.* Sentencia de 28 de junio de 1978, SIMMENTHAL as.70/77 Rec. pág. 1.453. El Ministerio Fiscal deberá ser igualmente oído al estar configurado en nuestro Derecho como defensor de la legalidad y su intervención es preceptiva siempre que se discuta la jurisdicción o la competencia de un órgano judicial, conforme al artículo 124 de la CE78 y los artículos 3.8 y 6 de su estatuto Orgánico, de 30 de diciembre de 1981 (RUIZ-JARABO COLOMER, D., *op. cit.*, pág. 99).

La resolución de remisión y los documentos pertinentes deben ser enviados directamente al TJCE por el órgano jurisdiccional nacional mediante correo certificado ⁸⁵. Hasta que se dicte la sentencia, la Secretaría del TJCE se mantendrá en contacto con el órgano jurisdiccional nacional, al que transmitirá copia de los sucesivos documentos (observaciones escritas, informe para la vista y conclusiones del Abogado General). El Tribunal de Justicia, también transmitirá su sentencia al órgano jurisdiccional remitente, encareciéndole que le informe acerca de la aplicación que haga de ella en el litigio principal y que le envíe, llegado el caso, su decisión definitiva.

Por último, el procedimiento prejudicial es gratuito y el TJCE no se pronuncia sobre las costas del litigio principal. No obstante, el incidente del reenvío constituye, en muchos casos, un procedimiento lento y costoso ⁸⁶. Es lento, en palabras del Abogado General JACOBS, que pone el acento sobre esta cuestión en sus Conclusiones al asunto EXTREME ⁸⁷, y costoso como lo subraya el propio JACOBS ⁸⁸ y CARRO MARINA ⁸⁹. En cuanto a la cuestión relativa al tiempo del procedimiento, deberá añadirse a la duración normal del proceso ante el juez nacional el tiempo medio de resolución de una cuestión prejudicial, que es de veinte meses ⁹⁰, ya que la interposición de una cuestión prejudicial detiene el proceso ante el juez nacional hasta su resolución mediante sentencia.

CAPÍTULO III. CUESTIONES PREJUDICIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL

El hecho de que la actuación comunitaria en materia de contrato de trabajo se haya dirigido, como ya vimos, a la aproximación de las legislaciones de los distintos Estados miembros ⁹¹ y articulado, en consecuencia, por medio de Directivas ⁹², hace que la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales de interpretación haya sido menor en este campo. Sobre todo, porque «por su propia estructura incompleta, condicionada a su trasposición por el Estado (la Directiva) no parece admitir su invocación directa por los particulares» ⁹³.

⁸⁵ Dirigido a la «Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925 Luxemburgo», tlfno. 352.43031.

⁸⁶ Vid. ORTEGA GÓMEZ, M. en *El acceso de los particulares al Tribunal de Justicia de las Comunidades*, Ed. Ariel, Barcelona 1999.

⁸⁷ As. C-358/89, p. 2.524.

⁸⁸ Vid. Nota al pie anterior.

⁸⁹ CARRO MARINA, M. en «El artículo 173.2 del Tratado CEE y la legislación para recurrir los reglamentos comunitarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 54, abril-junio 1987.

⁹⁰ Vid. ORTEGA GÓMEZ, M., *op. cit.* pág. 137.

⁹¹ Cfr. Título XI TCE/1999. Entre otros, véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas. Madrid, 1994.

⁹² Cfr. art. 137.2 TCE/1999.

⁹³ Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B. (Directoras), OLESTI RAYO, A. (Coordinador): *op. cit.*, pág. 160.

Ello no obstante, la propia naturaleza de la cuestión prejudicial comunitaria lleva a concluir su utilidad, incluso cuando se trata de Directivas, en dos supuestos básicos.

En primer lugar, en el caso de que el Estado haya cumplido su obligación de transponer la Directiva aprobando –si no estaba ya aprobada– la correspondiente norma de Derecho interno. Entonces, cabe la posibilidad de que las dudas que suscita la interpretación de esta norma interna en su aplicación a un supuesto particular, aconsejen contrastarla con la Directiva de la que trae causa y, a su vez, sea preciso clarificar el significado de ésta acudiendo al TJCE. Tal ha sido el caso, en nuestro Derecho, de la Directiva 77/187/CEE, del Consejo ⁹⁴, de 14 febrero 1977, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de trasposos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad ⁹⁵.

En segundo lugar, la intervención prejudicial del TJCE puede también producirse en el caso de Directivas que todavía no hayan sido transpuestas o que lo hayan sido de manera insuficiente o incorrecta. En este supuesto, y según doctrina del TJCE que arranca de la STJCE de 6 de octubre 1970 ⁹⁶, si la Directiva en cuestión incorpora disposiciones «claras, precisas y completas», las mismas pueden ser invocadas por las partes y aplicadas por el juez nacional, una vez agotado el plazo de transposición, frente al Estado infractor. Y dicha aplicación puede aconsejar, obviamente, el planteamiento de la cuestión prejudicial. En nuestro Derecho, es lo que ha ocurrido en el caso de la Directiva 80/987/CEE, del Consejo ⁹⁷, de 20 octubre 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros ⁹⁸.

Tradicionalmente, esta aplicabilidad directa de las Directivas ha cumplido un papel protagonista en la implantación efectiva del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, en particular la Directiva 207/76/CEE, del Consejo ⁹⁹, de 9 de febrero 1976 ¹⁰⁰. No obstante, y salvo puntuales excepciones, el Derecho español parece haber ajustado sus previsiones a las exigencias derivadas de las Directivas comunitarias que imponen el trato igual entre sexos ¹⁰¹. Por tanto, el planteamiento por los órganos judiciales españoles de una cuestión prejudicial en este sentido encajaría más en la primera hipótesis que en esta segunda.

⁹⁴ LCEur 1977, 67.

⁹⁵ Modificada por Directiva 98/50/CEE, del Consejo, de 29 de junio 1998 [LCEur 1998, 2.285].

⁹⁶ Asunto FRANZ GRAD.

⁹⁷ LCEur 1980, 432.

⁹⁸ Modificada por Directiva 87/164/CEE, del Consejo, de 2 de marzo [LCEur 1987, 797], con motivo de adhesión de España.

⁹⁹ LCEur 1976, 44.

¹⁰⁰ Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B. (Directoras), OLESTI RAYO, A. (Coordinador): *op. cit.*, pág. 162. Véanse, como más representativas, STJCE 10 marzo 1984, Asunto VON COLSON Y KAMANN; STJCE 10 abril 1984, Asunto HARZ; STJCE 26 febrero 1986 [TJCE 1986, 47], Asunto MARSHALL. Más recientemente, STJCE 30 junio 1998 [TJCE 1998, 159], Asunto BROWN. Sobre ésta, PÉREZ YÁNEZ, R.: «Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de junio 1998», *Actualidad Laboral*, n.º 4, 1999, págs. 69 y ss.

¹⁰¹ Vid. MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE Navarro A. V.: *Derecho Social Comunitario*, *cit.*, págs. 35-36.

En cualquier caso, se trata de un supuesto que por el momento no se ha planteado, lo que encuentra fácil explicación a las vista del profundo conocimiento que nuestros Jueces y Tribunales muestran del Derecho y de la jurisprudencia comunitarios relativos a estos temas ¹⁰². Ello no quiere decir, obviamente, que por las partes en el proceso no se haya pedido en alguna ocasión ¹⁰³.

1. Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, la aplicación de la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980: el Asunto Wagner Miret y la STJCE de 16 de diciembre de 1993.

Antes de ser derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 11/1994, de 19 de mayo ¹⁰⁴, el art. 15.1 del RD 1382/1985, de 1 de agosto ¹⁰⁵, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, señalaba que «las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29 y 32 del Estatuto de los Trabajadores». Esto es, dicho personal quedaba excluido de la protección que a los trabajadores asalariados proporciona el Fondo de Garantía Salarial (art. 33 ET).

Ahora bien, dicho Fondo viene a satisfacer en el Derecho interno las exigencias impuestas por la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre 1980 ¹⁰⁶, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y la misma no autoriza una exclusión de esta naturaleza. Es cierto que el Estado español pudo haber optado por la exclusión durante el proceso de su adhesión a la Comunidad Europea, tal y como hizo respecto de los empleados de hogar ¹⁰⁷. En efecto, con motivo de la adhesión de España, la Directiva 87/164/CEE, del Consejo, de 2 de marzo ¹⁰⁸, modificó la Sección I del Anexo de la Directiva 80/987/CEE para advertir de la exclusión de los «empleados domésticos al servicio de una persona física» del ámbito de protección de la misma ¹⁰⁹.

¹⁰² Por citar sólo una resolución reciente, entre las muchas que podrían traerse aquí, véase la sentencia del Juzgado de lo Social de Algeciras de 4 febrero 1999 [AS 1999, 3].

¹⁰³ Un ejemplo de esto último es el que ofrece STSJ Navarra de 14 mayo 1999 [AS 1999, 1.273] que rechaza la petición formulada al efecto, al considerar que no existen diferencias retributivas desprovistas de justificación objetiva y razonable por el hecho de que a los médicos de la Seguridad Social que no prestan servicios en régimen de dedicación exclusiva no se les abone el complemento específico.

¹⁰⁴ RCL 1994, 1.422 y 1.651.

¹⁰⁵ RCL 1985, 2.011 y 2.156.

¹⁰⁶ LCEur 1980, 432.

¹⁰⁷ A tenor de la disp. adic. del RD 1424/1985, de 1 agosto [RCL 1985, 2.017 y 2.163], por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio doméstico, «no será de aplicación el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores».

¹⁰⁸ LCEur 1987, 797.

¹⁰⁹ El art. 2.1 de la Directiva preveía que los Estados miembros pueden, con carácter excepcional, excluir del ámbito de aplicación de la misma «los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, en razón de la naturaleza especial del contrato de trabajo o de la relación laboral de aquéllos». Pues bien, con fundamento en esta previsión normativa el Reino de España solicitó, con motivo del Acta de adhesión, que fueran excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva «(los) empleados domésticos al servicio de una persona física», lo que se acordó por la Directiva 87/164/CEE, de 2 de marzo de 1987, que modificó en tal sentido el anexo de la Directiva 80/987. Fue ésta la única exclusión habida con motivo del Acta de adhesión de España.

Se trataba, por tanto, de una patente descoordinación entre la norma comunitaria y la nacional que, en la medida en que la Directiva de referencia se considerase en este punto clara, precisa y completa, podía servir como presupuesto para su aplicación directa. El problema era, obviamente, decidir si debía o no reconocerse, en este sentido, efecto directo a la Directiva, virtud que le sería negada durante algún tiempo por los órganos judiciales españoles.

Así, tras realizar un minucioso examen de la jurisprudencia comunitaria sobre este llamado «efecto útil» de los actos comunitarios, la STS 13 julio 1991 ¹¹⁰, concluyó la inaplicación de la Directiva toda vez que:

1. En la misma no se dan los presupuestos de incondicionalidad y previsión suficientes para que pueda prosperar la invocación de su efecto directo frente al Derecho interno; y
2. En todo caso, «no debe repercutir sobre el Fondo, con organización autónoma, funcionamiento propio y financiación plural, la no adopción por el Estado de las pertinentes medidas de adecuación a la Directiva».

Además, la oportunidad de plantear en este caso la cuestión prejudicial ante el TJCE fue descartada, entre otras, por la STSJ de Madrid de 12 marzo 1990 ¹¹¹, que recurrida en amparo, permitió al Tribunal Constitucional descartar en STC 180/1993, de 31 mayo ¹¹², que con aquella decisión se produjese *per se*, una vulneración del art. 24.1 CE» ¹¹³.

Muy poco después, la Sentencia FRANCOVICH ¹¹⁴, mantendría, por el contrario, que las normas de la Directiva que garantizan a los trabajadores asalariados un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario son, en cuanto a los beneficiarios de la garantía, suficientemente precisas e incondicionales para permitir al juez nacional saber si una persona debe ser o no considerada como beneficiaria de la misma.

Sin embargo, se dio la razón a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español al señalar también que lo anterior no basta «para que los particulares puedan invocar esas disposiciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales». En primer lugar, porque dichas disposiciones no precisan quién es el deudor de la garantía y, en segundo lugar, porque el Estado no puede ser considerado deudor sólo por no haber adoptado en el plazo establecido las medidas de adaptación de su Derecho nacional a la Directiva.

¹¹⁰ RJ 1991, 5.985.

¹¹¹ AS 1990, 1.285 M.

¹¹² RTC 1993, 180.

¹¹³ Una posición crítica con las reticencias de los órganos judiciales españoles a la hora de plantear la cuestión prejudicial, y en concreto con relación a este caso, en ORTEGA GÓMEZ, M.: *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria*, Ariel. Barcelona, 1999, págs. 119 y ss.; para lo que ahora se comenta, nota 59.

¹¹⁴ Sentencia del TJCE 19 de noviembre 1991, FRANCOVICH, As. 296.

Otra cosa es (y aquí está la aportación fundamental de la sentencia FRANCOVICH) que el «Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE»¹¹⁵.

Sin embargo, ni siquiera a la luz de esta doctrina comunitaria y nacional, la cuestión relativa a la protección en el Derecho español de los altos cargos en caso de insolvencia de su empresario podía considerarse resuelta. Antes al contrario, parecía necesario un pronunciamiento rotundo y sin ambages que clarificase definitivamente por una parte, si estos trabajadores pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE, aunque no figuren en la Sección I del Anexo de la misma, y, por otra, si, en el caso de resultar de aplicación las garantías de la Directiva 80/987/CEE al personal de alta dirección en España, su aplicación concreta debe serlo a través del Fondo de Garantía Salarial o bien por vía de indemnización a cargo directamente del Estado¹¹⁶.

Éstas son las dudas que justifican el planteamiento de la cuestión prejudicial acordada por Auto del TSJ de Cataluña de 31 de julio de 1992¹¹⁷ y que sería resuelta por la Sentencia WAGNER MIRET¹¹⁸.

En su respuesta, el Tribunal de Luxemburgo se limita a aplicar el caso planteado la doctrina FRANCOVICH y, por tanto, afirma que:

- 1.º Los miembros del personal de alta dirección no pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE, «ya que el Derecho nacional los califica de trabajadores asalariados y no figuran en la Sección I del Anexo de la Directiva».
- 2.º Sin embargo, el personal de alta dirección no tiene, en virtud de la Directiva 80/987/CEE, derecho a solicitar el pago de los créditos salariales a la institución de garantía creada por el Derecho nacional para las demás categorías de trabajadores asalariados.
- 3.º Ahora bien, en caso de que el Derecho nacional, incluso interpretado a la luz de la Directiva, no permitiera asegurar el goce de las garantías que la misma prevé al personal de dirección, éste tiene derecho a solicitar al Estado miembro de que se trate la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la Directiva en lo que a dicho personal se refiere.

¹¹⁵ Véase STS 30 diciembre 1992 [RJ 1992, 10.382] que mantiene la doctrina de STS 13 julio 1991 [RJ 1991, 5.985] y la acomoda a la que resulta de la sentencia FRANCOVICH. En la doctrina, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y FERNÁNDEZ LIESA, C.: «Sobre la responsabilidad del Estado y el efecto directo de las Directivas comunitarias, y su posible incidencia en el Derecho Laboral español. Estudio laboral y comunitario de la Sentencia Francovich & Bonifacio», *Relaciones Laborales*, 1993, tomo I, págs. 1.157 y ss.

¹¹⁶ En la doctrina, entre otros, ALONSO GARCÍA, R.: «De nuevo sobre el Derecho Comunitario, el personal de alta dirección y el Fondo de Garantía Salarial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 57, 1993, págs. 43 y ss.

¹¹⁷ AS 1992, 4.100.

¹¹⁸ STJCE (Sala 5.ª) de 16 diciembre 1993 [TJCE 1993, 206] (Asunto C-334/1992).

El Fallo del TJCE excluye, pues, la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en estos casos ¹¹⁹ y remite a una reclamación de daños y perjuicios interpuesta por los altos directivos de empresas insolventes directamente contra el Estado, lo que a su vez plantea nuevos problemas de concreción práctica ¹²⁰.

En todo caso, finalmente se ha impuesto la solución más sencilla y lógica. Esto es, la expresa inclusión del personal de alta dirección entre los sujetos beneficiarios de la acción protectora del Fondo de Garantía Salarial. Como antes se avisó, tal es la solución que ofrece la Ley 11/1994, de 19 de mayo ¹²¹, al derogar, por una parte, el art. 15.1 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, y declarar, por otra parte, en su disposición adicional 2.^a (disposición adicional 5.^a del ET), 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».

2. Cuestiones de transmisión de empresas, la aplicación de la Directiva 77/187/CEE.

Los distintos términos con que se perfila el derecho de los trabajadores a conservar su vínculo laboral en caso de sucesión de empresas en el art. 44 ET ¹²², por un lado, y en la Directiva 77/187/CEE ¹²³, por otro, explican que, sin perjuicio del valor interpretativo que al respecto hay que reconocer a la muy numerosa jurisprudencia del TJCE, las dudas interpretativas apreciadas por los órganos judiciales hayan terminado formulándose como cuestiones prejudiciales.

En lo que ahora interesa, conviene recordar que la regla básica del art. 44 ET señala que «el cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior».

¹¹⁹ Véase STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 1994 [AS 1994, 577], dictada tras la STJCE en el proceso en que se suscitó la cuestión prejudicial.

¹²⁰ Una exposición de los mismos se hace en el Voto Particular que acompaña a la citada STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 1994 y en el que, justamente por la entidad de tales problemas, se postula que «la cobertura formal institucional de la garantía de atención de los débitos salariales en caso de insolvencia de las empresas respecto de los Altos Cargos debe serlo también a través del FGS». Véase, también, la actualización de estos problemas en STSJ Cataluña de 2 de noviembre 1995 [AS 1995, 4.420] que declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda interpuesta por un alto cargo contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

¹²¹ RCL 1994, 1.422 y 1.651.

¹²² RCL 1995, 997.

¹²³ Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traslados de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. LCEur 1977, 67.

Por su parte, y a tenor de su art. 1¹²⁴, la Directiva 77/187/CEE, que establece la misma consecuencia jurídica, resulta de aplicación a «los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad (públicos o privados y tengan o no ánimo de lucro, pero excluidos los buques marítimos) a otro empresario, como resultado de una cesión contractual o de una fusión». Bien entendido que, a estos efectos y como novedad resultante de la modificación operada por Directiva 98/50/CEE, se considera traspaso «el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria». En cambio, no constituye traspaso en el sentido de la Directiva «la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades administrativas».

La mencionada Directiva tuvo su origen en el Programa de Acción Social¹²⁵ de 21 de enero de 1974, y con una justificación en el antiguo art. 100 del Tratado (que introducía la posibilidad de adopción unánime por el Consejo de Directivas que «incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común»). Fue adoptada por el Consejo la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, sobre 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 centros de actividad¹²⁶, de la que son destinatarios la totalidad de los Estados miembros (art. 10.1).

Esta Directiva ha dado lugar hasta la fecha a una numerosa doctrina jurisprudencial por parte del TJCE, interpretadora de sus diversos aspectos¹²⁷, y que, si bien con alguna pequeña vacilación, especialmente relevante en algunas de sus últimas decisiones, ha venido teniendo una tendencia expansiva respecto al ámbito de aplicación tuitivo de la misma.

Sobre tal Directiva cabe señalar que, al formar parte del acervo comunitario a la fecha de nuestra incorporación, y partiendo de la aceptación de su carácter claro, preciso e incondicional, es de obligada aplicación por nuestros órganos judiciales internos, en cuanto que de la misma se deriven derechos en favor de los trabajadores, al margen de que esté o no efectivamente verificada su adecuada transposición a nuestro Derecho, debiéndose en otro caso por los órganos judiciales nacionales, si no se acepta esa claridad respecto a su contenido, plantear la cuestión prejudicial respecto a su alcance tuitivo.

¹²⁴ Modificado por Directiva 98/50/CEE.

¹²⁵ Adoptado como consecuencia de la crisis económica de los años setenta, que desvela los problemas derivados de la inexistencia de una política social comunitaria, línea seguida hasta ese momento. En dicho Programa ya se señalaba la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores para los supuestos de «fusión, de concentración o de racionalización» empresarial, como recuerdan MONTÓYA, GALIANA, SEMPÉRÉ, en *Derecho Social* ..., cit., pág. 69.

¹²⁶ Publicada en el DOCE n.º L 61/26, de 5 de marzo de 1977.

¹²⁷ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, en *Transmisión de empresas y Empresas de Trabajo Temporal, Cuadernos de Derecho judicial*, n.º XXII/1994. Madrid: CGPJ, 1998., cit., pág. 165, que ha señalado así que es la Directiva que ha dado lugar a un mayor número de pronunciamientos del TJCE.

No obstante, la interpretación y posible aplicación directa de dicha Directiva ha suscitado otras dudas. Sin embargo, los correspondientes órganos judiciales no las han considerado con entidad bastante para plantear la cuestión prejudicial^{128, 129}.

Examinaremos a continuación los casos planteados en aplicación de la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, sobre 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 centros de actividad.

2.1. *El Asunto Búrdalo Trevejo y la STJCE de 17 de abril de 1997.*

La primera cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español en este sentido fue la propuesta por Auto del Juzgado de lo Social n.º 16 de Barcelona de 1 de septiembre de 1995 y tenía por objeto la interpretación de los artículos 1.1 y 3.3 de la Directiva 77/187/CEE. En su redacción anterior a la reforma ordenada por la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 junio, el citado artículo 3.3 disponía que el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresa no incluía «los derechos de los trabajadores a prestaciones de jubilación, de invalidez o para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales, que existían con independencia de los regímenes legales de Seguridad Social de los Estados miembros». No obstante, dichos Estados «adoptarán las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso (...) en lo que se refiere a sus derechos adquiridos o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios citados (...)».

En esencia, el problema al que se enfrenta el Juzgado y en el que nace la duda comunitaria es el planteado por los trabajadores de una empresa de menos de veinticinco trabajadores que ha cambiado de titular en varias ocasiones y que, tras decidirse la extinción de sus relaciones trabajo por crisis, reclaman del Fondo de Garantía Salarial el abono del 40% de la indemnización legal correspondiente (*cf.* art. 33.8 ET). Sin embargo, a estos efectos el Fondo no computa toda la antigüedad que los trabajadores presentan, sino que excluye los períodos de empleo anteriores a 19 de mayo de 1978, fecha de la primera transmisión de la empresa¹³⁰.

¹²⁸ Así, STSJ Andalucía/Sevilla de 30 noviembre 1992 [AS 1992, 6.595] rechaza la petición formulada en tal sentido por una de las partes en relación con lo dispuesto en el art. 6.2 de aquella (necesidad de realizar consultas con los representantes de los trabajadores a fin de llegar a un acuerdo).

¹²⁹ Tampoco el Juzgado de lo Social n.º 8 de Valencia, en decisión posteriormente refrendada por STSJ Comunidad Valenciana de 15 junio 1993 [AS 1993, 3.069], juzgó necesario plantear la cuestión prejudicial solicitada en la demanda en relación al artículo 3 de la Directiva 77/187/CEE y a la exclusión de responsabilidad del empresario cedente por las indemnizaciones por despido producido después de una cesión no declarada delito.

¹³⁰ Para entender la postura del Fondo, conviene precisar que en respuesta a una pregunta formulada por el TJCE al Gobierno español durante la tramitación de una cuestión prejudicial, éste señaló que los servicios anteriores a 1978 no habían sido computados pues fue entonces cuando se constituyó la nueva empresa que luego sería varias veces traspasada y cuando se dio alta en Seguridad Social a los trabajadores ahora demandantes, que hasta entonces habían prestado sus servicios en otra empresa desaparecida.

Se trata por tanto de calibrar si esta decisión del Fondo de Garantía Salarial, por la que se excluye un aparente cambio en la titularidad de la empresa del concepto técnico-legal de transmisión de empresa incorporado al art. 44 ET, está justificada a la luz de lo dispuesto en los artículos citados de la Directiva 77/187/CEE. La complejidad del problema había sido advertida ya por el TS español al calificar como «difícil y vidriosa la distinción entre sucesión de titularidad de la empresa o sucesiva ocupación de un mismo local por empresas distintas e independientes cuando los elementos de uno se incorporan a la otra»¹³¹ y, en este sentido, tal vez la clarificación comunitaria del mismo pudiera haber sido oportuna. Sin embargo, el TJCE eludió entrar en el fondo del asunto al entender «como el Gobierno español y el Abogado General» que las disposiciones de la Directiva 77/187/CEE¹³², no pueden ser invocadas en relación con una transmisión de empresa (la presuntamente acaecida en 1978) que se produjo en una fecha en la que la Directiva no había comenzado aún a producir efectos jurídicos en el Estado miembro de que se trate¹³³.

2.2. El Asunto *Hernández Vidal* y la STJCE de 10 de diciembre de 1998.

Con este asunto el TJCE sí entraría a conocer de los problemas materiales que planteaba a los órganos judiciales españoles la interpretación de la Directiva 77/187/CEE¹³⁴ relativa a las contrataciones de limpieza¹³⁵.

El problema era determinar si la sucesión de contrataciones para la realización de las actividades de limpieza al servicio de una empresa principal encaja o no en el supuesto de hecho definido en el art. 1 de la Directiva 77/187/CEE¹³⁶.

Cronológicamente, la primera vez que el TJCE enfrentó este tipo de problemas fue para resolver la cuestión prejudicial planteada por el *Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein*¹³⁷ en el asunto CRISTEL SCHMIDT¹³⁸. En ella se pedía del Tribunal de Justicia que clarificase si las tareas de limpieza de una empresa (incluso realizadas por una sola trabajadora) pueden equipararse con una parte de un centro de actividad en el sentido de la Directiva 77/187/CEE cuando han sido contractualmente transmitidas a una sociedad diferente.

¹³¹ Cfr. STS de 20 julio 1988 [RJ 1988, 6.211].

¹³² LCEur 1977, 67.

¹³³ Cfr. STJCE [Sala 30] de 17 abril 1997 [TJCE 1997, 70], Asunto C-336/1995, BÚRDALO TREVEJO y OTROS.

¹³⁴ Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, 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 centros de actividad (DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122).

¹³⁵ HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: «Las contrataciones de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: de la Sentencia Cristel Schmidt a la Sentencia Hernández Vidal», *Aranzadi Social* n.º 2, 1999, pág. 62.

¹³⁶ LUJÁN ALCARAZ, José: «La interpretación y aplicación del Derecho comunitario por el juez español: la cuestión prejudicial en el orden social», *Aranzadi Social* n.º 12, Octubre 1999 págs.12-13.

¹³⁷ Similar a nuestros tribunales laborales de instancia.

¹³⁸ STJCE de 14 de abril 1994 [TJCE 1994, 54].

La cuestión sería resuelta tras recordar su jurisprudencia sobre el fenómeno de la sucesión de empresa y sus repercusiones laborales ¹³⁹.

El TJCE concluye que el art. 1.1 Directiva 77/187/CEE comprende, en efecto, una situación «en la que un empresario encomienda, mediante contrato, a otro empresario la responsabilidad de efectuar los trabajos de limpieza realizados anteriormente de modo directo, incluso si antes de la transmisión dichos trabajos eran efectuados por una sola empleada».

Como tantas otras veces, también esta resolución del Tribunal comunitario tendría su epílogo. Primero, mediante la reformulación de la doctrina CRISTEL SCHMIDT que lleva a cabo el propio TJCE en los términos que de inmediato se exponen y, finalmente, al motivar la reforma de la Directiva 77/187/CEE por la Directiva 98/50/CEE, del Consejo, de 29 junio [LCEur 1998, 2.285].

Posteriormente, el TJCE, en el asunto AYSÉ SÜZEN ¹⁴⁰, vuelve sobre el problema de la sucesión de empresa referida a la transmisión de una actividad accesoria a la principal de la empresa contratista. De lo que se trata ahora es de decidir sobre la aplicación de la Directiva 77/187/CEE en los casos en que una empresa principal resuelve la contrata que tenía concertada con una empresa externa, para cederla de inmediato a otra empresa externa, y ello incluso cuando no hay transmisión patrimonial alguna entre las empresas auxiliares implicadas.

Al respecto, el Tribunal vuelve a su doctrina anterior al asunto CRISTEL SCHMIDT y, contra esta última ¹⁴¹, concluye que la Directiva de referencia no se aplica a la sucesión de contratos de servicios «si la operación no va acompañada de una cesión entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrato». Dicho de otra manera, en tales casos, la relación de trabajo se mantiene inalterada entre el anterior contratista y sus trabajadores toda vez que, como la propia sentencia razona, «la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la directiva»; y es que, aunque la empresa pierda un cliente, «no deja de existir íntegramente».

La tercera de las perspectivas de análisis atiende al supuesto en que la empresa principal, que tenía externalizada la realización de una actividad auxiliar o accesoria, decide recuperarla para ejecutarla por sí misma.

¹³⁹ De los muy numerosos estudios doctrinales disponibles, véase, por su concreción al tema que ahora se plantea, GONZÁLEZ BIEZMA, E.: «Los efectos jurídico laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios», *Relaciones Laborales*, 1993, Tomo II, págs. 240 y ss.

¹⁴⁰ Sentencia de 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997, 45], As. AYSÉ SÜZEN.

¹⁴¹ HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: *Las contrata de limpieza y la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...*, cit., pág. 67.

En buena medida, el problema de la aplicación en tales casos de la Directiva 77/187/CEE podía resolverse en aplicación a la luz de la doctrina AYSÉ SÜZEN¹⁴². Sin embargo, la entidad del mismo y, muy posiblemente también, las dudas suscitadas por la falta de sintonía entre la doctrina CRISTEL SCHMIDT y la doctrina AYSÉ SÜZEN, justifican el mantenimiento en la formulación de las cuestiones prejudiciales planteadas al TJCE por el TSJ de Murcia (C-127/96), el Arbeitsgericht Frankfurt am Main (C-229/96) y el Juzgado de lo Social n.º 1 de Pontevedra (C-74/97) dirigidas, en lo fundamental, a que se dilucide si, y en qué condiciones, la Directiva 77/187/CEE se aplica a una situación en la que una empresa que encomendaba a otra empresa la limpieza de sus locales o de una parte de estos decide poner fin al contrato que la vinculaba a aquélla y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas.

Tras la acumulación¹⁴³ de los tres Asuntos acordada por Auto de 31 de marzo de 1998, la cuestión ha sido resuelta finalmente por el TJCE por la Sentencia de 10 de diciembre de 1998, asunto HERNÁNDEZ VIDAL¹⁴⁴, y conforme a la misma el art. 1.1 Directiva 77/187/CEE «puede interpretarse en el sentido de que esta directiva se aplica a una situación en la que una empresa que encomendaba a otra empresa la limpieza de sus locales o de una parte de éstos decide poner fin al contrato que la vinculaba a aquélla y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica. El concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. La mera circunstancia de que los trabajos de mantenimiento efectuados sucesivamente por la empresa de limpieza y por la empresa propietaria de los locales sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad».

Al pronunciarse de este modo, la Sentencia HERNÁNDEZ VIDAL no sólo cierra el ciclo de los concretos supuestos fácticos posibles en materia de sucesión de contratas, sino que, al mismo tiempo, cierra el capítulo que trata de la doctrina del Tribunal comunitario en materia de sucesión de empresas. En efecto, los argumentos doctrinales que abocan a la solución expuesta son los siguientes¹⁴⁵:

1.º El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de empresas, centro de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad es que «la entidad de que se trata (mantenga) su identidad, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude»¹⁴⁶.

¹⁴² STJCE de 11 marzo 1997 [TJCE 1997, 45], Asunto AYSÉ SÜZEN, anteriormente citada.

¹⁴³ Mediante resoluciones de 22 de febrero de 1996 (C-127/96), 11 de junio de 1996 (C-229/96) y 28 de enero de 1997 (C-74/97), recibidas en el Tribunal de Justicia el 22 de abril de 1996, el 1 de julio de 1996 y el 20 de febrero de 1997, respectivamente, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el Arbeitsgericht Frankfurt am Main y el Juzgado de lo Social n.º 1 de Pontevedra plantearon, con arreglo al antiguo artículo 177 del TCE, actual 234, sendas cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, 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 centros de actividad (DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122).

¹⁴⁴ TJCE 1998, 308.

¹⁴⁵ Párrafos 20 a 33.

¹⁴⁶ Cfr. STJCE de 18 marzo 1986 [TJCE 1986, 65], asunto SPIJKERS, y STJCE de 11 marzo 1997 [TJCE 1997, 45], asunto AYSE SÜZEN.

2.º La Directiva 77/187/CEE «es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa»¹⁴⁷. Y ello, incluso, cuando para la empresa cesionaria la actividad es accesoria respecto de su objeto social ¹⁴⁸.

3.º En el ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE se incluye:

- a) «una situación en la que una empresa encomienda a otra empresa mediante contrato la responsabilidad de efectuar los trabajos de limpieza que ella misma efectuaba antes directamente» ¹⁴⁹;
- b) «una situación en la que el comitente, que había encomendado la limpieza de sus locales a una primera empresa, resuelve el contrato que lo vinculaba a ésta y celebra, para la ejecución de trabajos similares, un nuevo contrato con una segunda empresa» ¹⁵⁰; y
- c) una situación en la que «una empresa que se servía de otra empresa para la limpieza de sus locales o de una parte de éstos, decida poner fin al contrato que la vinculaba a aquélla y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas».

4.º En cualquiera de los tres supuestos, «la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada» ¹⁵¹. O lo que es lo mismo, «a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio» ¹⁵². No obstante (y salvando ahora la doctrina CRISTEL SCHMIDT), «si bien, (dicha entidad) debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial»; y es que, «en determinados sectores económicos, como el de la limpieza, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra». En conclusión: «un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción».

5.º Para decidir cuándo se está ante una entidad económica organizada de forma estable, los correspondientes órganos judiciales nacionales han de tomar en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan

¹⁴⁷ Cfr. STJCE de 7 de marzo de 1996 [TJCE 1996, 41], asunto MERCKX Y NEUHUYS.

¹⁴⁸ Cfr. STJCE de 12 de noviembre de 1992 [TJCE 1992, 184], asunto WATSON RASK y CHRISTENSEN.

¹⁴⁹ Cfr. STJCE de 14 abril 1994 [TJCE 1994, 54], asunto CRISTEL SCHMIDT.

¹⁵⁰ Cfr. STJCE de 11 marzo 1997 [TJCE 1997, 45], asunto AYSE SÜZEN.

¹⁵¹ Cfr. STJCE de 19 de septiembre de 1995 [TJCE 1995, 154], asunto RYGAARD.

¹⁵² Cfr. STJCE de 11 marzo 1997 [TJCE 1997, 45], asunto AYSE SÜZEN.

transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Ahora bien, «estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente»¹⁵³. Por ello, «la mera circunstancia de que las tareas de mantenimiento efectuadas por la empresa de limpieza y, luego, por la propia empresa propietaria de los locales sean similares no es suficiente para afirmar que existe, entre la primera y la segunda empresa, una transmisión de entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone».

6.º Esta última afirmación hay que ponerla en relación, todavía, con lo ya advertido en el punto 3.º anterior, lo que permite afirmar en palabras del propio Tribunal de Justicia que «en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable»¹⁵⁴. Dicho de otra manera en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.

3. Libre circulación de trabajadores y reconocimiento de títulos: el Asunto Fernández de Bobadilla y la STJCE de 8 de julio de 1999.

En materia de libre circulación de trabajadores, las principales dudas planteadas por la interpretación del Derecho comunitario a los órganos jurisdiccionales españoles del orden social han versado sobre reconocimiento de títulos¹⁵⁵.

¹⁵³ Cfr. STJCE de 18 marzo 1986 [TJCE 1986, 65], asunto SPIJKERS, y STJCE de 11 marzo 1997 [TJCE 1997, 45], asunto AYSE SÜZEN.

¹⁵⁴ Cfr. STJCE de 11 marzo 1997 [TJCE 1997, 45], Asunto AYSE SÜZEN.

¹⁵⁵ A ellas, se podrían agregar, no obstante, las planteadas por órganos de otros órdenes jurisdiccionales relativas al derecho de libre establecimiento y, por tanto, resueltas también en aplicación de las normas comunitarias sobre libre circulación, lo que no haremos por rebasar los límites de nuestro estudio.

Las dudas planteadas por la interpretación y aplicación del derecho a la libre circulación de trabajadores del art. 39 TCE, en relación con lo dispuesto en las Directivas 89/48/CEE, del Consejo ¹⁵⁶, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, y 92/51/CEE, del Consejo ¹⁵⁷, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, están en la base de la cuestión prejudicial formulada ante el TJCE mediante Auto del Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid de 30 mayo 1997.

En síntesis, el Juzgado conoce de la demanda interpuesta por una profesional excluida de la convocatoria pública de un concurso-oposición por carecer del título requerido al efecto. No obstante, aquella estaba en posesión del título de *Bachelor of Arts* por la Universidad de Boston y cursó (gracias a una beca concedida por el Museo del Prado, convocante del concurso) estudios de posgrado de restauración de obras de arte en la Universidad Politécnica de Newcastle Upon Tyne (Reino Unido), a cuya finalización en 1989 le fue reconocido el título de *Master of Arts*. Desde entonces y hasta 1992 vino prestando servicios como restauradora de obras de arte en el Museo del Prado. Convocado en 1992 concurso-oposición para la provisión de una plaza fija de restaurador de obras de arte sobre papel en el Museo del Prado, y como quiera que según lo dispuesto en el Convenio Colectivo para los trabajadores del Museo, las plazas de restaurador están reservadas a las personas que estén en posesión del título expedido por la Facultad de Bellas Artes, especialidad de restauradores, o por la Escuela de Artes Aplicadas a la restauración de obras de arte, o cualquier otro título expedido en el extranjero y convalidado por la Universidad Politécnica de *Newcastle Upon Tyne*. Por el Ministerio de Educación se le indicó entonces que debía demostrar su suficiencia en determinadas materias mediante una prueba específica. Sin embargo, dicha prueba no llegó a realizarse y, como queda dicho, la demandante resultó excluida del concurso al no reunir los requisitos exigidos en el convenio colectivo.

Sobre estos antecedentes fácticos, el Juzgado de lo Social entiende que para emitir un Fallo debe antes acordarse si la previsión incorporada al convenio colectivo citado es o no contraria al derecho a la libre circulación de trabajadores.

La cuestión ha sido resuelta por el TJCE por la Sentencia FERNÁNDEZ DE BOBADILLA ¹⁵⁸. Para hacerlo, el TJCE sienta dos premisas:

- 1.º El Derecho comunitario no se opone a que un organismo público como el Prado supedita la asignación de una plaza a la posesión de uno o varios títulos que acrediten la capacidad del candidato para ocuparla, a condición, no obstante, de que dicha exigencia no constituya un obstáculo injustificado al ejercicio efectivo de las libertades fundamentales garantizadas por el actual ¹⁵⁹ art. 39 TCE.

¹⁵⁶ LCEur 1989, 52.

¹⁵⁷ LCEur 1992, 238.

¹⁵⁸ Sentencia de 8 de julio de 1999, FERNÁNDEZ DE BOBADILLA asunto C-234/97 [TJCE 1999, 161].

¹⁵⁹ Antiguo artículo 48.

2.º La profesión de restaurador de bienes culturales no está regulada en España ya que, por una parte, no figura en la lista de profesiones cubiertas por la normativa española de adaptación del Derecho interno a las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE y, por otra parte, no existe una Directiva que regule específicamente dicha profesión.

Ahora bien, según el art. 1 d) de la Directiva 89/48/CEE y el art. 1 f) de la Directiva 92/51/CEE, una profesión regulada es una actividad profesional que, por lo que respecta a sus condiciones de acceso o de ejercicio, está directa o indirectamente regulada por disposiciones de carácter jurídico; esto es, respecto de la que existen disposiciones legales, reglamentarias o administrativas del Estado miembro que establecen un régimen cuyo efecto es reservar expresamente esta actividad profesional a las personas que reúnen determinados requisitos y prohibir el acceso a dicha actividad a las que no los reúnen ¹⁶⁰.

Llegados a este punto, el problema consiste en determinar si un convenio colectivo puede regular con carácter general el acceso a una profesión o su ejercicio y la respuesta que el Tribunal ofrece es que ello sólo resulta factible en el caso de que «las disposiciones de un convenio celebrado entre un organismo público, como es el Prado, y los representantes de los trabajadores que éste emplea sean comunes a otros convenios colectivos celebrados individualmente por otros organismos públicos del mismo tipo y, más aún, si las disposiciones de dichos convenios son resultado de una política administrativa única definida a escala nacional». Sólo entonces puede «considerarse que el ámbito de aplicación de los referidos convenios es lo suficientemente general como para que sus disposiciones reciban la calificación de regulación de una actividad profesional en el sentido de las Directivas 89/48 y 92/51» ¹⁶¹. En cambio, «las disposiciones de un convenio colectivo que sólo regule las relaciones entre empleador y empleados dentro de un único organismo público no tendrán, en la mayoría de los casos, un ámbito de aplicación suficientemente general como para que las actividades profesionales de que se trate puedan calificarse como profesión regulada en el sentido de las Directivas 89/48 y 92/51» ¹⁶².

Sobre esta doctrina, corresponde ya al correspondiente órgano jurisdiccional nacional verificar, en cada caso concreto, el alcance del ámbito de aplicación de una norma nacional que exige a los aspirantes a un empleo estar en posesión de títulos españoles o títulos expedidos en el extranjero y reconocidos como equivalentes por el organismo nacional competente, a efectos de determinar si el acceso a dicha profesión o su ejercicio está o no regulado en España, en el sentido de las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE. Si comprueba que dicha profesión está regulada en España, deberá entonces llegar a la conclusión de que una de estas Directivas es aplicable al litigio del que conoce y, tras ello deberá verificar si, *in casu*, el demandante cumple los requisitos establecidos por la Directiva de que se trate, con el fin de determinar si puede aspirar a la plaza convocada.

¹⁶⁰ Cfr. STJCE de 1 de febrero 1996 [TJCE 1996, 9], asunto ARANITIS.

¹⁶¹ Cfr. párrafo 22 de la STJCE de 8 de julio 1999 [TJCE 1999, 161] (Asunto C-234/97), FERNÁNDEZ DE BOBADILLA.

¹⁶² Cfr. párrafo 23 de la STJCE de 8 de julio 1999 [TJCE 1999, 161] (Asunto C-234/97), FERNÁNDEZ DE BOBADILLA.

Además, siendo aplicable una de las Directivas citadas, el organismo público de un Estado miembro, obligado a respetar las normas establecidas por la Directiva de que se trate, ya no podrá exigir la homologación de los títulos de un candidato por las autoridades nacionales competentes. En cambio, si la profesión en cuestión no es una profesión regulada en el sentido de las repetidas Directivas, el Derecho comunitario no se opone, en principio, a que un organismo público de un Estado miembro reserve el acceso a una plaza a los candidatos que estén en posesión de un título expedido por un centro docente de dicho Estado miembro o de cualquier otro título expedido en el extranjero y homologado por las autoridades competentes del citado Estado miembro. No obstante, tratándose de un título expedido en otro Estado miembro, el procedimiento de homologación deberá ajustarse a las exigencias del Derecho comunitario ¹⁶³.

En definitiva, el art. 39 TCE no se opone a las disposiciones de un convenio colectivo aplicable en un organismo público de un Estado miembro que reservan el derecho a ejercer, dentro de dicho organismo público, una profesión determinada que no está regulada en el sentido de las Directivas 89/48/CEE (...), únicamente a las personas que estén en posesión de un título expedido por un centro docente de dicho Estado miembro o de cualquier otro título expedido en el extranjero y homologado por las autoridades competentes del mismo Estado miembro.

No obstante, tratándose de títulos expedidos en otro Estado miembro, las autoridades de dicho Estado miembro competentes para homologar o convalidar los títulos extranjeros o, si no existieran éstas, el propio organismo público, están obligados (...) a examinar en qué medida los conocimientos y capacitación acreditados por el título obtenido por el interesado equivalen a los exigidos por la normativa del Estado miembro de acogida. Cuando la equivalencia sea solamente parcial, corresponde a las autoridades nacionales competentes o, en su caso, al propio organismo público, apreciar si los conocimientos adquiridos por el interesado en el marco de un ciclo de estudios o de una experiencia práctica pueden servir para demostrar que se está en posesión de los conocimientos no acreditados por el título extranjero.

CAPÍTULO IV. CUESTIONES PREJUDICIALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La importante emigración de los años sesenta de trabajadores españoles hacia países hoy integrados con España en la Unión Europea, así como la intrínseca dificultad interpretativa de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social, hacen de la aplicación del Derecho comunitario a las relaciones de Seguridad Social de los trabajadores migrantes comunitarios fuente de litigios casi inagotables en los que, inevitablemente, se ha terminado acudiendo a la solución que ofrece la cuestión prejudicial ¹⁶⁴.

¹⁶³ Sobre este planteamiento, STJCE de 7 de mayo 1991 [TJCE 1991, 188], Asunto VLASSOPOULOU.

¹⁶⁴ Las aproximaciones de la doctrina española son numerosas, entre otros, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Problemas aplicativos de los Reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal*, en CGPJ Seguridad Social Internacional. Madrid, 1998, págs. 137 y ss., LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española*, Civitas. Madrid 1996, OJEDA AVILÉS, A.: *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea*, Trotta. Madrid, 1994, VV.AA.: *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares. Granada, 1999.

En este sentido, aparte de la cuestión planteada por el extinto ¹⁶⁵ Tribunal Central de Trabajo (TCT) sobre la adecuación a los objetivos plasmados en el Tratado Constitutivo de la CEE de una legislación regresiva en materia de Seguridad Social (en concreto incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo en la función pública) resultante de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1984, a la que la Sentencia GIMÉNEZ ZAERA ¹⁶⁶, respondió en sentido negativo; la intervención prejudicial del TJCE ha tenido lugar en dos casos típicos:

- a) La aplicación de la normativa española sobre el subsidio de desempleo en el caso de emigrante retornados mayores de 52 años, y
- b) La interpretación de las reglas sobre cálculo de la base reguladora y cuantía de las pensiones de invalidez y jubilación reconocidas a emigrantes retornados.

1. Cuestiones prejudiciales en materia de desempleo.

El art. 215.3 de la Ley General de la Seguridad Social ¹⁶⁷ (LGSS) reconoce como beneficiarios del subsidio de desempleo a los trabajadores desempleados mayores de cincuenta y dos años que hayan cotizado por desempleo durante seis años y que reúnan todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a una pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. A su vez, el art. 161.1 b) LGSS, en la redacción anterior a su reforma por Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social ¹⁶⁸, subordinaba el derecho a esta pensión al requisito de tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los ocho años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

La normativa Comunitaria en la materia se encuentra contenida en el *Título III, Capítulo 6 del Reglamento 1408/1971 de las Comunidades, relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, parcialmente modificado por el Reglamento 1390/1981 del Consejo, versión actualizada por el Reglamento 118/97 de 2 de diciembre de 1996*, en concreto en sus artículos 67 a 71.

Por su parte, el Reglamento CEE 574/1972, de 21 de marzo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento 1408/1971, regula la materia en el Título IV, Capítulo VI, parcialmente modificado por los Reglamentos 878/1973 y 3795/1981 del Consejo, versión actualizada por el Reglamento 118/97 de 12, en los artículos 80 a 84.

¹⁶⁵ Hoy extinto por ser asumidas sus competencias por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas.

¹⁶⁶ STJCE 29 septiembre 1987, asunto GIMÉNEZ ZAERA [TJCE 1988, 15].

¹⁶⁷ RCL 1994, 1.825.

¹⁶⁸ RCL 1997, 1.806.

Sobre este sustrato normativo, el problema se presenta en el caso de trabajadores que, por ser emigrantes, han cotizado en un Estado miembro de la UE, pero no así «o sólo durante tiempo insuficiente» en España y consiste en decidir si, a estos efectos, el derecho de acceder a una pensión contributiva de jubilación en el sistema español de Seguridad Social es equivalente al derecho futuro a una pensión, o la expectativa de derecho a pensión, adquirido en otro Estado miembro.

Y ello, porque por una parte el art. 48.1 Reglamento 1408/71 (varias veces modificado y actualizado)¹⁶⁹ libera a la institución competente de un Estado miembro de la obligación de reconocer el derecho a una pensión de jubilación cuando la duración de los períodos de cotización cubiertos con arreglo a la legislación de dicho Estado sea inferior a un año o cuando no se haya pagado ninguna cotización; y por otra, el art. 67 del Reglamento, relativo precisamente a las prestaciones de desempleo, dispone que «los períodos de seguro o de empleo cubiertos como trabajadores por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro (serán considerados) como si se tratase de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación aplicada por ella, a condición, sin embargo, de que los períodos de empleo hubieran sido considerados como períodos de seguro en el supuesto de haber sido cubierto bajo dicha legislación», siempre que, además, el interesado haya cubierto en último lugar períodos de seguro con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones¹⁷⁰.

El problema así planteado ofrece distintos flancos hábilmente puestos de relieve en la formulación de las cuestiones prejudiciales planteadas por los Juzgados de lo Social n.º 1 y n.º 2 de Santiago de Compostela mediante Autos de 9 y 13 de marzo 1995 que, acumuladas¹⁷¹, fueron resueltas finalmente por la Sentencia MARTÍNEZ LOSADA^{172, 173}.

Tras afirmar que este subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años es una prestación de desempleo en el sentido del art. 4.1 Reglamento 1408/71 y aclara que el antiguo art. 48 Reglamento 1408/71 no es aplicable a las prestaciones de desempleo, la STJCE considera que «ni los arts. 48 y 51 del Tratado, ni el Reglamento 1408/71 se oponen a que una legislación nacional exija, para la concesión de un subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años, que el interesado haya cotizado durante un período de quince años a un régimen de pensión de

¹⁶⁹ Últimamente por Reglamentos 118/1997 [LCEur 1997, 199], 1290/1997 [LCEur 1997, 1.929] y 1223/1998 [LCEur 1998, 1.794]. En adelante se cita sólo como Reglamento 1408/71.

¹⁷⁰ En los distintos casos planteados, los trabajadores habían sido, en efecto, beneficiarios de alguna modalidad de subsidio, típicamente, el previsto para emigrantes retornados.

¹⁷¹ Asuntos números C-88/95, C-102/95 y C-103/95.

¹⁷² Entre los varios comentarios que esta resolución ha tenido, puede verse ROJAS CASTRO, M.: «Sentencia comunitaria Martínez Losada y otros, de 29 febrero 1997, C-88/95, 102/95 y 103/95, sobre subsidio por desempleo de los emigrantes retornados mayores de 52 años sin cotizaciones en España. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vuelve a contestar sin aclarar, por falta de una clara exposición de la Ley española en la cuestión prejudicial», *Aranzadi Social*, 1998, V.

¹⁷³ STJCE (Sala 5.ª) de 20 de febrero de 1997, asunto MARTÍNEZ LOSADA Y OTROS, [TJCE 1997, 31].

jubilación en uno o varios Estados miembros». Ahora bien, «corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si el requisito impuesto por el art. 67.3 Reglamento 1408/71 (una persona que ha cubierto períodos de seguro en otro Estado miembro sólo puede prevalerse de estos períodos para obtener una prestación de desempleo en el Estado de que se trate si ha cubierto en último lugar períodos de seguro con arreglo a la legislación de este Estado) se cumple cuando el interesado no ha ejercido nunca una actividad por cuenta ajena en dicho Estado, pero el organismo competente en materia de desempleo haya cotizado en su nombre a los regímenes de seguro de enfermedad y de prestaciones familiares».

Llevada a los concretos casos planteados esta declaración del TJCE, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Santiago de Compostela de 31 marzo 1997 vino a entender, en Sentencia de 31 marzo 1997 que, como quiera que durante el período de percepción del subsidio, la entidad gestora ingresa las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia, «nos encontramos en presencia de períodos de seguro, en los términos previstos en el artículo 1 r) del Reglamento 1408/71, dándose por cumplido por tanto el requisito previsto en el artículo 67.3 del mismo Reglamento».

Ello es así porque «ni la norma comunitaria ni la sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE exigen en ningún momento que los períodos de seguro lo sean a la misma contingencia o a la misma situación de riesgo cuya prestación se pretende lucrar».

Como, por otra parte, «el derecho al subsidio no queda subordinado al requisito de que el interesado haya cotizado, durante el período requerido, al régimen de pensión de jubilación de la Seguridad Social española (sino) que basta con que los interesados hayan cotizado durante quince años al Régimen de la Seguridad Social de otro Estado miembro o con que hayan cotizado durante el mismo período, en parte al Régimen Español y en parte al Régimen de otro Estado miembro», resulta que, en el caso concreto planteado al Juzgado el demandante cumplía los requisitos legales para acceder a la prestación interesada.

Esto es, por una parte, el requisito comunitario de que el interesado haya cubierto en último lugar períodos de seguro con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones se entiende satisfecho por las cotizaciones efectuadas por el INEM por las contingencias de asistencia sanitaria y prestaciones familiares durante el percibo del subsidio en favor de emigrantes retornados.

Por otra parte, no se hace causa de la posibilidad actual o futura de acceder a una pensión de jubilación en España ¹⁷⁴, o en otro Estado miembro, durante los períodos de tiempo que la legislación española exige para lucrar una pensión de jubilación (quince años, de los cuales, en aquel momento, dos debían serlo en los ocho anteriores al hecho causante).

¹⁷⁴ Como sí hiciera la STS 28 febrero 1994 [RJ 1994, 1.529] al interpretar que debían acreditarse cotizaciones suficientes para causar derecho en su momento a una pensión española de jubilación.

En cambio, la falta de estos períodos de cotización decidió que por Sentencia de 10 abril 1997, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Santiago de Compostela desestimara la demanda similar ante el mismo planteada.

Y ello, aun admitiendo tanto que «los períodos de cotización de la actora en la República Federal de Alemania han de ser tenidos en cuenta, tanto para el cómputo del período de seis años de cotización al desempleo, como para el cómputo de los períodos necesarios para tener derecho a obtener pensión de jubilación exigidos por la normativa interna española sobre desempleo», como que el requisito «exigible para tener derecho al subsidio para mayores de 52 años reclamado, no (es) que (el trabajador) tenga derecho a pensión de jubilación por otro país miembro de la UE, sino un período de cotización de quince años, que es el que establece (la legislación española) para acceder a la pensión de jubilación» y un «período de carencia específico de dos años cotizados dentro de los últimos ocho inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante».

La solución del problema todavía tendría su epílogo en forma de una nueva cuestión prejudicial planteada igualmente por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Santiago de Compostela mediante Auto de 30 de abril 1997 ¹⁷⁵.

En realidad, la duda del juzgador es coetánea de las que motivaron las anteriores cuestiones prejudiciales. Sin embargo, propuesta en su momento, el Presidente del TJCE decidió, vista su coincidencia con las ya formuladas, suspender el curso de la misma hasta que el Tribunal hubiera dictado sentencia en los asuntos ya planteados.

Dictada la STJCE de 20 de febrero 1997 ¹⁷⁶, el Juzgado insiste, no obstante, en su petición de decisión prejudicial, bien que debidamente reformulada ¹⁷⁷.

1.1. El Asunto Zabala Erasun y la STJCE de 15 de junio de 1995 ¹⁷⁸.

El asunto ZABALA ERASUN se planteó por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por dos autos ¹⁷⁹ de 1 y 22 de junio de 1993.

¹⁷⁵ Asunto 320/1995.

¹⁷⁶ STJCE (Sala 5.ª) 20 febrero 1997, asunto MARTÍNEZ LOSADA Y OTROS [TJCE 1997, 31].

¹⁷⁷ Y ello que, como observa DESDENTADO BONETE, A. en «Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 12, 1998, pág. 23, la respuesta que al problema planteado da esta última resolución «no cubre el alcance de la pregunta».

¹⁷⁸ Aunque inicialmente planteadas sobre la interpretación de los artículos 4, 5 y 97 del Reglamento 1408/1971, del Consejo, de 14 de junio de 1971 [LCEur 1983, 411/1], relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad, las cuestiones prejudiciales acumuladas C-422/1993, C-423/1993 y C-424/1993 han tenido una solución procesal en STJCE (Sala 4.ª) de 15 junio 1995 [TJCE 1995, 94], asunto ZABALA ERASUN Y OTROS.

¹⁷⁹ En efecto, suscitadas por dos autos del TSJ País Vasco de 1 junio 1993 y 22 junio 1993 durante la tramitación de tres distintos recursos de suplicación planteados en pleitos sobre subsidio por desempleo por trabajadores españoles que bajaron durante diferentes períodos en la zona fronteriza francesa, las citadas cuestiones prejudiciales pedían al TJCE

El problema interpretativo versaba sobre el subsidio asistencial de desempleo y concretamente sobre la aplicación de la totalización de los períodos de cotización prevista en el Reglamento 1408/1971 en relación con la declaración formulada por el Gobierno español a los efectos de los arts. 5 y 97 del Reglamento citado, que no incluía expresamente las mencionadas prestaciones.

Pero después de planteada la cuestión prejudicial las prestaciones reclamadas fueron abonadas a los interesados y España notificó una declaración¹⁸⁰, con arreglo a los arts. 5 y 97 del Reglamento 1408/1971, en virtud de la cual las prestaciones por desempleo del nivel asistencial se consideran comprendidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento. En estas circunstancias, el INEM solicitó al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco que retirase las cuestiones planteadas».

Conocido este hecho, el TJCE preguntó al órgano judicial español si mantenía la cuestión. La respuesta fue que la cuestión se mantenía, porque, a juicio de la Sala del País Vasco el efecto devolutivo derivado del planteamiento de la cuestión le privaba de competencia para resolver sobre el allanamiento y porque además la cuestión prejudicial «escapaba del campo de debate entre las partes» por afectar a intereses generales.

Ante esta tesitura, el TJCE, tras establecer cuál es la pauta general de colaboración entre el mismo y los órganos judiciales nacionales¹⁸¹, advierte que la *res dubia* existente en los litigios principales ha sido clarificada por la sobrevenida modificación de la declaración del Reino de España relativa a la inclusión de la protección asistencial por desempleo en el ámbito del Reglamento 1408/1971, y por el allanamiento del INEM al recurso de suplicación. Por tanto, como, de una parte, los órganos jurisdiccionales nacionales sólo están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en la medida en que ante ellos penda un litigio¹⁸² y, por otra, aquella no se dirige a pedir del TJCE opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, la STJCE (Sala 40) de 15 junio 1994 concluye que «el Derecho comunitario no impide que el órgano jurisdiccional de remisión acepte declarar, con arreglo a su Derecho nacional, que ha habido un allanamiento frente a las pretensiones de los recurrentes y que éste implica, en su caso, la terminación de los procedimientos principales. Mientras que el órgano jurisdiccional de remisión no haya declarado que, con arreglo a su Derecho nacional, el allanamiento no ha implicado dicha terminación, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales».

un pronunciamiento sobre los efectos reales de la notificación hecha por el Estado español en el momento de su integración en la Comunidad Europea en el sentido de entender comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/1971 únicamente el Título I de la Ley 31/1984, de 2 de agosto [RCL 1984, 2.011], de Protección por Desempleo (DOCE, n.º C, 107, de 22 abril 1987 [LCEur 1987, 5.116]).

¹⁸⁰ En realidad, la cuestión que se planteaba sobre el alcance de la declaración del Gobierno español había sido resuelta ya por la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 4.ª de lo Social (STS 4.ª) de 8 de octubre de 1991 (Ar. 7741) y otras sentencias posteriores en sentido favorable a la inclusión del subsidio asistencial. Por lo que a juicio de DESDENTADO BONETE, A. en *Cuestiones prejudiciales comunitarias.....(op. cit.)* era innecesario plantear en 1993 una cuestión prejudicial ante el TJCE para resolver algo que ya había resuelto el Tribunal Supremo en 1991.

¹⁸¹ Cfr. párrafos 13 a 17 de la STJCE (Sala 40) de 15 junio 1995 [TJCE 1995, 94], Asunto ZABALA ERASUN Y OTROS.

¹⁸² Cfr. STJCE de 21 abril 1988 [TJCE 1988, 136], Asunto PARDINI.

Para el TJCE, «en caso de remisión prejudicial, al Tribunal de Justicia sólo se le dirige la petición de interpretación o la petición de apreciación de validez, sin atribuir el asunto» y «en consecuencia, el órgano jurisdiccional nacional sigue conociendo del asunto, que queda pendiente ante él». Por otra parte, se señala que «la justificación de la remisión prejudicial y, por consiguiente, de la competencia del Tribunal de Justicia, no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio»¹⁸³.

1.2. El Asunto *Martínez Losada* y la STJCE de 20 de febrero de 1997.

Los casos planteados por los Juzgados de lo Social n.º 1 y n.º 2 de Santiago de Compostela por autos de 9 y 13 de marzo de 1995, respectivamente, sobre subsidio de desempleo para los trabajadores mayores de 52 años y, en concreto, sobre la aplicación de los requisitos del período mínimo de cotización y el acceso a la pensión de jubilación, fueron resueltos conjuntamente por el TJCE en su Sentencia de 20 de febrero de 1997, Asunto MARTÍNEZ LOSADA Y OTROS¹⁸⁴.

Se trataba de emigrantes que nunca trabajaron en España o trabajaron períodos de tiempo insuficientes para poder causar una pensión española de jubilación (ni de forma independiente, ni aplicando la totalización de períodos), pero que, por su carrera de seguro en otro Estado miembro, podían acreditar cotizaciones necesarias para en su momento causar derecho a la pensión de jubilación en ese Estado.

Antes de la jubilación regresan a España y perciben el subsidio de desempleo por cargas familiares o como emigrantes retornados. Durante la percepción de estos subsidios la Entidad Gestora cotiza a la Seguridad Social española, pero sólo por asistencia sanitaria y protección a la familia; no por jubilación.

Los interesados solicitan luego el subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y dos años y el INEM deniega la prestación por no acreditar que existen cotizaciones suficientes para causar derecho en su momento a una pensión española de jubilación¹⁸⁵.

Los puntos centrales de la cuestión se referían, en primer lugar, a si el art. 67 del Reglamento 1408/1971 obliga a computar los períodos de cotización completados en un Estado miembro para acceder al derecho al subsidio «en la medida en que con tales cotizaciones se puede alcanzar derecho a la pensión de jubilación en un país miembro», aunque en España las cotizaciones resulten inferiores a un año.

¹⁸³ Es lo que se denomina *Test casu*, vid. BREALEY, M. en *Remedies in E. C. Law*, Ed. Longman, London 1994.

¹⁸⁴ STJCE (Sala 5.ª) de 20 de febrero de 1997 [TJCE 1997, 31], Asunto MARTÍNEZ LOSADA Y OTROS. Cuestiones prejudiciales (acumuladas) planteadas por los Juzgados de lo Social n.º 1 y n.º 2 de Santiago de Compostela por autos de 9 y 13 de marzo de 1995.

¹⁸⁵ Criterio coincidente con el mantenido por la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4.ª de lo Social de 28 de febrero de 1994 (Ar. 1529).

En segundo lugar, se preguntaba si «la exigencia a los trabajadores migrantes de que para causar el subsidio por desempleo previsto para los mayores de cincuenta y dos años, se acredite tener derecho, salvo la edad, a pensión de jubilación con cargo al Sistema de Seguridad Social española, excluyendo de su percepción a los que acrediten tal derecho en cualquier otro Estado miembro, ¿puede ser contraria al art. 48, apartado 2 y al art. 51 del Tratado Fundamental de la CE?».

El TJCE respondió a estas preguntas en su Sentencia de 20 de febrero de 1997, señalando que un subsidio como el previsto por la Ley General de la Seguridad Social española en favor de los desempleados mayores de cincuenta y dos años constituye una prestación de desempleo en el sentido del apartado 1 del art. 4 del Reglamento 1408/1971.

Establece también la Sentencia que el art. 48 del Reglamento no es aplicable a las prestaciones de desempleo y que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si el requisito impuesto por el apartado 3 del art. 67 del Reglamento 1408/1971, según el cual una persona que ha cubierto períodos de seguro en otro Estado miembro sólo puede prevalerse de estos períodos para obtener una prestación de desempleo en el Estado de que se trate si ha cubierto en último lugar períodos de seguro con arreglo a la legislación de este Estado, se cumple cuando el interesado no haya ejercido nunca una actividad por cuenta ajena en dicho Estado, pero el organismo competente en materia de desempleo haya cotizado en su nombre a los regímenes de seguro de enfermedad y de prestaciones familiares.

Por último, la Sentencia aclara que ni los arts. 48 y 51 del Tratado, en su numeración anterior, ni el Reglamento 1408/1971 se oponen a que una legislación nacional exija, para la concesión de un subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años, que el interesado haya cotizado durante un período de quince años a un régimen de pensión de jubilación en uno o varios Estados miembros. Éste era el punto decisivo, pero la respuesta no cubre el alcance de la pregunta, pues lo que ésta planteaba no era la validez de la exigencia de los quince años de cotización computando cuotas españolas y de otros Estados miembros, sino algo distinto: la validez de la regla que excluye que pueda entenderse cumplido el requisito de poder acceder a una pensión de jubilación española acreditando el derecho futuro a la pensión de jubilación de otro Estado miembro.

1.3. El Asunto Ferreiro Alvite y la STJCE de 25 de febrero de 1999.

Se trata de una cuestión planteada por auto del Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela de 21 de septiembre de 1995. Versa también sobre el subsidio de desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años. Tiene, por tanto, el mismo contenido que la cuestión del caso MARTÍNEZ LOSADA.

Aparentemente, la insistencia no tiene que ver tanto con las posibles dudas de interpretación de la STJCE como con la contradicción existente entre lo postulado por el Gobierno español ante el Tribunal y la práctica por el INEM en la tramitación de las solicitudes de subsidio por desempleo presentadas por trabajadores migrantes.

En efecto, aunque el Gobierno español había reconocido expresamente que el derecho al subsidio para mayores de cincuenta y dos años no se subordinaba al requisito de que el interesado hubiera cotizado, durante el período requerido, al régimen de pensión de jubilación de la Seguridad Social española, y que bastaba con que los interesados hubieran cotizado durante quince años al régimen de Seguridad Social de otro Estado miembro o con que hubieran cotizado, durante el mismo período, en parte al régimen español y en parte al régimen de otro Estado miembro, al parecer la Entidad Gestora seguía denegando dicha prestación basándose en la necesidad de tener reconocido algún período de seguro en España por la contingencia de vejez.

En concreto, lo que ahora se pide del TJCE es que decida si el período de carencia que el interesado debe haber cubierto para lucrar el subsidio de desempleo para los desempleados mayores de cincuenta y dos años es el determinado exclusivamente por la legislación española o, también el previsto por la legislación del Estado o de los Estados miembros a cuyos regímenes de Seguridad Social aquél ha cotizado.

En este sentido, hay que recordar que ya la anterior STJCE de 29 de febrero 1997 había considerado que ninguna norma comunitaria se opone a que una legislación nacional exija, para la concesión de un subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años, que el interesado haya cotizado durante un período de quince años a un régimen de pensión de jubilación en uno o varios Estados miembros. Y siendo así, es evidente que la cuestión que ahora se plantea al TJCE apunta en otra dirección; a saber: la posibilidad de considerar cumplido el requisito relativo a poder lucrar pensión de jubilación cuando ésta puede obtenerse en el futuro en otro Estado miembro en el que se exige, a estos efectos, un período de carencia menor.

La respuesta que da ahora la Sentencia FERREIRO ALVITE ¹⁸⁶ es rotunda ¹⁸⁷ y establece que «el período de carencia que el interesado debe haber cubierto para poder percibir un subsidio por desempleo, como el establecido para los desempleados mayores de cincuenta y dos años por la Ley General de la Seguridad Social, cuyo Texto Refundido se aprobó mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 24 de junio ¹⁸⁸, es el determinado por la legislación de este Estado miembro, siempre y cuando dicho período también se considere cubierto mediante cotizaciones abonadas, en todo o en parte, a los regímenes de Seguridad Social de otro u otros Estados miembros».

¹⁸⁶ Sentencia (Sala 5.ª) de 25 febrero 1999, asunto FERREIRO ALVITE [TJCE 1999, 32].

¹⁸⁷ En este punto sí coincide con la ofrecida en su día por la STS 28 febrero 1994 [RJ 1994, 1.529] que negó virtualidad a estos efectos a la pensión extranjera.

¹⁸⁸ RCL 1994, 1.825.

2. Cuestiones prejudiciales en materia de pensiones.

Como regla general ¹⁸⁹, a tenor del artículo 138 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), son beneficiarios de las prestaciones por invalidez permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, estando afiliadas y en alta o situación asimilada al alta ¹⁹⁰, hayan cubierto un período mínimo de cotización ¹⁹¹.

En cuanto a la cuantía de la pensión correspondiente, la misma se calcula aplicando un porcentaje no relacionado con los períodos de cotización a unas bases predeterminadas ¹⁹².

Desde la perspectiva del Derecho Comunitario, el problema se presenta a la hora de calcular la pensión de invalidez correspondiente a un trabajador que, además de en España, ha cubierto período de cotización en otro u otros Estados comunitarios. En tal caso, en efecto, deben decidirse dos cuestiones.

¹⁸⁹ Ello no obstante,

1. El requisito de alta se considera cumplido de pleno Derecho a efectos de accidente de trabajo, enfermedad profesional y desempleo (también a efectos de asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral);
2. No se exige período previo de cotización cuando la invalidez permanente es debida a accidente, sea o no laboral, o de enfermedad profesional; y
3. Las pensiones de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta.

¹⁹⁰ Cfr: art. 124.1 LGSS.

¹⁹¹ De:

- a) La mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplieran dieciséis años y la del hecho causante de la pensión, si el sujeto causante tiene menos de veintiséis años de edad; o
- b) Un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que se hayan cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años, si el causante tiene cumplidos veintiséis años de edad (en este caso, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante).

¹⁹² Si se trata de invalidez permanente derivada de contingencias profesionales, dicha base se calcula sobre salarios reales. En cambio, si se trata de invalidez permanente derivada de contingencias comunes, la base reguladora de las pensiones viene dada por el cociente resultante de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante; bien entendido que:

1. Mientras que las bases correspondientes a los 24 meses anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante se computan por su valor nominal, las restantes han de actualizarse;
2. Cuando no haya existido obligación de cotizar durante todo o parte del período que haya de tomarse en cuenta para el cálculo de la base reguladora, las lagunas se integran con la base mínima para trabajadores mayores de dieciocho años; y
3. La base reguladora no puede ser inferior a la base mínima prevista por la normativa vigente ni superior a la base máxima (art. 140 LGSS).

En primer lugar, cómo se calcula la base reguladora de la pensión española y muy particularmente si ha de hacerse teniendo en cuenta las bases por las que se ha cotizado en otro Estado comunitario durante el período inmediatamente anterior a la fecha de la invalidez, con el límite de las bases máximas de cotización existentes en España en ese tiempo y computando, en su caso, como bases mínimas los períodos no cotizados.

Y, en segundo lugar, si la cuantía de la pensión ha de calcularse a prorrata de los períodos de seguros cubiertos en España, en relación con los cubiertos en los otros Estados, o sólo respecto del período mínimo de cotización necesario, conforme a la legislación española, para adquirir el derecho a pensión.

Así planteado, la solución del caso pasa por la interpretación y aplicación de lo dispuesto en los artículos 37 a 43 Reglamento 1408/71, pero también en los artículos 44 a 51 (Vejez y muerte) toda vez que el artículo 40.1 remite a sus reglas en los casos en que el beneficiario de la pensión de invalidez ha estado sujeto tanto a legislaciones tipo A que, como la española, cifran la «cuantía de las prestaciones de invalidez (independientemente) de la duración de los períodos de seguro» (art. 37.1), como a legislaciones tipo B que, como la alemana, sí tienen en cuenta la duración de los períodos de seguro para determinar la cuantía de las prestaciones ¹⁹³.

La sujeción del trabajador a ambos tipos de legislaciones permite que, «en la medida necesaria», la institución competente de uno de los Estados tenga en cuenta «los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación (del otro Estado) como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que aplique» ¹⁹⁴, liquidándose entonces las prestaciones según lo prevenido en el art. 46.2 del repetido Reglamento.

Por una parte, pues, la institución competente del Estado en que se curse la solicitud calculará «la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador (...) hayan sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación».

Y, por otra parte, «determinará el importe efectivo de la prestación prorrateando la cuantía teórica (así determinada) entre la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados» ¹⁹⁵. Por su parte, el art. 47.1 del Reglamento advierte, además, que «si la duración

¹⁹³ Sobre esta distinción, véase Anexo IV del Reglamento. En la doctrina, por todos, COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ, J.M. y SALA FRANCO, T.: *Derecho Social Comunitario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 228 y ss.

¹⁹⁴ *Cfr.* artículo 45.1 del Reglamento.

¹⁹⁵ Al respecto, véase MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Derecho Social Comunitario*, Tecnos. Madrid, 1994, págs. 277 y ss.

total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de los Estados afectados resulta superior a la duración máxima exigida por la legislación de uno de esos Estados para obtener una prestación completa, la institución competente de este Estado tomará en consideración dicha duración máxima en vez de la duración total de dichos períodos».

Se trata, pues, de una regulación en extremo compleja, aunque interesa subrayar que para el TS tales dudas hacían innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial. A su parecer ¹⁹⁶, el cálculo de la base reguladora correspondiente a la pensión reconocida con arreglo a las normas del Derecho Comunitario debía hacerse según la media aritmética de las bases máxima y mínima de cotización vigentes anualmente en España durante el período en que el trabajador estuvo vinculado a la Seguridad Social de otro país, y que correspondieran a un trabajador de la misma categoría profesional que la que desempeñaba el beneficiario. Por tanto, la ausencia de datos correspondientes a la base reguladora, no llevaba a considerar como bases medias las «bases mínimas actualizadas» vigentes durante el período expresado, sino que debían computarse asimismo las determinadas aritméticamente entre las mínimas y las máximas de cada anualidad ¹⁹⁷.

La cuestión, sin embargo, no era tan pacífica ¹⁹⁸, lo que provocó, la decisión final del TSJ País Vasco de plantear hasta seis distintas cuestiones prejudiciales, algunas de ellas con varios interrogantes, que obligó al TJCE a responder oportunamente.

Además, el problema se hacía extensible a los casos en que la pensión a determinar era la de jubilación.

2.1. Pensión de jubilación: el régimen de incompatibilidad de la pensión de jubilación y la actividad en la función pública previsto en una ley de presupuestos. El Asunto Giménez Zaera y la STJCE de 29 de septiembre de 1987.

Este asunto, ya histórico, fue planteado por el extinto TCT por un auto ¹⁹⁹ de 21 de marzo de 1986 que tuvo el discutido honor de ser la primera cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades por un órgano judicial español, y que fue objeto de una valoración nega-

¹⁹⁶ Vid. STS 25 febrero 1992 [RJ 1992, 1.376].

¹⁹⁷ Sobre esta reiteradísima doctrina cuyo exponente es la STS 15 octubre 1993 [RJ 1993, 7.604], vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1995*, Editorial Aranzadi. Pamplona 1996, págs. 396 y ss.

¹⁹⁸ Así lo prueba el voto particular incorporado a la STS de 25 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2.560].

¹⁹⁹ A juicio de RUIZ-JARABO COLOMER, D. en *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 103, el texto del auto es excesivamente largo, confuso y discursivo, con complicados razonamientos, que provocaron serios problemas al Servicio de Traducción del Tribunal, a la hora de verter sus intrincadas frases a los demás idiomas oficiales de la Comunidad.

tiva por parte de la doctrina, tanto por el desconocimiento esencial de algunos aspectos básicos del Derecho Comunitario de que es exponente, como por la ausencia de todo rigor en la formulación de las preguntas al Tribunal de Luxemburgo ²⁰⁰.

El tema de fondo era el siguiente: a partir de una regulación específica de la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el salario por trabajo en la función pública ²⁰¹, se suscitaba una cuestión de mayor alcance sobre las regulaciones «regresivas» en materia de Seguridad Social y sobre la utilización de la legislación coyuntural.

Se preguntaba, en primer lugar, si eran conformes a los objetivos de promoción del Tratado de Roma las regulaciones regresivas incluidas en las leyes de presupuestos. Se cuestionaba también la técnica legislativa utilizada. Y, finalmente, se planteaba si «¿cabe modificar o suspender, en nombre del concepto indeterminado de solidaridad, las funciones sociales que el ordenamiento jurídico comunitario atribuye al principio general de elevación acelerada del nivel de vida, a la finalidad de mejora de condiciones de vida por medio de la igualación en el progreso y a la acción armonizadora de los poderes públicos, con el designio que tales objetivos comparten?».

La respuesta de la STJCE de 29 de septiembre de 1987 señaló en síntesis que:

1. La armonización de las legislaciones prevista en el Tratado no tiene por objeto las técnicas legislativas.
2. El carácter programático ²⁰² de los objetivos sociales del Tratado no implica que éstos carezcan de todo efecto jurídico, pero que la realización de esos objetivos debe ser resultado de una política social, cuya realización y definición corresponde a las autoridades competentes, y
3. Ni el art. 2 ni los arts. 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.

El texto del auto del extinto TCT se reprodujo en otras dos cuestiones prejudiciales formuladas por la antigua Magistratura de Trabajo, hoy Juzgado de lo Social n.º 19 de Barcelona y por la antigua Magistratura de Trabajo, hoy Juzgado de lo Social n.º 9 de Madrid, en sendos autos de fechas

²⁰⁰ Sobre ello en particular, *vid.* VILÁ COSTA, Blanca en *La primera cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades por un órgano judicial español*, La Ley 1986, vol. 4, págs. 391 y ss.

²⁰¹ *Cfr.* artículo 52 de la Ley de Presupuestos para 1984.

²⁰² Este carácter programático de los preceptos cuya interpretación se solicitaba ya había sido declarado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las Sentencias DEFRENNE de 8 de abril de 1976, as. 43/75, Rec. pág. 455, y BILKA, de 13 de mayo de 1986, as. 170/84, Rec. pág. 1.620, entre otras.

1 de septiembre de 1987 y de 13 de octubre de 1986, respectivamente. Pero ambas cuestiones fueron retiradas al conocerse la doctrina de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 29 de septiembre de 1987 ²⁰³.

2.2. Pensión de invalidez y jubilación: el problema de la determinación de la base reguladora de las pensiones en caso de totalización de períodos y aplicación de la cláusula pro rata temporis. Los Asuntos Lafuente Nieto, Naranjo Arjona y Grajera Rodríguez.

Los tres asuntos versan sobre el mismo problema, por lo que parece conveniente exponerlos de forma conjunta, aunque siguiendo la serie cronológica.

El problema de fondo surge como consecuencia de la aplicación de la totalización de períodos y de la cláusula *pro rata temporis* ²⁰⁴.

No suelen plantearse problemas en el cómputo del período de cotización, ni en la fijación del porcentaje. Pero sí se suscitan dificultades importantes en la determinación de la base reguladora, porque la legislación española prevé un período de cómputo de entre ocho y quince años (o excepcionalmente dos años), que han de ser los inmediatamente anteriores al hecho causante. Pero, dadas las características de la emigración española, en esos años no hay cotizaciones españolas, porque éstas se han completado normalmente en el país europeo de emigración. ¿Qué bases hay que tomar entonces?

En teoría caben varias alternativas. Una de ellas, que fue aplicada por la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo interpretando el Convenio bilateral hispano-alemán, consiste en tomar las bases del Estado miembro donde se haya cotizado realmente en los años de cómputo y convertirlas en bases españolas con valores ajustados a los límites de las tarifas de cotización. Es la llamada solución de las *bases máximas*, porque las bases extranjeras suelen superar el límite de la tarifa.

Pero también podrían aplicarse *bases mínimas*, si la laguna de cotización española en los últimos años a que se refiere el cómputo se integrara siguiendo la regla del art. 140.4 de la LGSS.

La Sala 4.^a del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 25 de febrero de 1992, optó, sin embargo, por la aplicación de las *bases medias* dentro del grupo de la escala que corresponde a la categoría del trabajador en los años de cómputo.

²⁰³ Vid. RUIZ-JARABO *op. cit.*, pág. 104.

²⁰⁴ Las reglas son simples: primero se toman en consideración todos los períodos de cotización completados en los distintos Estados miembros en los que el interesado ha realizado cotizaciones; luego se calcula el importe de la pensión teórica por cada Estado miembro de acuerdo con su legislación, pero computando todo el período de cotización totalizado; por último, la pensión efectiva a cargo de cada país se determina en proporción al período de cotización cumplido en ese país sobre el total computado.

Es una solución que parte de la referencia del art. 47.1.e) del Reglamento 1408/1971²⁰⁵, pero que supone también una solución intermedia entre las dos tesis anteriores (máximas *vs.* mínimas), y permite actualizar la base de cálculo con la media que hubiera correspondido en atención a la categoría del trabajador.

2.2.1. El Asunto Lafuente Nieto y la STJCE de 12 de septiembre de 1996.

La respuesta del Tribunal comunitario a las cuestiones planteadas por el TSJ País Vasco se contiene en la STJCE (Sala 5.ª) de 12 de septiembre de 1996 (Asunto C-251/1994, LAFUENTE NIETO). En ella, el Tribunal aclara primeramente, que la «letra e) del apartado 1 del artículo 47 del Reglamento (actual letra g) hace referencia a un régimen de cálculo de las prestaciones por invalidez fundado en una base media de cotización como el previsto por la legislación española».

Por una parte, porque es patente que en nuestro sistema el legislador ha querido desvincular el cálculo de las prestaciones por invalidez permanente derivada de contingencias comunes de la cuantía real de los ingresos del beneficiario, de las cotizaciones o de los incrementos percibidos durante todos los periodos de seguro o de residencia.

Y, por otra, porque el apartado en cuestión fue introducido precisamente en virtud de los dispuestos en el Anexo I, Parte VIII del Acta de Adhesión del Reino de España y Portugal a las Comunidades Europeas²⁰⁶.

Supuesto lo anterior, de lo que se trata entonces es de decidir cómo han de tomarse en consideración los períodos cotizados en otros Estados miembros cuyas legislaciones son del llamado tipo B, sin vulnerar el principio incorporado al artículo 51 del TUE. Y, en tal sentido, afirma el TJCE que la letra e) del apartado 1 del artículo 47 del Reglamento (actual letra g), interpretada conforme al objetivo fijado por el artículo 51 del TUE, implica que:

- 1.º «El cálculo de las bases media de cotización se funda únicamente en el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación de que se trata»; y
- 2.º «La cuantía teórica de la prestación así obtenida será adecuadamente revalorizada y aumentada como si el interesado hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata»²⁰⁷.

²⁰⁵ Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983 [LCEur 1983, 411].

²⁰⁶ RCL 1986, 2/05 y LCEur 1986, 6.

²⁰⁷ La sentencia ha tenido numerosos comentarios y a ellos se hace remisión ahora. Entre otros, LUJÁN ALCARAZ, J.: «Determinación de la base reguladora y cálculo del importe de la pensión de invalidez (y jubilación) reconocida a emigrantes retornados», *Aranzadi Social* n.º 19, 1996, págs. 7 y ss., RÍOS SALMERÓN, B.: «Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez. Nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, Caso "Lafuente"», *Actualidad laboral*, 1997, n.º 1, págs. 1. y ss.

Esta manera de solucionar la cuestión no resuelve, sin embargo, todos los interrogantes suscitados; e incluso acaba siendo contradictoria con la propia fundamentación de la declaración ²⁰⁸. En realidad, la sentencia parece dar cabida a dos distintos sistemas de cálculo:

- a) Un cómputo «bastante problemático en la práctica» sólo de las bases de cotización realmente satisfechas al INSS por el emigrante antes de su salida (o entre sus salidas de España), aunque debidamente actualizadas y revalorizadas ²⁰⁹; y
- b) Un cómputo de las bases de cotización que el trabajador habría tenido hasta el momento del hecho causante de no haber emigrado nunca o de «bases reales últimas españolas revalorizadas como trabajador ficticio en España» ²¹⁰.

Hay que advertir que, en todo caso, la Sentencia LAFUENTE NIETO interpreta y aplica, para un hecho causante anterior a 1992, el texto del Anexo VI, D del Reglamento 1408/71 ²¹¹ no modificado aún por Reglamento 1248/1992, de 30 abril ²¹². Y es que, tras la reforma, el apartado D.4 b) del Anexo VI dispone, tanto que «el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la cotización a la seguridad social española», como que «la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza». Esta nueva redacción resultaría, igualmente, objeto de controversia. De ello se trata a continuación.

2.2.2. El Asunto Naranjo Arjona y la Sentencia del TJCE de 9 de octubre de 1997.

En efecto, también la STJCE (Sala 5.^a) de 12 de septiembre 1996 ²¹³ ha tenido su epílogo en forma de dos nuevas cuestiones prejudiciales, planteadas la primera por Autos del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 15 y 17 de enero de 1996 (Asunto NARANJO ARJONA Y OTROS) y la segunda por Auto del Tribunal Supremo de 17 marzo 1997 ²¹⁴ (Asunto GRAJERA RODRÍGUEZ).

²⁰⁸ Véase, ROJAS CASTRO, M.: «Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación», *Aranzadi Social*, 1997, V, págs. 127 y ss.

²⁰⁹ Cfr: STSJ Madrid 13 noviembre 1996 [AS 1996, 3.739].

²¹⁰ Cfr: STSJ País Vasco 5 noviembre 1996 [AS 1996, 3.755].

²¹¹ LCEur 1983, 411/1.

²¹² LCEur 1992, 1.580.

²¹³ STJCE (Sala 5.^a) de 12 septiembre 1996, Asunto C-251/1994, LAFUENTE NIETO (TJCE 1996, 150).

²¹⁴ RJ 1997, 2.566.

Una y otra pretenden, en realidad, que se clarifique el alcance de la doctrina LAFUENTE NIETO, a la que nos referíamos anteriormente, a la vista de la nueva redacción del punto 4 del Anexo VI. D del Reglamento 1408/71 ²¹⁵ impuesta por el Reglamento 1248/1992, de 30 abril ²¹⁶.

El examen particular de los distintos supuestos de hecho ilustra, además, sobre la variedad de formas en que se concreta el problema principal del cálculo de la pensión de invalidez o jubilación de emigrantes retornados. En el Asunto NARANJO ARJONA Y OTROS, el TJCE debe estudiar tres asuntos acumulados:

- a) El primero de ellos es el asunto número C-31/1996, que trae causa de la reclamación planteada por trabajador de nacionalidad española, que ejerció sus actividades como asalariado en España entre 1952 y 1965 y en Alemania desde 1966 a 1991 (no obstante, siguió cotizando a la Seguridad Social española hasta 1968). Éste solicitó la pensión de jubilación de la Seguridad Social española que el INSS le reconoció, con efectos de 1 de abril de 1991 y calculada tomando como base reguladora la suma de las cotizaciones abonadas en España entre 1962 y 1968. El trabajador consideró, por el contrario, que debieron tener en cuenta las cotizaciones ingresadas en Alemania entre 1962 y 1991.
- b) El segundo es el asunto C-32/96, que plantea el caso de otro trabajador que cotizó a la Seguridad Social española entre 1942 y 1962 y a la alemana de 1963 a 1989. En este último año, la institución competente de Alemania le reconoció el derecho a una pensión de invalidez permanente con efectos de 1 de febrero de 1989 y, en España, el INSS sólo le concedió una pensión de invalidez en el marco del antiguo régimen de Seguridad Social española, correspondiente a una base exclusivamente nacional y que es siempre de cuantía fija.
- c) El tercer y último de los acumulados es el asunto C-33/96, suscitado esta vez por una trabajadora que tras haber prestado servicios en España entre 1961 y 1964, emigró a Alemania donde trabajó entre 1965 y 1987. Como en el Asunto C-32/96, también en este último año la institución competente alemana le reconoció el derecho a una pensión de invalidez, mientras que en España el INSS le denegó una pensión de invalidez permanente. Recurrida esta decisión, jurisdiccionalmente obtuvo el reconocimiento del derecho a una pensión de invalidez permanente total para su profesión habitual, cuyo importe fue calculado tomando como base reguladora los tipos máximos de cotización vigentes en España para trabajadores de su categoría profesional durante el período de cotización en Alemania.

²¹⁵ Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, tal como fue adoptado por la Parte VIII del Anexo I del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a las adaptaciones de los Tratados.

²¹⁶ Reglamento (CEE) 1248/92 del Consejo, de 30 de abril.

La entidad de las dudas que justifican el planteamiento de la cuestión prejudicial en estos casos exige volver a estudiar el Reglamento 1408/71. En concreto, sus artículos 46, 47²¹⁷ y el Anexo VI letra D punto 4.

A tenor del artículo 46.2 a) del Reglamento 1408/71, «la Institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia hayan sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la Institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación. Cuando, con arreglo a dicha legislación la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los períodos cumplidos (caso del Derecho español), dicha cuantía será considerada como la cuantía teórica objeto de la presente letra».

Por su parte, el artículo 47.1 del Reglamento en cuestión establece las reglas particulares para el cálculo de dicha cuantía teórica, determinando, en lo que ahora interesa (letra g) que «la institución competente de un Estado miembro disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media, determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado».

Por último, el Anexo VI del Reglamento citado, relativo a las «Modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de ciertos Estados miembros», se ocupa en su letra D de las admitidas para España y, también en lo que aquí interesa, su apartado 4 señala que:

- a) «en aplicación del artículo 47 del Reglamento, el cálculo de la pensión teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española»; y
- b) «la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y *hasta el año anterior al hecho causante*, para las pensiones de la misma naturaleza»²¹⁸.

A la vista de este sustrato normativo, la pregunta que formula el TSJ de Extremadura para resolver los tres litigios ante el mismo planteados no puede ser más sencilla: ¿qué se entiende en el artículo 47.1 g) del Reglamento 1408/71 por base media determinada «en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado»? Y es que, para el Tribunal ello puede significar una de estas dos cosas:

²¹⁷ Ambos incluidos en el Capítulo III del Título III, relativo a pensiones de «Vejez y muerte», pero aplicables igualmente a las pensiones de invalidez cuando el trabajador migrante ha estado sujeto a legislaciones tipo A (la española) y tipo B (la alemana) a tenor del art. 40.1 del citado Reglamento.

²¹⁸ Adviértase que la frase en cursiva ha sido suprimida tras una nueva adaptación del Anexo por Reglamento 1223/98, del Consejo, de 4 de junio de 1998 [LCEur 1998, 1.794].

- a) la base teórica «máxima, media o mínima que en cada momento establece la legislación de un Estado para el abono de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social»; o
- b) «la media de las bases reales, de lo realmente cotizado por el individuo afectado, con independencia de lo que hubiere tenido que cotizar en los períodos trabajados en España con arreglo a la legislación de este Estado».

Dicho de otra manera, lo que ahora se pide al TJCE es que resuelva, aunque para la redacción del Anexo VI resultante de su reforma en 1992, las dudas que la Sentencia LAFUENTE NIETO no había resuelto ²¹⁹. Y ello es lo que hace la Sentencia NARANJO ARJONA Y OTROS, al optar por la segunda de las alternativas.

En efecto, conforme a su parte dispositiva, la regla del art. 47.1 g) del Reglamento 1408/71 «implica que, en situaciones como las que son objeto de los procedimientos principales, el cálculo de la base media de cotización se funda sólo en el importe de las cotizaciones realmente pagadas con arreglo a la legislación de que se trata y que la cuantía teórica de la prestación así obtenida será debidamente revalorizada y aumentada como si los interesados hubiesen seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de qué se trata».

En definitiva, «en caso de litigio sobre las modalidades de determinación de las bases de cotización iniciales que deben tomarse en consideración y sobre el método de actualización de dichas bases y de revalorización de la cuantía de la pensión que de él resulta, corresponde al órgano jurisdiccional que conozca del litigio determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más apropiados para alcanzar dicho resultado» ²²⁰.

Como consecuencia de todo lo expuesto (y a ello se refiere la parte dispositiva de la Sentencia) es que no existen en las normas así interpretadas «elementos que puedan afectar a la validez de lo dispuesto en el punto 4 de la letra D) del Anexo VI del Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, tal como fue adoptado por la Parte VIII del Anexo I del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa) a las adaptaciones de los Tratados, y posteriormente por el Reglamento (CEE) 1248/92 del Consejo, de 30 de abril».

²¹⁹ Vid. páginas 57 y 58.

²²⁰ Párrafo 24 de la STJCE (Sala 5.ª) de 17 diciembre 1998.

2.2.3. El Asunto Grajera Rodríguez y la STJCE de 17 de diciembre de 1998.

Por otro lado, el asunto GRAJERA RODRÍGUEZ ²²¹ nace de la solicitud de una pensión de jubilación cursada por un emigrante retornado que ha realizado actividades por cuenta ajena tanto en España, como en Alemania durante distintos períodos de tiempo (en España entre 1953 y 1961 y entre 1967 y 1969 y en Alemania entre 1961 y 1967 y desde 1969 hasta 1993) y al que el INSS concedió una pensión de jubilación calculada a partir de la revalorización de las cotizaciones abonadas exclusivamente en España.

Resuelto finalmente por la STJCE (Sala 5.ª) de 17 diciembre 1998 plantea el mismo problema aunque desde la distinta perspectiva que ofrece el Anexo VI letra D) punto 4 del Reglamento citado ²²².

Esto es, admitido que el art. 47.1 g) del Reglamento citado obliga a calcular el importe de la pensión atendiendo a una base de cotización media determinada en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación española, y como quiera que tratándose de pensión de jubilación hay que estar a las cotizaciones de los ocho años anteriores al hecho causante ²²³, interesa saber «si, para garantizar la igualdad de trato del trabajador migrante en materia de Seguridad Social, la base reguladora de la pensión española debe calcularse a partir de las bases (teóricas) por las que el trabajador migrante hubiera cotizado de haber permanecido en España durante el período de cómputo anterior al hecho causante que con carácter general establece la legislación española».

Y es que, para el Tribunal Supremo (que plantea la cuestión) parece que dicho derecho sólo queda garantizado cuando se efectúa la actualización de la base de cotización, oponiéndose al mismo la pura revalorización de la cuantía de la pensión calculada sobre las bases de cotización de los ocho años anteriores al último año cotizado en España.

En esta ocasión, la parte dispositiva de la Sentencia comunitaria resulta en extremo parca, sin duda porque la opción entre una y otra alternativa venía ya decantada desde la Sentencia NARANJO ARJONA Y OTROS.

²²¹ Asunto C-153/1997 (TJCE 1998, 319).

²²² Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, tal como fue adoptado por la Parte VIII del Anexo I del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a las adaptaciones de los Tratados, y posteriormente por el Reglamento (CEE) 1248/92 del Consejo, de 30 de abril.

²²³ Arts. 161 y 162 LGSS [RCL 1994, 1.825] en redacción anterior a su reforma por Ley 24/1997, de 15 de julio [RCL 1997, 1.806], de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social.

En efecto, afirma ahora el TJCE que «no procede distinguir, a la luz de los principios del Derecho comunitario, entre la actualización de la base de cotización y la revalorización de la cuantía de la pensión. En ambos casos, el objetivo perseguido es el mismo y debe permitir, a partir de las bases de cotización reales del asegurado antes de trasladarse al extranjero y mediante una actualización efectiva que tenga en cuenta la evolución del coste de la vida y los incrementos de las prestaciones de la misma naturaleza, determinar finalmente una cuantía de pensión que se corresponda con lo que habría percibido el trabajador migrante si hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trate»²²⁴.

Es cierto que ello encierra un problema de aplicación práctica del criterio que no escapa al Tribunal, pero que tampoco resuelve bajo la consideración de que «las dificultades prácticas a la hora de aplicar las normas previstas por el Anexo objeto de litigio... no pueden afectar a la validez de dichas normas»²²⁵. Ahora bien, tampoco duda en rechazar la solución propuesta por el Tribunal Supremo español, en la medida que en dicho método de cálculo «toma como período de referencia un período durante el cual el trabajador migrante no participó efectivamente en la financiación del régimen de Seguridad Social nacional y que, por otra parte, ya se tiene en cuenta con arreglo a la legislación del otro Estado miembro en el que trabajó el interesado»²²⁶.

CAPÍTULO V. ESTUDIO PROCESAL DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES SOCIALES

En este capítulo nos proponemos examinar qué órganos jurisdiccionales del orden social han planteado cuestiones prejudiciales, qué tipo de cuestiones han sido, bien de interpretación o bien de validez, qué materias han suscitado más dudas y si en algún caso se ha incumplido la obligación del reenvío.

En cuanto a los órganos judiciales que han planteado en algún momento la cuestión prejudicial hay que señalar que en nuestro estudio hemos referenciado únicamente aquellas cuestiones prejudiciales que han podido ser resueltas por sentencia del Tribunal de Justicia. Obviamente las cuestiones pendientes de resolver por estar *sub judice*, no se han examinado, siendo el tiempo medio de resolución de una cuestión prejudicial de veinte meses²²⁷. Así, lo cierto es que las cuestiones planteadas y resueltas entre 1986 y 1999 fueron dieciocho que obtuvieron por respuesta once Sentencias del Tribunal de Justicia, debido a las acumulaciones.

²²⁴ Párrafo 21 de la STJCE (Sala 5.ª) de 17 diciembre 1998 [TJCE 1998, 319].

²²⁵ Párrafo 22 de la STJCE (Sala 5.ª) de 17 diciembre 1998.

²²⁶ Párrafo 23 de la STJCE (Sala 5.ª) de 17 diciembre 1998.

²²⁷ Vid. ORTEGA GÓMEZ, M., *op. cit.* pág. 137.

Tales cuestiones prejudiciales fueron planteadas por las diferentes instancias jurisdiccionales que hay en el orden social, desde los Juzgados de lo Social hasta el Tribunal Supremo, pasando por las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y por el hoy extinto TCT cuyas competencias fueron asumidas por las referidas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

La primera cuestión prejudicial planteada la llevó a cabo el antiguo TCT por auto de 21 de marzo de 1986 siendo resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 1987, fue el asunto GIMÉNEZ ZAERA ²²⁸.

No fue hasta 1992 cuando se volvió a plantear una nueva cuestión prejudicial, esta vez por la recién creada Sala de lo Social del TSJ de Cataluña por auto de 31 de julio de 1992, respondiendo el Tribunal de Justicia mediante sentencia de 16 de diciembre de 1993, asunto WAGNER MIRET ²²⁹.

En 1993, mediante autos de 1 y 22 de junio fueron planteadas sendas cuestiones prejudiciales por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco que tras su acumulación fueron resueltas por Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1995, asunto ZABALA ERASUN Y OTROS ²³⁰.

Nuevamente la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco mediante auto 31 de mayo de 1994 formuló varias cuestiones prejudiciales que se resolvieron en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 1996, asunto LAFUENTE NIETO ²³¹.

Los primeros Juzgados de lo Social que plantearon cuestiones prejudiciales fueron los Juzgados de lo Social n.º 1 y n.º 2 de Santiago de Compostela, en concreto por autos de 9 y 13 de marzo de 1995, que acumuladas fueron resueltas por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1997, asunto MARTÍNEZ LOSADA Y OTROS ²³².

²²⁸ STJCE de 29 de septiembre de 1987 [TJCE 1988, 15], Asunto GIMÉNEZ ZAERA. Cuestión prejudicial planteada por el (hoy extinto) Tribunal Central de Trabajo por Auto de 21 marzo de 1986.

²²⁹ STJCE (Sala 5.ª) de 16 de diciembre de 1993 [TJCE 1993, 206] (Asunto C-334/1992), WAGNER MIRET. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya por Auto de 31 de julio de 1992.

²³⁰ STJCE (Sala 4.ª) de 15 de junio de 1995 [TJCE 1995, 94], Asunto ZABALA ERASUN Y OTROS. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social) por Autos de 1 y 22 de junio de 1993.

²³¹ STJCE (Sala 5.ª) de 12 de septiembre de 1996 [TJCE 1996, 150] (Asunto C-251/1994), LAFUENTE NIETO. Cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social) por Auto de 31 de mayo de 1994.

²³² STJCE (Sala 5.ª) de 20 de febrero de 1997 [TJCE 1997, 31], Asunto MARTÍNEZ LOSADA Y OTROS. Cuestiones prejudiciales (acumuladas) planteadas por los Juzgados de lo Social n.º 1 y n.º 2 de Santiago de Compostela por Autos de 9 y 13 de marzo de 1995.

El Juzgado de lo Social n.º 16 de Barcelona fue el primer órgano jurisdiccional unipersonal catalán que planteó una cuestión prejudicial y lo hizo por auto de 1 de septiembre de 1995, siendo resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de abril de 1997, asunto BÚRDALO TREVEJO Y OTROS ²³³.

La Sala de lo Social del TSJ de Extremadura por autos de 15 y 17 de enero de 1996 plantearon una cuestión prejudicial que fue resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 octubre 1997, asunto NARANJO ARJONA Y OTROS ²³⁴.

La Sala de lo Social del TSJ de Murcia por auto de 22 de febrero de 1996 y el Juzgado de lo Social n.º 1 de Pontevedra por auto 28 de enero de 1997 plantearon sendas cuestiones prejudiciales que fueron resueltas mediante Sentencia del Tribunal de Justicia 10 de diciembre de 1998, asunto HERNÁNDEZ VIDAL ²³⁵.

No fue hasta el 17 de marzo de 1997 cuando por medio de un auto de dicha fecha nuestro Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial que encontró respuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, asunto GRAJERA RODRÍGUEZ ²³⁶.

Nuevamente el Juzgado de lo Social n.º 1 de Santiago de Compostela por auto de 30 de abril de 1997 planteó una cuestión prejudicial resuelta por Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1999, asunto FERREIRO ALVITE ²³⁷.

La última cuestión prejudicial planteada y resuelta por el Tribunal de Justicia lo fue la emitida mediante auto de 30 de mayo de 1997 por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid, que encontró respuesta en la Sentencia de 8 de julio de 1999, asunto FERNÁNDEZ DE BOBADILLA ²³⁸.

Por tanto, haciendo un repaso de los órganos jurisdiccionales que han planteado la cuestión prejudicial y que ésta ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia, podemos concluir este apartado diciendo que ha habido una mayor profusión de las mismas en los Tribunales Superiores de Justicia

²³³ STJCE (Sala 30) de 17 de abril de 1997 [TJCE 1997, 70] (Asunto C-336/1995), BÚRDALO TREVEJO Y OTROS. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 16 de Barcelona por Auto de 1 de septiembre de 1995.

²³⁴ STJCE de 9 de octubre de 1997 [TJCE 1997, 203], Asunto NARANJO ARJONA Y OTROS. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social) por Autos de 15 y 17 de enero de 1996.

²³⁵ STJCE (Sala 5.ª) 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 308], Asunto HERNÁNDEZ VIDAL. Cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social) por Auto de 22 de febrero de 1996 y el Juzgado de lo Social n.º 1 de Pontevedra por Auto de 28 de enero de 1997.

²³⁶ STJCE (Sala 5.ª) de 17 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 319], Asunto GRAJERA RODRÍGUEZ. Cuestión prejudicial de validez planteada por el Tribunal Supremo (Sala 4.ª) por Auto de 17 de marzo de 1997.

²³⁷ STJCE (Sala 5.ª) de 25 de febrero de 1999 [TJCE 1999, 32], Asunto FERREIRO ALVITE. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Santiago de Compostela por Auto de 30 de abril de 1997.

²³⁸ STJCE de 8 de julio de 1999 [TJCE 1999, 161] (Asunto C-234/97), FERNÁNDEZ DE BOBADILLA. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid por Auto de 30 de mayo de 1997.

y en los Juzgados de lo Social que en el Tribunal Supremo. Así, mientras el Tribunal Supremo ha formulado únicamente una sola cuestión prejudicial, el resto de las cuestiones han sido formuladas por órganos jurisdiccionales de instancias inferiores lo que comportaría poder hablar del incumplimiento de la obligación del reenvío que tienen los órganos judiciales de última instancia.

Con respecto al tipo de cuestiones prejudiciales que se han planteado es de destacar que todas ellas han sido de interpretación no habiendo ninguna de validez.

En cuanto a la clase de materias abordadas por las cuestiones prejudiciales, conviene observar que no ha habido ninguna sobre la protección a la igualdad de sexos en la relación laboral, materia que ha sido extensamente regulada tanto por el legislador comunitario como por el legislador nacional. Esta situación contrasta de manera muy significativa con el hecho de que el principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras ha estado en el origen de gran número de cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por jueces de otros países comunitarios. Ello ha dado pie a que el TJCE haya construido una extensa y progresiva jurisprudencia en el materia ²³⁹.

Las cuestiones que han sido formuladas en materia de contrato de trabajo pasan por la resolución de los problemas planteados en la protección de los trabajadores asalariados en casos de transmisión de empresa de insolvencia del empresario, así como la libre circulación de trabajadores. Por su parte las cuestiones en materia de Seguridad Social resuelven los problemas sobre la incompatibilidad de las pensiones de jubilación y empleo público así como el espinoso asunto de la determinación de la base reguladora de las pensiones en casos de totalización de períodos y la aplicación de la cláusula *pro rata temporis*.

Por último, hay que analizar si en algún caso se ha incumplido la obligación del reenvío.

Especial atención merece la actitud de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo en relación al controvertido tema de la extensión al personal de alta dirección de la responsabilidad impuesta al Fondo de Garantía Salarial por el artículo 33 ET.

Existía una jurisprudencia interna consolidada, conforme a la cual el personal de alta dirección quedaba excluido de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial, pero teniendo en cuenta que la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados, en caso de insolvencia del empresario permitía a los Estados miembros excluir del ámbito de su aplicación «los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados», figurando en Anexo las categorías de trabajadores excluidos, y que tras la incorporación de España a las Comunidades Europeas, la Directiva

²³⁹ Véanse, como más representativas, STJCE 10 marzo 1984, Asunto VON COLSON Y KAMANN; STJCE 10 abril 1984, Asunto HARZ; STJCE 26 febrero 1986 [TJCE 1986, 47], Asunto MARSHALL. Más recientemente, STJCE 30 junio 1998 [TJCE 1998, 159], Asunto BROWN. Sobre ésta, PÉREZ YÁNEZ, R.: «Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de junio 1998», *Actualidad Laboral*, n.º 4, 1999, págs. 69 y ss.

87/164/CEE, de 2 de marzo de 1987, modificó el citado Anexo dejando al margen únicamente «a los empleados domésticos al servicio de una persona física», poco a poco fueron apareciendo sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, entre otros el de La Rioja que se apartaban de la oposición jurisprudencial antes expuesta.

Ante esta controversia, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en dos ocasiones, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991 y de 13 de julio de 1991, en las que resolvió a favor de la tesis de exclusión de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial al personal de alta dirección.

La posición del Tribunal Supremo, como órgano máximo definidor de la jurisprudencia en España, y la complejidad del asunto, junto con la diversidad de soluciones a que había dado lugar en los Tribunales Superiores de Justicia, parecía aconsejar el planteamiento de una cuestión prejudicial.

No obstante la Sala 4.^a del alto Tribunal español, siguiendo implícitamente la doctrina del acto claro, se resistió dirigirse al Tribunal de Justicia, sin tener en consideración que, además de la sentencias divergentes pronunciadas por los Tribunales Superiores, había dos Sentencias del Tribunal de Luxemburgo, dictadas sendos recursos por incumplimiento contra Italia ²⁴⁰ y contra Grecia ²⁴¹. También había dos cuestiones prejudiciales interpuestas por los órganos judiciales italianos sobre la interpretación de la mencionada Directiva 80/987, que dieron lugar a la importante Sentencia del Tribunal de Justicia FRANCOVICH y BONIFACI de 19 de noviembre de 1991.

Es decir, un problema que origina posiciones muy diferentes en los órganos jurisdiccionales laborales españoles, que suscita dudas a los órganos judiciales laborales europeos, que da lugar a que la Comisión interponga dos recursos contra Estados miembros por incumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de los Tratados, que provoca tres pronunciamientos del Tribunal de Justicia, no produce, sin embargo, la menor vacilación en el Tribunal Supremo.

El planteamiento de la cuestión prejudicial venía impuesto por tanto de manera indeclinable. Al no haberlo hecho así, la Sala 4.^o del Tribunal Supremo podría haber violado la obligación que le impone el apartado 3 del artículo 234 TCE.

Tuvo que ser la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en un caso muy semejante, no muy convencida por la solución dada por el Tribunal Supremo y haciendo uso de la facultad que le confiere el referido artículo 234 la que planteó la cuestión prejudicial por auto de 31 de julio de 1992 que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1993, asunto WAGNER MIRET ²⁴².

²⁴⁰ Sentencia Comisión contra Italia, de 2 de febrero de 1989, asunto 22/97, Rec. Pág. 143.

²⁴¹ Sentencia Comisión contra Grecia, de 8 de noviembre de 1980, asunto C-53/88, Rec. Pág. 3.931

²⁴² STJCE (Sala 5.^a) de 16 de diciembre de 1993 [TJCE 1993, 206] (Asunto C-334/1992), WAGNER MIRET. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por Auto de 31 de julio de 1992.

El desconocimiento del deber de reenvío por parte del Tribunal Supremo en los asuntos referidos podría constituir un incumplimiento que podría ampararse en el art. 226 TCE, que prevé que la Comisión recurra una determinada actuación u omisión estatal contraria a la legalidad comunitaria. No obstante aunque la Comisión señaló que la obligación de reenvío no era exigible a través del citado artículo se reservó dicha posibilidad «en caso extremo, cuando la actitud de los Tribunales de un Estado miembro, desconociendo a través de una jurisprudencia constante las condiciones del reenvío prejudicial, hicieran temer la conversión en letra muerta del mecanismo del artículo 177»²⁴³.

Sin embargo, la Comisión ha llegado a excluir esta posibilidad en su Quinto y Sexto Informe relativo a la aplicación del Derecho Comunitario. En ambas ocasiones, la Comisión expresó que el recurso por incumplimiento «no constituye el fundamento más apropiado para la cooperación entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia». Asimismo, la Comisión ha aludido a que «debido al principio universal de la independencia del poder judicial, la Comisión no considera tener fundamentos para reprochar a un Estado miembro el comportamiento de uno de sus tribunales».

Así, el ordenamiento jurídico comunitario no prevé un mecanismo que permita corregir aquellos casos en que el órgano jurisdiccional nacional incumple la obligación legal del reenvío, aunque podría crearse un mecanismo que permitiera corregir la actuación del órgano jurisdiccional cuya decisión sea irrecorrible y no eleva la cuestión ante el Tribunal de Justicia a pesar de que la validez o interpretación de la norma comunitaria plantea una duda obvia, clara y evidente²⁴⁴.

Por último, las dudas que a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social ha ocasionado la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario de la Seguridad Social son más de las que, finalmente, han sido planteadas al TJCE como cuestión prejudicial. Y, desde luego, también lo son las ocasiones en que las partes del proceso han considerado conveniente su planteamiento, pero el órgano judicial lo ha desestimado al no apreciar dudas interpretativas de entidad que lo aconsejaran. En este sentido, para completar el presente estudio, conviene repasar brevemente los casos en que, pese a ser solicitada por una de las partes en el proceso, el órgano judicial ha estimado innecesaria plantearla.

En la mayoría de los casos, ello ha sucedido, justamente, cuando de la interpretación de los artículos del Reglamento 1408/71 relativos a las pensiones de invalidez y jubilación se trata. Es el caso de la Sentencia de TSJ de Galicia de 20 diciembre 1996²⁴⁵, que desestima la petición de parte

²⁴³ Cfr. en sus alegaciones al asunto 9/75 (Sentencia MEYER-BURCKHARD c COMISIÓN de 22 de octubre de 1975, as. 9/75. Rec.1975, p. 1.171).

²⁴⁴ Vid. Cáp. II apartado 2, *El planteamiento de cuestiones prejudiciales como instrumento de cooperación...*

²⁴⁵ AS 1996, 4.576.

para cursar la cuestión prejudicial al entender que «las dudas que pudieren subsistir, dada la complejidad de la materia (...) definitivamente resueltas por la STJCE de 12 septiembre 1996»²⁴⁶.

Pero incluso antes de este pronunciamiento del TJCE, tanto el Tribunal Supremo como distintos Tribunales Superiores de Justicia creyeron igualmente innecesario plantear las cuestiones prejudiciales interesadas por las partes. Bien por considerar que la interpretación de las normas en juego era posible sin acudir al órgano judicial comunitario²⁴⁷, bien por estimar que, aun siendo muy complejas aquella interpretación, el TSJ debía estar a lo resuelto al respecto por la STS 25 febrero 1992²⁴⁸, que ya previamente había rechazado esta posibilidad.

Es el caso de la STSJ de Madrid de 20 de julio de 1993²⁴⁹, la STSJ de Galicia de 27 de octubre de 1993²⁵⁰ y las SSTSJ de Cataluña de 29 de junio y 2 de diciembre 1993²⁵¹. Y también de la STSJ de Cataluña de 14 de junio de 1994²⁵² que a la vinculación a la doctrina resultante de la STS de 25 de febrero de 1992, añadir la resultante de la STS de 15 octubre de 1993²⁵³ que, asumiendo el criterio del Tribunal comunitario sobre la prioridad de los Convenios o Tratados precedentes a la integración en la UE entre actuales Estados miembros cuando aquéllos implican para los trabajadores ventajas superiores a las que se deriven de la normativa comunitaria²⁵⁴, concluye, sin embargo, la inaplicación a estos casos de la solución prevista en el Convenio Hispano-Alemán de Seguridad Social de 4 diciembre de 1973.

En cambio, la STSJ de Extremadura de 7 de junio de 1993²⁵⁵, aun aclarando asumir la doctrina unificada de la STS de 25 de febrero de 1992, discrepa expresamente de la misma al apreciar que la legislación española «no dispone *que el cálculo de prestaciones se efectúe sobre una base de cotización media*, sino que la misma señala que la prestación *habrá de ser calculada en función del*

²⁴⁶ Asunto LAFUENTE NIETO (TJCE 1996, 150).

²⁴⁷ Así, STSJ Castilla-León/Valladolid de 27 julio 1992 [AS 1992, 3.536], que resolvió el problema de la determinación de las bases reguladoras de la pensión de jubilación que quien cotizó en España entre 1945 y 1960 y en Alemania entre 1960 y 1990, integrando lo dispuesto en el artículo 46.2 a) del Reglamento con la regla hoy contenida en el artículo 162.1.1.2 LGSS conforme a la cual «si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años».

²⁴⁸ RJ 1992, 1.376.

²⁴⁹ AS 1993, 3.742.

²⁵⁰ AS 1993, 4.252.

²⁵¹ AS 1993, 3.025 y 5.272.

²⁵² AS 1994, 2.563.

²⁵³ RJ 1993, 9.216.

²⁵⁴ Asunto RONFELDT [TJCE 1991, 1.291].

²⁵⁵ AS 1993, 2.728.

importe de las cotizaciones»²⁵⁶. Tal convicción –en el decir de la propia Sala– obligaría a presentar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»²⁵⁷, lo que finalmente no hace al advertir que de tal interpretación no se sigue una solución distinta a la alcanzada en aplicación rigurosa de los criterios del Tribunal Supremo.

En fin, también excluye que la normativa comunitaria presente «serias y fundadas dudas de interpretación» en relación a la aplicación de las normas españolas sobre subsidio de desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, la STSJ de Galicia de 31 marzo de 1997²⁵⁸.

CONCLUSIONES

Se ha llevado a cabo, en las páginas precedentes una aproximación a la realidad de la cuestión prejudicial en el seno del orden social de la jurisdicción española, poniendo de relieve tanto los supuestos típicos que han aconsejado su proposición, como aquellos otros casos en los que el órgano judicial no lo ha estimado preciso, así como el estudio de sus formulaciones por los órganos internos y las soluciones por el Tribunal de Justicia en sus sentencias.

Igualmente, se ha analizado la transposición del DERECHO SOCIAL COMUNITARIO en España, pudiendo destacar que el nivel de protección nacional de los trabajadores es similar al exigido por Europa.

Y aunque la subordinación de los objetivos sociales de los Tratados Fundacionales al logro de los objetivos económicos hizo que durante buen número de años lo que hoy se denomina Derecho Social Europeo fuera prácticamente inexistente, el proceso de adopción de instrumentos comunitarios tendentes a lograr una armonización legislativa en materia social ha sido imparable.

Como vimos, las dudas que a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social ha ocasionado la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario son más de las que, finalmente, han sido planteadas al TJCE como cuestión prejudicial. Y, desde luego, también lo han sido las ocasiones en que las partes del proceso han considerado conveniente su planteamiento, pero el órgano judicial lo ha desestimado al no apreciar dudas interpretativas de entidad que lo aconsejaran.

²⁵⁶ Cfr., sin embargo, la rotundidad con que la anteriormente citada STSJ Cataluña 29 junio 1993 afirma lo contrario.

²⁵⁷ Cfr. Fundamento Jurídico 4.

²⁵⁸ AS 1997, 889. Entre otras cuestiones, *in casu*, se discutía sobre la interpretación del requisito de haber cotizado durante seis años por desempleo, la decisión que ahora adopta la Sala se apoya en el hecho de que las dudas existentes al respecto ya habían sido resueltas por la STS de 28 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1.529].

Esta amplia discrecionalidad no obstante, lo cierto es que las cuestiones prejudiciales planteadas por los Jueces y Tribunales españoles del orden jurisdiccional social ante el TJCE no han sido muy numerosas (como hemos visto, entre 1986 y 1999 apenas sobrepasan la docena, en concreto fueron dieciocho, que fueron resueltas por once Sentencias del TJCE, merced a las acumulaciones). Como tampoco lo han sido, ciertamente, los procesos en los que su planteamiento se solicita a instancia de parte.

En buena parte, ello puede deberse al hecho de que el principal instrumento normativo utilizado en materia social en el seno de la Unión Europea sean Directivas que, como es sabido, sólo obligan a cada Estado miembro a adaptar su legislación interna a su contenido, por lo que, salvo excepciones, no pueden utilizarse como fundamento del Fallo. No en vano, casi la mitad de las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos del orden jurisdiccional social de nuestro país tienen que ver con la interpretación del Reglamento 1408/71 del Consejo, de 14 junio 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (varias veces modificado y actualizado). Pero, sin duda, también debe atribuirse a un cierto consenso forense sobre la conveniencia de un uso prudente, riguroso y equilibrado que evite los extremismos entre la resistencia a plantear la cuestión prejudicial en una especie de *narcisismo epistemológico*, y su planteamiento sistemático, que en muchos casos, más que una duda objetiva sobre el sentido de la norma comunitaria, puede revelar una huida más o menos consciente de determinadas doctrinas nacionales.

Y es que interesa no perder de vista que de lo que se trata mediante la cuestión prejudicial es de arrojar luz sobre una regla de Derecho Comunitario cuya interpretación no está clara. Por tanto, la misma resulta absolutamente innecesaria tanto en los casos en que la interpretación de aquella regla no ofrece duda razonable, como cuando la existencia de una duda razonable ha sido disipada por una resolución anterior del TJCE.

La cuestión prejudicial del artículo 234 del TCE presupone una cuestión incidental surgida en un proceso laboral que presenta semejanzas importantes con las cuestiones prejudiciales de inconstitucionalidad internas lo que permite paliar en no pocas ocasiones su suficiente regulación en el TCE.

Así hemos visto el paralelismo con el procedimiento establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. No obstante, y consciente el propio Tribunal de Justicia de este vacío legislativo puso a disposición de los jueces nacionales (y entre ellos a los del orden jurisdiccional social) una serie de indicaciones, a modo de nota informativa, en la que se analizan toda una serie de aspectos de interpretación conflictiva u oscura, dicha nota informativa fue aprobada mediante Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 4 de diciembre de 1996 y facilitada a todos los Jueces y Tribunales.

La legitimación para su planteamiento está únicamente reconocida a los órganos jurisdiccionales que en el orden social son: los Juzgados de lo Social como órganos de primera instancia, las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y la Sala 4.^a de lo Social del Tribunal Supremo que cierra la cúspide judicial en todos los órdenes jurisdiccionales.

Si el Tribunal de Justicia es el único órgano jurisdiccional comunitario exclusivamente competente para proceder a la interpretación y/o apreciación de validez de este peculiar ordenamiento jurídico, es, por el contrario, el juez de lo social el encargado de determinar la relevancia y, en suma, la pertinencia del «reenvío» prejudicial.

Los órganos jurisdiccionales del orden social promoverán la necesaria cuestión prejudicial si así lo consideran oportuno, es decir, cuando hubiera surgido «duda razonable» acerca de una determinada norma comunitaria de aplicación al caso concreto.

La particular cooperación judicial instituida en el artículo 234 TCE puede en algunos casos quebrar con el desconocimiento del deber de reenvío por parte del órgano jurisdiccional nacional que podría dar lugar a que la Comisión tramite un recurso de incumplimiento por infracción de esta obligación de reenvío, supuesto que hasta la fecha no ha tenido lugar y al que la propia Comisión se muestra reacia en virtud del principio universal de la independencia del poder judicial. Por lo que podemos concluir que en estos casos, el ordenamiento jurídico comunitario no prevé ningún tipo de acción que permite corregir dicha situación.

En cuanto a la clase de materias abordadas por las cuestiones prejudiciales, conviene observar que no ha habido ninguna sobre la protección a la igualdad de sexos en la relación laboral, materia que ha sido extensamente regulada tanto por el legislador comunitario como por el legislador nacional. Esta situación contrasta de manera muy significativa con el hecho de que el principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras ha estado en el origen de gran número de cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por jueces de otros países comunitarios. Ello ha dado pie a que el TJCE haya construido una extensa y progresiva jurisprudencia en la materia.

No obstante, y salvo puntuales excepciones, el Derecho español parece haber ajustado sus previsiones a las exigencias derivadas de las Directivas comunitarias que imponen el trato igual entre sexos. Así, los artículos 14 y 35 de la CE y los artículos 17 y 28 del ET marcharon desde siempre en sintonía con el texto originario del art. 119 del Tratado CEE. Quizás haya que hacer la salvedad de que, en el momento de la adhesión de España a las Comunidades tanto este último precepto como el art. 28 ET hablaban del «trabajo igual» mientras que la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero, utilizaba la fórmula más genérica de «trabajo de valor igual», desajuste terminológico fue subsanado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que dio nueva redacción al art. 28 ET.

En cualquier caso, se trata de un supuesto que por el momento no se ha planteado, lo que encuentra fácil explicación a las vista del profundo conocimiento que nuestros Jueces y Tribunales muestran del derecho y de la jurisprudencia comunitaria relativa a estos temas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILÀ COSTA, B. (Directoras), OLESTI RAYO, A. (Coordinador). *Lecciones de Derecho comunitario europeo*. 3.ª ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1998.
- ALONSO GARCÍA, R. «De nuevo sobre el Derecho Comunitario, el personal de alta dirección y el Fondo de Garantía Salarial». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 57, 1993.
- BREALEY, M. *Remedies in E. C. Law*. London: Ed. Longman, 1994.
- CARRO MARINA, M. «El artículo 173.2 del Tratado CEE y la legislación para recurrir los reglamentos comunitarios». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 54, abril-junio 1987.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Compendio de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1999.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial*. Segundo semestre 1996. Madrid: CGPJ, 1997.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*. Madrid: CGPJ, 1984.
- COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ, J.M. y SALA FRANCO, T. *Derecho Social Comunitario*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A. y FAJARDO DEL CASTILLO, T. «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 5, 1999.
- DESDENTADO BONETE, A. «Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de S. Social en Seguridad Social Internacional». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1998.
- DESDENTADO BONETE, A. «Cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 12, 1998.
- GONZÁLEZ BIEZMA, E. «Los efectos jurídico laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios». *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1993.
- GONZÁLEZ CAMPOS, E. y MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*. Madrid: Ed. Civitas, 1986.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, A. «Las contrata de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: de la Sentencia Cristel Schmidt a la Sentencia Hernández Vidal». *Aranzadi Social* n.º 2, 1999.
- IGLESIAS CABERO, M. «La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario». *Actualidad Laboral*, 1987.
- JIMENO BULNES, M. *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*. Barcelona: Ed. Bosch, 1996.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. *Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española*. Madrid: Ed. Civitas, 1996.
- LUIJÁN ALCARAZ, J. «La interpretación y aplicación del Derecho comunitario por el juez español: la cuestión prejudicial en el orden social». *Aranzadi Social* n.º 12. Octubre 1999.
- LUIJÁN ALCARAZ, J. «Determinación de la base reguladora y cálculo del importe de la pensión de invalidez (y jubilación) reconocida a emigrantes retornados». *Aranzadi Social* n.º 19, 1996.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1996.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V. *Derecho Social Comunitario*. Madrid: Ed. Tecnos, 1994.

- MUÑOZ ÁLVAREZ, G. *La Seguridad Social de las Comunidades Europeas: legislación, comentarios y jurisprudencia*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1992.
- OJEDA AVILÉS, A. *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea*. Madrid: Ed. Trotta, 1994.
- ORTEGA GÓMEZ, M. *El acceso de los particulares al Tribunal de Justicia de las Comunidades*. Barcelona: Ed. Ariel, 1999.
- ORTUZAR ANDÉCHAGA, L. *Aplicación judicial del derecho comunitario*. Madrid: Ed. Trivium, 1992.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid: Ed. Civitas, 1994.
- PÉREZ YÁÑEZ, R. «Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de junio 1998». *Actualidad Laboral*, n.º 4, 1999.
- RECIO LAZA, A. M. «La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria». *La Ley-Actualidad*. Madrid, 1997.
- RÍOS SALMERÓN, B. «Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez. Nota de urgencia a la STJCE de 12 septiembre de 1996, Caso "Lafuente"». *Actualidad laboral*, n.º 1, 1997.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y FERNÁNDEZ LIESA, C. «Sobre la responsabilidad del Estado y el efecto directo de las Directivas comunitarias, y su posible incidencia en el Derecho Laboral español. Estudio laboral y comunitario de la Sentencia Francovich & Bonifacio». *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1993.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «Transmisión de empresas y Empresas de Trabajo Temporal», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º XXII/1994. Madrid: CGPJ, 1998.
- ROJAS CASTRO, M. *Derecho Comunitario Social. Guía de trabajadores migrantes*. Granada: Ed. Comares, 1993.
- ROJAS CASTRO, M. «Sentencia comunitaria Martínez Losada y otros, de 29 febrero 1997, C-88/95, 102/95 y 103/95, sobre subsidio por desempleo de los emigrantes retornados mayores de 52 años sin cotizaciones en España. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vuelve a contestar sin aclarar, por falta de una clara exposición de la Ley española en la cuestión prejudicial». *Aranzadi Social*, 1998.
- ROJAS CASTRO, M. «Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación». *Aranzadi Social*, 1997.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D. *La aplicación del artículo 177 del Tratado de Roma por los órganos jurisdiccionales españoles*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco/Eusko Jaurlaritza, 1994.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D. *El Juez nacional como Juez Comunitario*. Madrid: Ed. Civitas, 1993.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. «Problemas aplicativos de los Reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal, en Seguridad Social Internacional». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F. *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1995*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1996.
- SILVA DE LAPUERTA, R. *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Madrid: Ed. La Ley, 1993.
- VARIOS AUTORES *La cuestión prejudicial*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco/Eusko Jaurlaritza, 1994.
- VARIOS AUTORES. *Problemática española de la Seguridad Social Europea*. Instituto Europeo de Relaciones Industriales. Granada: Ed. Comares, 1999.
- VARIOS AUTORES (ABELLÁN HONRUBIA, V. y otros) (dirigido por RODRÍGUEZ IGLESIAS y LIÑÁN NOGUERAS). *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Ed. Civitas, 1993.
- VARIOS AUTORES (SAENZ DE SANTAMARÍA, P. y otros). *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Ed. Eurolex, 1996.
- VARIOS AUTORES (MARÍN CORREA, J. M. y otros). «Derecho Social Comunitario». *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 1 XXIV. Madrid: CGPJ, 1992.

VARIOS AUTORES (COLINA, RAMÍREZ, SALA y otros). *Derecho Social Comunitario*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 1995.

VILÀ COSTA, B. *La primera cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades por un órgano judicial español*. La Ley, 1986, vol. 4, págs. 391 y ss.

ÍNDICE DE LAS SENTENCIAS RESOLUTORIAS DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES SOCIALES ESPAÑOLES

I. EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL:

- 1.º STJCE de 29 de septiembre de 1987 [TJCE 1988, 15], Asunto GIMÉNEZ ZAERA. Cuestión prejudicial planteada por el (hoy extinto) Tribunal Central de Trabajo por Auto de 21 de marzo de 1986.
- 2.º STJCE (Sala 4.ª) de 15 de junio de 1995 [TJCE 1995, 94], Asunto ZABALA ERASUN Y OTROS. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social) por Autos de 1 y 22 de junio de 1993.
- 3.º STJCE (Sala 5.ª) de 12 de septiembre de 1996 [TJCE 1996, 150] (Asunto C-251/1994), LAFUENTE NIETO. Cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social) por Auto de 31 de mayo de 1994.
- 4.º STJCE (Sala 5.ª) de 20 de febrero de 1997 [TJCE 1997, 31], Asunto MARTÍNEZ LOSADA Y OTROS. Cuestiones prejudiciales (acumuladas) planteadas por los Juzgados de lo Social n.º 1 y n.º 2 de Santiago de Compostela por Autos de 9 y 13 de marzo de 1995.
- 5.º STJCE de 9 de octubre de 1997 [TJCE 1997, 203], Asunto NARANJO ARJONA Y OTROS. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social) por Autos de 15 y 17 de enero de 1996.
- 6.º STJCE (Sala 5.ª) de 17 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 319], Asunto GRAJERA RODRÍGUEZ. Cuestión prejudicial de validez planteada por el Tribunal Supremo (Sala 4.ª) por Auto de 17 de marzo de 1997.
- 7.º STJCE (Sala 5.ª) de 25 de febrero de 1999 [TJCE 1999, 32], Asunto FERREIRO ALVITE. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Santiago de Compostela por Auto de 30 de abril de 1997.

II. EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL:

- 1.º STJCE (Sala 5.ª) de 16 de diciembre de 1993 [TJCE 1993, 206] (Asunto C-334/1992), WAGNER MIRET. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya por Auto de 31 de julio de 1992.
- 2.º STJCE (Sala 3.ª) de 17 de abril de 1997 [TJCE 1997, 70] (Asunto C-336/1995), BÚRDALO TREVEJO y OTROS. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 16 de Barcelona por Auto de 1 de septiembre de 1995.
- 3.º STJCE (Sala 5.ª) 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 308], Asunto HERNÁNDEZ VIDAL. Cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social) por Auto de 22 de febrero de 1996 y el Juzgado de lo Social n.º 1 de Pontevedra por Auto de 28 de enero de 1997.
- 4.º STJCE de 8 de julio de 1999 [TJCE 1999, 161] (Asunto C-234/1997), FERNÁNDEZ DE BOBADILLA. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid por Auto de 30 de mayo de 1997.