**SEMINARIO DE DERECHO LOCAL**

INFORME EN MATERIA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Autores Sergio Salinas Alcega y Enrique Martínez Pérez

Fecha 17-11-2021

**SUMARIO**:

**I. NOVEDADES NORMATIVAS**

- Reglamento (UE) 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión, *DO L 231 de 30.6.2021.*

**II. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES**

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Auto TJUE de 2 de junio de 2021, as. C-103/19, *SUSH y CGT Sanidad de Madrid*

- STJUE de 3 de junio de 2021, as. C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*

- STJUE de 24 de junio de 2021, as. C-550/19, *Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua*

- STJUE de 1 de julio de 2021, as. C-521/19, *Tribunal Económico Administrativo Regional de Galicia*

- STJUE de 28 de octubre de 2021, as. C-909/19, *Unitatea Administrativ Teritorială D.*

- STJUE de 11 de noviembre de 2021, as. C-214/20, *Dublin City Council*

**I. NOVEDADES NORMATIVAS**

**- Reglamento (UE) 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión.**

El Reglamento (UE, EURATOM) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027 prevé un presupuesto a largo plazo de 1,0743 billones de € (a precios de 2018), de los cuales cerca de 200.360 millones de € corresponden al Fondo Europeo de Desarrollo (incluidos 8.000 millones para la cooperación territorial europea y 1.930 millones de € de dotaciones especiales para las regiones ultraperiféricas). El Fondo Europeo de Desarrollo Regional tiene como objetivo fortalecer la cohesión económica, social y territorial de la Unión, más concretamente: “[…] reducir las disparidades entre los niveles de desarrollo de las distintas regiones de la Unión y a reducir el retraso de las regiones menos favorecidas, mediante la participación en el ajuste estructural de las regiones cuyo desarrollo esté a la zaga y la reconversión de regiones industriales en declive, incluidas, entre otras medidas, promover un desarrollo sostenible y afrontar los retos medioambientales”.

Se mantienen para este periodo los dos principales objetivos de este Fondo, esto es, inversión en crecimiento y empleo y cooperación territorial europea (desarrollado en el Reglamento (UE) 2021/1059 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 sobre disposiciones específicas para el objetivo de cooperación territorial europea (INTERREG) que recibe apoyo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional y de los instrumentos de financiación exterior). Los objetivos específicos serán:

-una Europa más competitiva e inteligente, promoviendo una transformación económica innovadora e inteligente y una conectividad TIC regional (*objetivo político 1*),

- una Europa más verde, baja en carbono en transición hacia una economía con cero emisiones netas de carbono y resiliente, promoviendo una transición energética limpia y equitativa, la inversión verde y azul, la economía circular, la mitigación y adaptación al cambio climático, la prevención y gestión de riesgos y la movilidad urbana sostenible (*objetivo político 2*),

- una Europa más conectada, mejorando la movilidad (*objetivo político 3*),

- una Europa más social e inclusiva, por medio de la aplicación del pilar europeo de derechos sociales (*objetivo político 4*), y

- una Europa más próxima a sus ciudadanos, fomentando el desarrollo integrado y sostenible de todo tipo de territorios e iniciativas locales (*objetivo político 5*).

A través del mecanismo o principio de *concentración temática*, la mayoría de las inversiones se agruparán en torno al apoyo a la innovación, la economía digital y las pymes, a través de una estrategia de especialización inteligente (OP 1), y una economía circular, con bajas emisiones de carbono y más ecológica (OP 2). Las regiones *menos desarrolladas* deberán dedicar el 35 % al OP1 y el 30% de su asignación a la OP 2; las *más desarrolladas* dedicarán al menos el 85% de su asignación a PO1 y PO2; y las regiones *en transición* al menos el 40 % al PO1 y el 30% de su asignación a la OP 2.

Se debe dar prioridad a las inversiones en zonas desfavorecidas, especialmente en las zonas rurales y las zonas despobladas, que tengan una densidad de población muy baja, en concreto aquellas con una densidad de población inferior a 12,5 habitantes por kilómetro cuadrado, o zonas que hayan sufrido un descenso medio de la población de al menos el 1 % durante el período 2007-2017.

Recoge además el Reglamento un listado de actividades que serán excluidas de las ayudas del FEDER, entre otras, la clausura o la construcción de centrales nucleares; la fabricación, la transformación y la comercialización de tabaco; las inversiones en infraestructuras aeroportuarias, en empresas en crisis, en la eliminación de desechos en vertederos o en aumentar la capacidad de las instalaciones para el tratamiento de desechos residuales; en la producción, la transformación, el transporte, la distribución, el almacenamiento o la combustión de combustibles fósiles; o la inversión en la expansión y reorientación, la reconversión o reacondicionamiento de las redes de transmisión y distribución de gas.

Una novedad importante para este periodo son las inversiones previstas en el marco del *objetivo 5*, donde el 8 % de los recursos se destinarán al desarrollo urbano sostenible y a la creación de la Iniciativa Urbana Europea.

El FEDER apoyará, en primer lugar, un *desarrollo urbano sostenible* (art.11), que tendrá como objetivo apoyar un desarrollo territorial integrado basado en estrategias territoriales o estrategias locales participativas de desarrollo (en el sentido del Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados), especialmente en las zonas urbanas, en particular las zonas urbanas funcionales. De nuevo, se pretenderá abordar los retos ambientales y el desarrollo de las tecnologías digitales.

En segundo lugar, se prevé la implantación de una *Iniciativa Urbana Europea*, que tiene como misión estimular la participación de las autoridades locales en la Agenda Urbana para la Unión Europea. Podría apoyar, además, la cooperación intergubernamental en asuntos urbanos, en particular la cooperación encaminada al desarrollo de capacidades a nivel local para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Se articulará en torno a los ejes: apoyo a actividades innovadoras y apoyo al desarrollo de capacidades y conocimiento, evaluaciones de impacto territorial, elaboración de políticas y comunicación.

**II. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES**

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

**- Auto del Tribunal de Justicia, de 2 de junio de 2021, as. C-103/19, *SUSH y CGT Sanidad de Madrid.***

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid dirige al Tribunal de Justicia solicitud de decisión prejudicial para la interpretación del artículo 2.1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada. La solicitud se enmarca en el litigio que se sigue ante el órgano jurisdiccional remitente en el que el Sindicato Único de Sanidad e Higiene de la Comunidad de Madrid (SUSH) y el Sindicato de Sanidad de Madrid de la Confederación General del Trabajo (CGT) solicitan la anulación de la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, que establece un procedimiento extraordinario de transformación en personal estatutario interino limitado al personal estatutario eventual vinculado al Servicio Madrileño de Salud, excluyendo a cualquier otra persona con vinculación temporal al mismo.

El Juez nacional responde afirmativamente a la pregunta del Tribunal de Justicia relativa al mantenimiento de su solicitud tras la sentencia del propio Tribunal de 19 de marzo de 2020, en el asunto *Sánchez Ruiz y otros* (as. ac. C-103/18 y C-429/18). En consecuencia el Juez de la Unión decide, conforme al artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento y al estimar que la respuesta a la solicitud puede deducirse de su jurisprudencia, resolverla mediante auto motivado.

En concreto el Tribunal analiza si las medidas nacionales de reclasificación de un tipo de personal temporal que cubre necesidades permanentes de servicio y su eventual consolidación de empleo al término de procesos selectivos constituyen medidas adecuadas de prevención y, en su caso, sanción de abusos por la sucesiva utilización de contratos de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco. Con ese fin se recuerda que del objeto de esta cláusula, limitar la utilización sucesiva de contratos de duración determinada para evitar la precarización de los trabajadores, resulta la obligación de los Estados miembros de adoptar de forma efectiva y vinculante al menos una de las medidas que enumera dicha cláusula, cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes.

En cuanto a las sanciones en caso de comprobar la existencia de abusos se advierte que corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas de aplicación del Acuerdo Marco. E igualmente es competencia de los tribunales nacionales interpretar el ordenamiento interno, por lo que es el órgano jurisdiccional remitente el encargado de comprobar que las disposiciones de Derecho interno constituyen una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5.1. Ello no obsta que el Tribunal pueda aportar precisiones que ayuden al Juez nacional en esa interpretación, y en ese sentido se recuerda que el ordenamiento interno no impone a la Administración obligación alguna de crear puestos estructurales adicionales, cubriéndose esos puestos por personal estatutario interino, también temporal, sin límite ni respecto de la duración de su nombramiento ni del número de renovaciones, lo que confiere carácter permanente a la precariedad de los trabajadores.

Además, tal como señala el órgano jurisdiccional remitente, la Orden 406/2017 pone de manifiesto un problema estructural en la sanidad pública española, el de la cobertura de necesidades permanentes con puestos de trabajo temporales. De hecho, esa Orden solo permitió la transformación de 9.126 miembros del personal estatutario eventual en interno, siempre que hubieran encadenado nombramientos durante más de dos años en el mismo centro y en la misma categoría. En conclusión, para el Juez de Luxemburgo la renovación sucesiva de relaciones laborales de duración determinada para cubrir servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria no se justifica por razones objetivas, conforme a la cláusula 5.1.a), si no impide al empleador servirse de las mismas en la práctica para cubrir necesidades permanentes y estables en materia de personal.

Respecto a la consideración de las medidas nacionales como medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, en el sentido de la cláusula 5.1., el Juez europeo estima que la transformación de personal estatutario eventual en interino no impide el cese de esa persona cuando se ocupe definitivamente esa plaza por medio de proceso selectivo abierto la libre competencia. Además, la previsión de organización de procesos selectivos y los plazos previstos para ello no garantizan que dichos procesos se organicen efectivamente, por lo que ni previene la utilización abusiva de contratos de duración determinada ni, en su caso, sanciona dicha utilización y elimina las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, al no tener efecto alguno para el empleador. En ese sentido se recuerda que la disposición transitoria 4ª del Estatuto Básico de Empleado Público solo prevé la facultad, que no la obligación, de la Administración de llevar a cabo, mediante concurso, procesos de consolidación de empleo a puestos desempeñados de forma interina o temporal, aunque cuando se compruebe el recurso de forma abusiva a la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Por otra parte, la organización de procesos selectivos para que empleados públicos nombrados de manera abusiva mediante sucesivos contratos de duración determinada puedan aspirar a un puesto permanente y estable, no exime la obligación del Estado de prever medidas adecuadas de sanción de esa utilización abusiva. Además, al estar abiertos esos procesos a candidatos que no han sido víctimas de ese abuso, no garantizan a quienes sí lo han sido la adquisición de la condición de personal estatutario fijo, por lo que no sancionan debidamente esa utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada y no permiten alcanzar los fines perseguidos por la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco. En consecuencia, si el Juez nacional concluye que no existe ninguna otra medida efectiva en la normativa nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de empleados públicos del sector de la sanidad pública, como aquellos cuyo nombramiento como personal estatutario eventual se transformó, con base en la Orden 406/2017, en personal estatutario interino, se produciría un menoscabo del objetivo y del efecto útil de la cláusula 5.

A continuación, el Tribunal aborda la posible oposición con la mencionada cláusula 5 de la exclusión de la transformación en personal interino de los empleados públicos temporales víctimas de utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada que no sean personal estatutario eventual. A este respecto se recuerda que prever distinta suerte en relación con la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada en función del sector o categoría en el que esté incluido el personal afectado no necesariamente contradice la citada cláusula; pero siempre que existan en el ordenamiento interno otras medidas efectivas para sancionar los abusos en esos otros sectores o categorías, cuestión cuya comprobación corresponde al Juez nacional. En este asunto, más allá de esas comprobaciones por el órgano jurisdiccional remitente, dado que no parece existir en el ordenamiento interno, respecto del personal estatutario eventual, una medida adecuada de prevención y, en su caso, sanción de los abusos consecuencia de la sucesiva utilización de contratos de duración determinada en el sentido de la cláusula 5.1, ni una medida legal equivalente, no puede considerarse que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada corra una suerte diferente respecto de los demás empleados públicos temporales por el hecho de estar excluidos de la Orden 406/2017.

En todo caso, si el Juez nacional considera que la normativa nacional prevé una medida adecuada para prevenir y sancionar los abusos de la sucesiva utilización de contratos de duración determinada o una medida legal equivalente que esté reservada al personal estatutario eventual, con exclusión de los demás empleados públicos temporales, deberá comprobar si se prevé otra medida efectiva para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos respecto de esa otra categoría de empleados públicos.

**- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 3 de junio de 2021, as. C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario***

El Juez de la Unión responde a la solicitud del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999. Esa solicitud se enmarca en el litigio seguido ante el órgano jurisdiccional remitente entre el Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA) y JN por la extinción de un contrato de trabajo de duración determinada, con el objeto de proveer una plaza vacante.

El Tribunal comienza rechazando la alegación del IMIDRA y del Gobierno español relativa a la inexistencia en este caso de sucesivos contratos de duración determinada al tratarse de un único contrato de interinidad. A ese respecto se advierte que el margen de maniobra que el apartado 2 de dicha cláusula deja a los Estados para definir qué se entiende por contratos de duración determinada sucesivos no es ilimitado y en ningún caso puede poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco, en particular permitiendo a las autoridades nacionales situaciones que puedan dar lugar a abusos. En este caso considerar que la mera prórroga automática del primer contrato de duración determinada impide la existencia de sucesivas relaciones de duración determinada puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del Acuerdo Marco; especialmente teniendo en cuenta que el mantenimiento del trabajador mediante contratos de duración determinada se debe al incumplimiento por el empleador de su obligación legal de organizar en el plazo máximo de tres años un proceso selectivo para cubrir definitivamente la plaza vacante, renovando implícitamente durante varios años su relación de servicio. Para el Juez europeo una interpretación tan restrictiva permitiría la utilización abusiva por los empleadores de esas relaciones para cubrir necesidades permanentes y estables de personal.

La sentencia aborda el significado del concepto *duración de la relación laboral*, acudiendo a la cláusula 3.1 del Acuerdo Marco en la que se apunta que la terminación de la relación laboral viene determinada por condiciones objetivas como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinados o la producción de un hecho o acontecimiento determinados. Por ello modificar la fecha de finalización de la relación laboral es un cambio esencial de esta equiparable a la celebración de nueva relación laboral de duración determinada que sustituye a la anterior. Por eso este asunto no trata de la celebración de un único contrato sino de contratos que efectivamente pueden calificarse de sucesivos.

El Tribunal se centra a continuación en la oposición con la cláusula 5 del Acuerdo Marco de una normativa nacional que no contempla indicaciones sobre las razones objetivas que justifican la renovación de los contratos o su duración máxima, no señala el número máximo de renovaciones ni incluye medidas legales equivalentes y no prevé indemnización para los trabajadores en caso de despido. A este respecto se recuerda que del objeto de esa cláusula, limitar la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, resulta la obligación de los Estados de adoptar de manera efectiva y vinculante al menos una de las medidas de las incluidas en dicha cláusula, cuando su Derecho interno no contemple medidas equivalentes. Y que el margen de apreciación de los Estados al respecto, pudiendo acudir a una o varias de esas medidas u otras medidas legales existentes equivalentes, teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores, no puede poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco.

Por otra parte, corresponde a las autoridades nacionales adoptar, en caso de existencia de abusos, medidas sancionadoras proporcionadas y lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco. Y aunque a falta de normativa de la Unión las modalidades de aplicación de esas medidas se determinarán por el Derecho interno, en virtud del Principio de autonomía procedimental, no pueden ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares en el plano interno (Principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión (Principio de efectividad). En cualquier caso, recuerda el Tribunal de Justicia su jurisprudencia en el sentido de que el Acuerdo Marco no impone a los Estados la obligación general de transformar los contratos de duración determinada en indefinidos, disponiendo de la facultad de determinar en qué condiciones se efectuará esa transformación.

A continuación se advierte que, aunque es el Juez nacional quien debe comprobar si su Derecho interno cumple las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, el Tribunal puede proporcionarle orientaciones al respecto. En ese sentido, se recuerda que el ordenamiento interno permite celebrar contratos sucesivos de interinidad a la espera de un proceso selectivo para ocupar la plaza provista en virtud de dichos contratos, sin limitar la duración máxima total de esos contratos o el número de renovaciones en el sentido de la cláusula 5. También se advierte que esa renovación de contratos de duración determinada para cubrir temporalmente una plaza en la Administración a la espera de un proceso de selección de un titular de la misma es contraria al Acuerdo Marco si se hace para atender necesidades de carácter permanente y definitivo y no está justificada a efectos de la cláusula 5.1.a) del mismo.

En consecuencia, el Juez nacional ha de comprobar que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada atiende a necesidades provisionales, considerando todas las circunstancias del caso, en particular el número de contratos sucesivos con la misma persona o para el mismo trabajo, para excluir los utilizados en realidad de manera abusiva por los empleadores. A este respecto, el Juez de Luxemburgo recuerda que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el plazo de tres años para organizar procesos selectivos que fija el ordenamiento interno (artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público) puede prorrogarse por diversos motivos, siendo tan variable como incierto, lo que, sin perjuicio de las comprobaciones que realice el órgano jurisdiccional remitente, permite la renovación de contratos de duración determinada para atender a necesidades permanentes y definitivas, infringiendo la cláusula 5.1 el Acuerdo Marco.

Por otra parte, afirma el Juez europeo que, en principio, la organización en el plazo establecido de procesos selectivos para proveer definitivamente las plazas ocupadas por empleados públicos con relación de servicio de duración determinada puede prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada a la espera de que dichas plazas se provean de manera definitiva. Pero, como ya se ha dicho, en este caso ese plazo, que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se establece como fijo, no parece respetarse en la práctica, por lo que no es adecuado para prevenir esa utilización abusiva y no puede considerarse, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponden al órgano jurisdiccional remitente, como una medida legal equivalente en el sentido de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco.

En cuanto a las medidas sancionadoras la sentencia recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no considera como abusiva la utilización sucesiva de contratos de interinidad, que por tanto no se recalifican como contratos indefinidos no fijos, que en opinión del Tribunal de Justicia podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Acuerdo Marco, ni se confiere al trabajador derecho a indemnización al término del contrato. Por ello, para calificarse como conforme al Acuerdo Marco la normativa nacional debe contener otra medida efectiva que evite y sancione, en su caso, la utilización sucesiva de contratos de duración determinada. Si el Juez nacional constata que no existe esa otra medida se vulneraría el objeto y el efecto útil de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco.

En lo que se refiere a la indemnización por extinción del contrato señala el Juez de Luxemburgo que, dada su aparente independencia de cualquier consideración sobre el carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente esa utilización abusiva y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión Europea. Además, el abono de esa indemnización solo al término de contratos de duración determinada distintos a los de interinidad menoscabaría el objetivo y efecto útil del Acuerdo Marco si no existiera, en el Derecho nacional, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad, extremo que debe comprobar el Juez nacional.

A continuación el Tribunal de Justicia recuerda que dado que la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco carece de efecto directo el Juez nacional no está obligado a dejar sin aplicar una disposición nacional contraria. Por otra parte, la obligación de interpretación conforme de su Derecho interno conforme a la letra y fin de la Directiva, para atenerse al artículo 288.3 TFUE, tiene como límite los Principios generales del Derecho, especialmente los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. En ese contexto el Juez nacional debe modificar su jurisprudencia reiterada si se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una Directiva, no pudiendo considerarse imposibilitado para interpretar una norma nacional conforme al Derecho de la Unión Europea por el mero hecho de que de forma reiterada la haya interpretado en un sentido no compatible con este.

A continuación la sentencia rechaza que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008 y concretamente con la prohibición de ejecutar ofertas de empleo público entre 2009 y 2017, puedan justificar la inexistencia en el Derecho nacional de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco. A ese respecto se apunta que esas consideraciones pueden justificar la adopción de leyes de presupuestos que prohibían la organización de procesos selectivos en el sector público, pero esas leyes no pueden restringir, ni incluso anular, la protección de que gozan los trabajadores con contrato de duración determinada de conformidad con la Directiva 1999/70 y en particular los requisitos mínimos previstos en la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

**- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 24 de junio de 2021, as. C-550/19, *Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua.***

El Tribunal de Justicia responde a la solicitud del Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid relativa a la interpretación de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, anexo a la Directiva 1999/70 del Consejo, de 28 de junio de 1999, y de los artículos 1.1 y 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Dicha solicitud se enmarca en el litigio que se sigue ante el Juez remitente entre EV y su ex empleador (*Obras y Servicios Públicos* S.A.) y su empleador (*Acciona Agua* S.A.) en relación con el reconocimiento de la antigüedad adquirida por el primero y del carácter indefinido de su relación laboral.

El Tribunal de Justicia comienza rechazando tanto la objeción del Gobierno español respecto de su competencia como la pretensión de inadmisibilidad planteada por el Gobierno y la Comisión Europea, que consideran que el marco fáctico y jurídico presentado por el órgano jurisdiccional remitente son incompletos y no permiten al Tribunal responder a las cuestiones que se le plantean.

En cuanto al fondo el Juez de Luxemburgo recuerda su capacidad para reformular las cuestiones que se plantean, incluyendo elementos de interpretación no señalados en la solicitud que se le dirige, de manera que cumpla el objetivo del artículo 267 TFUE de proporcionar una respuesta útil al Juez nacional para resolver el litigio que se sigue ante él. En ese sentido reinterpreta las dos primeras cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente descartando la interpretación de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco, que no considera aplicable a una situación como la del litigio principal, ya que el principio de no discriminación que consagra no alcanza a las diferencias entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, sino solo a las existentes entre estos y trabajadores con contrato por tiempo indefinido que se encuentran en una situación comparable.

En opinión del Tribunal de Justicia, dado que en realidad lo que se plantea en el litigio principal es el posible abuso en la utilización de los contratos de duración determinada *fijos de obra*, lo que debe responder es la posible oposición con la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco de una normativa nacional que permite sucesivos contratos de esa naturaleza, manteniéndose indefinidamente la condición de los firmantes como trabajadores de duración determinada, y si la renovación de estos contratos puede considerarse justificada por razones objetivas, en el sentido de la cláusula 5.1.a) del Acuerdo Marco, al prever que se celebren con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración.

El Tribunal recuerda que del objetivo de la citada cláusula, prevenir abusos en la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, resulta que los Estados deben adoptar de manera efectiva y vinculante al menos una de las medidas previstas en la cláusula, cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Para ello los Estados disponen de un margen de apreciación, pudiendo aplicar una o varias de esas medidas o incluso medidas legales equivalentes, teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores, siempre que no se ponga en peligro el objetivo o el efecto útil de este Acuerdo Marco.

Por otra parte, en caso de comprobar la existencia de abusos, son las autoridades nacionales quienes deben adoptar medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia del Acuerdo Marco, sin que de su cláusula 5.1 resulte una obligación general de transformar los contratos de duración determinada en indefinidos. Eso sí, el ordenamiento interno debe disponer de otra medida que evite y, en su caso, sancione los abusos en la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, eliminando las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. A ello añade el Juez europeo que la interpretación del cumplimiento por la normativa nacional de las exigencias de la cláusula 5.1 corresponde a los tribunales nacionales, por lo que es el órgano jurisdiccional remitente quien debe apreciar si las disposiciones de Derecho interno pueden considerarse medidas apropiadas para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos de duración determinada. Ello no obsta que el Tribunal de Justicia pueda ofrecerle precisiones que le ayuden en su apreciación y a este respecto se advierte que el ordenamiento interno no prevé una duración máxima para los contratos de duración determinada. Además, se recuerda que es el Juez nacional quien ha de valorar si el límite de 3 años consecutivos previsto para la prestación de servicios para la misma empresa en distintos centros de trabajo dentro de la misma provincia puede considerarse una medida adecuada de prevención de la utilización abusiva de esos contratos.

A eso se añade que no se recoge en la normativa nacional un número máximo de renovaciones para este tipo de contratos y que también corresponde al Juez nacional valorar si existen en el ordenamiento interno medidas que encajen en el concepto razones objetivas que justifiquen la renovación de los sucesivos contratos de duración determinada. El Tribunal de Justicia recuerda que ese concepto se refiere, en el sentido de la cláusula 5.1, a que por las circunstancias concretas de una actividad, sea la naturaleza de las tareas a realizar o la persecución de un objetivo legítimo de política social por un Estado, se justifique esa utilización sucesiva de contratos de duración determinada. En cambio no se ajustaría a ese concepto una autorización general y abstracta para la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, al no permitir verificar si la renovación de esos contratos responde a una necesidad auténtica, permite alcanzar el objetivo perseguido y resulta indispensable al efecto; por lo que entrañaría un riesgo real de utilización abusiva de ese tipo de contratos, incompatible con el objeto y el fin del Acuerdo Marco.

Además, el Juez de Luxemburgo recuerda que debe comprobarse que esa renovación sucesiva de contratos de duración determinada no se utiliza para cubrir necesidades permanentes y estables de personal, para lo que han de examinarse todas las circunstancias del caso, y en particular el número de contratos sucesivos celebrados con una misma persona o para realizar un mismo trabajo. En este asunto los contratos *fijos de obra* se suscriben con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y del artículo 24 del Convenio colectivo aplicable resulta que se permite la celebración sucesiva de los mismos, limitando en principio la adscripción del trabajador por cada contrato a una sola obra; que es la única medida para este tipo de contratos que podría constituir una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5.1.a) del Acuerdo Marco.

Sin embargo, aunque esa adscripción del trabajador a un sola obra puede considerarse una circunstancia específica y concreta que caracteriza una determinada actividad, no parece que, más allá de las comprobaciones que realice el Juez nacional, el artículo 24 del Convenio Colectivo justifique la utilización de contratos sucesivos de trabajo de duración determinada, lo que entraña un riesgo real de utilización abusiva de los mismos. En ese sentido se recuerda que el apartado 2 de ese artículo se limita a señalar que, con carácter general, el contrato *fijo de obra* se circunscribe a una sola obra, lo que no excluye que pueda celebrarse un contrato de ese tipo para varias obras; a ello se añade que el apartado 5 del mismo artículo permite celebrar diversos contratos de este tipo con la misma empresa sucesivamente para diferentes obras. De todo ello resulta que, en la práctica, el trabajador desempeña de modo permanente y estable tareas que forman parte de la actividad ordinaria de la entidad o empresa que lo emplea.

Así parece ponerse de manifiesto en este caso, en el que el demandante ha suscrito seis contratos *fijos de obra* sucesivos con *Obras y Servicios Públicos*, por una duración total que excede los 25 años, lo que parece poner de manifiesto que la normativa nacional permite atender con este tipo de contratos de duración determinada a necesidades permanentes y estables, lo que no se justifica en el sentido de la cláusula 5.1.a) del Acuerdo Marco. Por ello, en caso de no existir medidas legales equivalentes para prevenir los abusos en estos contratos, lo que debe comprobar el Juez nacional, esa normativa no permite prevenir los abusos de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada. Además, corresponde al Juez nacional comprobar si se concede a los trabajadores con este tipo de contratos una indemnización por cese que sea adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tales abusos, lo que en caso afirmativo sería una medida legal equivalente en el sentido de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco.

En otro orden de cosas el Tribunal de Justicia recuerda que la cláusula 5.1 carece de efecto directo, por lo que el Juez nacional no está obligado a dejar si aplicación una disposición nacional contraria a la misma; además, su obligación de interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho a la luz de la letra y la finalidad de una Directiva tiene el límite de los Principios generales del Derecho, especialmente los de seguridad jurídica e irretroactividad, de manera que esa obligación no lleve a una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. De ello resulta que el Juez nacional ha de comprobar si la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite esa interpretación conforme, y en ese sentido apuntaba la Comisión Europea que este Tribunal concluye que cuando un trabajador ha suscrito dos o más contratos de este tipo y ha superado el límite temporal legal previsto adquiere la condición de indefinido.

Por todo ello el Juez de Luxemburgo responde a las dos primeras cuestiones en el sentido de que es el Juez nacional quien debe apreciar si el límite de 3 años consecutivos, salvo que concurran determinadas condiciones, para los contratos *fijos de obra* por una misma empresa en distintos centros de trabajo de la misma provincia y la concesión a los trabajadores de una indemnización por cese son medidas efectivas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada o medidas legales equivalentes en el sentido de la cláusula 5.1. Y en todo caso la renovación sucesiva de ese tipo de contratos no puede considerarse justificada por razones objetivas, en el sentido de la cláusula 5.1.a), simplemente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que ello no impide, en la práctica, al empleador atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables.

A continuación la sentencia aborda la oposición con el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23 de una normativa nacional conforme a la cual cuando se produce una subrogación de personal en el marco de contratos públicos, los derechos y obligaciones del trabajador subrogado que la empresa entrante está obligada a respetar se limitan a los generados por el último contrato de este con la empresa saliente. A ese respecto, el Tribunal de Justicia recuerda la aplicación de la Directiva a cualquier cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que contrae las obligaciones de empresario respecto a los empleados de la empresa, siendo irrelevante que no exista vínculo contractual entre las dos empresas a las que se ha adjudicado sucesivamente el contrato público. Además, que la subrogación de personal resulte de una readjudicación de un contrato público, tras la cual la empresa entrante asume una parte esencial del personal que la empresa saliente destinaba a la ejecución de dicho contrato, no excluye la aplicación de la Directiva

En otro orden de cosas recuerda el Juez de la Unión que el criterio decisivo para concluir que existe transmisión de empresa es el mantenimiento de la identidad de la entidad económica, lo que se desprende de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude. Para ello han de valorarse todas las circunstancias de la operación concreta, como el tipo de empresa, la transmisión o no de elementos materiales (edificios o bienes inmuebles), el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión o la duración de la eventual suspensión de dichas actividades.

A este respecto advierte el Tribunal que esos elementos no deben valorarse aisladamente y que la importancia de cada uno varía en función de la actividad ejercida o de los medios de producción o explotación utilizados; por ejemplo en caso de que una entidad económica pueda funcionar sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de su identidad tras la operación no puede depender de la cesión de esos elementos. En sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de manera duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad después de la transmisión cuando el nuevo empresario continua con la actividad de que se trate y se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba específicamente a esa tarea.

Por tanto corresponde al Juez nacional comprobar si se ha producido transmisión de empresa en los términos de la Directiva 2001/23, y en particular si la actividad de que se trata descansa fundamentalmente en la mano de obra o esta es un elemento claramente accesorio de los elementos materiales necesarios para la ejecución del contrato público y estos no han sido transmitidos. El Tribunal de Justicia recuerda que la no transmisión de elementos indispensables para el buen funcionamiento de la entidad conduce a considerar que esta no conserva su identidad, pero eso no implica que la transmisión de elementos materiales *in abstracto* sea el único factor determinante de una transmisión de empresa cuya actividad pertenece a un sector en el que los elementos materiales contribuyen de manera importante en el ejercicio de esa actividad. Para determinar si esa no transmisión de los medios de explotación se opone a la calificación de transmisión de empresa, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta las circunstancias propias del asunto del que conoce.

Por otra parte, se señala que la Directiva busca garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, para impedir que los trabajadores se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión. Pero no puede invocarse para obtener mejoras en las condiciones de retribución o de trabajo con ocasión de la transmisión de la empresa. Además, debe garantizarse un equilibrio justo entre los intereses de los trabajadores y los derechos del cesionario, que debe poder realizar los ajustes y adaptaciones necesarias para continuar esa actividad. En este caso, el Tribunal de Justicia considera que la obligación que el artículo 27 del Convenio Colectivo impone a la empresa entrante de respetar los derechos y obligaciones reconocidos a los trabajadores objeto de subrogación con ocasión del último contrato suscrito con la empresa saliente, sin que la empresa entrante quede vinculada por contratos o pactos anteriores, se ajusta al objetivo de la Directiva ya que permite al trabajador permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente.

Por lo que se refiere a la antigüedad, el Juez europeo recuerda que para el cálculo de derechos de carácter pecuniario, como una indemnización por fin de contrato o un aumento de salario, el cesionario está obligado a tener en cuenta todos los periodos de empleo cubiertos por el personal subrogado, en la medida en que esta obligación se derive de la relación laboral que vincula a dicho personal con el cedente y conforme a los criterios acordados en el marco de tal relación. En este caso no se desprende del auto de remisión que la antigüedad que conforme al Convenio Colectivo reconoce la empresa entrante a los trabajadores subrogados sea menos favorable que la que le reconocía la empresa saliente, que correspondía a la generada en virtud del último contrato celebrado con esta empresa. Es más, el reconocimiento de derechos de antigüedad al trabajador, con ocasión de la subrogación, de los que no disfrutaba antes de esta, sería una mejora de sus condiciones de trabajo que no entra en el ámbito de la Directiva 2011/23.

Asimismo el Tribunal estima ajustada al objetivo de la Directiva la excepción que se prevé en el artículo 27.2.2 del Convenio Colectivo respecto de la limitación de los derechos del trabajador subrogado a los generados por el último contrato celebrado con la empresa saliente, para el caso de que ya tuviera reconocido el trabajador tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa entrante en el plazo y forma. En efecto, esa excepción permite garantizar al trabajador subrogado el mantenimiento de los derechos que la empresa saliente le reconocía en el marco de la relación laboral.

En este contexto, en opinión del Tribunal de Justicia el órgano jurisdiccional remitente solamente debe determinar los derechos del demandante frente a la empresa cedente antes de la subrogación, y en particular si fue víctima de una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, y si, por consiguiente, debería haber adquirido la condición de indefinido antes de su subrogación, en cuyo caso, por tanto, habría debido seguir gozando de esa condición una vez subrogado.

**- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 1 de julio de 2021, as. C-521/19, *Tribunal Económico Administrativo Regional de Galicia.***

El Juez de Luxemburgo responde a la solicitud de interpretación de los artículos 73 y 78 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de septiembre de 2006, relativa al sistema común del IVA, que le dirige el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el marco del litigio que se sigue ante él en el que CB, trabajador por cuenta propia, recurre las liquidaciones y sanciones que le impuso la Administración tributaria. El demandante se desempeña como agente artístico, percibiendo sus ingresos en efectivo, sin llevar contabilidad ni registro oficial, ni expedir o recibir facturas ni, por tanto, hacer las declaraciones de IVA. Tras una inspección, la Administración tributaria estimó que las sumas percibida por el demandante en pago de los servicios prestados a un grupo de empresas entre 2010 y 2012 no incluían el IVA y que, por tanto, la base imponible del IRPF de esos ejercicios debía determinarse teniendo en cuenta la totalidad de los importes. Tras el rechazo por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia de su recurso contra las regularizaciones y sanciones que se le impusieron, el demandante llegó ante el órgano jurisdiccional remitente de esta solicitud, que decidió plantear cuestión prejudicial.

El Juez europeo señala que la determinación de la base imponible de una operación entre sujetos pasivos no es uno de los instrumentos a disposición de los Estados, con arreglo al artículo 273 de la misma, para luchar contra el fraude. Por tanto, los artículos 73 y 78 citados no pueden interpretarse en caso de fraude de forma diferente a como lo serían si el comportamiento de los sujetos pasivos no fuera fraudulento. Por ello la cuestión planteada debe deslindarse de si es necesario sancionar a una persona por infringir las reglas del mecanismo común del IVA. A este respecto recuerda el Tribunal de Justicia que, más allá de las sanciones en el plano nacional, el legislador de la Unión procura que caigan sobre los sujetos pasivos que han incumplido las normas básicas de la Directiva, especialmente en materia de facturación, las consecuencias de su comportamiento, impidiéndoles deducir el IVA, incluso en caso de que, tras una inspección fiscal, se someten al IVA con carácter retroactivo las operaciones que no dieron lugar a facturación. El Tribunal recuerda que el derecho de los sujetos pasivos a deducir el IVA soportado por los bienes adquiridos y los servicios recibidos, Principio fundamental del sistema común del IVA dirigido a garantizar la neutralidad, solo es posible, en principio, conforme al artículo 178.a) de la Directiva 2006/112, desde que el sujeto pasivo esté en posesión de una factura.

En este caso, del ordenamiento interno resulta que la facturación del IVA al destinatario de la prestación y su declaración a la Administración tributaria hubiera conferido al demandante, prestador del servicio, el derecho a deducir el IVA que había gravado todos los bienes o servicios afectados a su propia prestación de servicios. Sin embargo, el fraude cometido por él parece impedir, según el artículo 89.3.2 de la Ley 37/1992, cualquier rectificación del IVA e imposibilita el ejercicio de cualquier derecho a deducción, extremo que ha de comprobar el órgano jurisdiccional remitente.

El Juez de Luxemburgo apunta no obstante que la obligación de facturación que, según el artículo 220 de la Directiva, corresponde a los sujetos pasivos y, por tanto, el fallo de las menciones obligatorias del artículo 226.6 a 10 no pueden obstaculizar la aplicación del principio básico por el cual el sistema del IVA pretende gravar únicamente al consumidor final. Por otra parte se añade que, aunque el objetivo de las verificaciones de la Administración tributaria en una inspección fiscal es restablecer la situación a su estado normal si no se hubiera cometido el fraude, los métodos usados implican un inevitable margen de incertidumbre, de manera que lo que se persigue en realidad es el resultado fiscal más probable y fiel posible, en función de los elementos materiales recabados durante la inspección fiscal. En esas circunstancias, la base imponible, según los artículos 73 y 78 antes citados, de la contraprestación realmente percibida por el sujeto pasivo sin incluir el IVA, debe interpretarse, cuando proceda de una reconstitución a posterior por la Administración tributaria por la falta de mención del IVA en una factura o la inexistencia, fraudulenta o no de la misma, teniendo en cuenta ese margen inevitable de incertidumbre.

Por tanto, el resultado, procedente de la reconstitución hecha por la Administración tributaria en el marco de una inspección relativa a impuestos directos, de una operación ocultada a dicha Administración por los sujetos pasivos del IVA, y que debería haber dado lugar a factura en los términos de los artículos 220 y 226 de la Directiva y a declaración a la Administración, incluye el IVA soportado por dicha operación. No sería así si el órgano jurisdiccional remitente estimase posible una rectificación del IVA conforme al Derecho nacional. Para el Juez de Luxemburgo el Principio de neutralidad del IVA se opone a cualquier otra interpretación ya que se haría recaer sobre un sujeto pasivo una parte de la carga del impuesto, que solo debe ser soportado por el consumidor final. A eso añade que no se opone al Principio de neutralidad del IVA la posibilidad de que, conforme al artículo 273 de la Directiva, los Estados adopten sanciones para luchar contra el fraude y su obligación, según el artículo 325.1 TFUE, de combatir las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión mediante medidas efectivas y disuasorias y de adoptar, para ello las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

**- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de octubre de 2021, as. C-909/19, *Unitatea Administrativ Teritorială D.***

El Tribunal Superior de Iaşi (Rumania) plantea al Juez de Luxemburgo una solicitud de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 2.1 y 2 y 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Dicha solicitud se inserta en el litigio que se sigue ante el órgano jurisdiccional remitente entre BX, bombero voluntario a tiempo completo en el municipio de D., y la unidad administrativa y territorial de D., por la retribución al primero como horas extraordinarias de 124 horas, realizadas fuera del horario de trabajo normal, en el marco del periodo de formación de 160 horas que por instrucción del empresario debió cursar con una empresa de formación profesional y en los locales de esta.

El Tribunal comienza recordando que aunque la Directiva 2003/88 no se aplica a la retribución de los trabajadores, con la única excepción de las vacaciones anuales retribuidas, en este caso procede responder a las cuestiones que se le dirigen dado que la retribución de los periodos de formación cursados por el demandante depende de la calificación de estos como tiempo de trabajo o periodo de descanso en el sentido de la Directiva. En cuanto a la consideración como *tiempo de trabajo*, según el artículo 2.1 de la Directiva, del periodo de formación profesional realizada por el trabajador por imposición del empresario, fuera de su lugar habitual de trabajo, y durante el cual no ejerce sus funciones habituales, el Tribunal recuerda que la Directiva busca armonizar las normas nacionales sobre duración del tiempo de trabajo, con el objeto de mejorar la seguridad y la salud de los trabajadores al permitirles disfrutar de periodos de descanso, especialmente diario y semanal, y de periodos de pausa adecuados y fijando una duración máxima del tiempo de trabajo semanal. A ese respecto se advierte que el cumplimiento de la Directiva en materia de duración máxima del trabajo y de tiempo mínimo de descanso no puede supeditarse a consideraciones de carácter puramente económico. A eso se añade que, al establecer el derecho de los trabajadores a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a periodos de descanso diario y semanal, la Directiva precisa el derecho fundamental consagrado en el artículo 31.2 CDFUE, y por ello debe interpretarse conforme a dicho artículo. Por tanto, esas disposiciones de la Directiva no pueden interpretarse restrictivamente en perjuicio de los derechos que se conceden al trabajador.

Por otra parte, el Juez de Luxemburgo recuerda que del artículo 2.1 y 2 de la Directiva resulta que los conceptos de *tiempo de trabajo* y *periodo de descanso* se conciben como excluyentes, sin admitir categorías intermedias, por lo que el periodo de formación profesional debe incluirse necesariamente en una u otra categoría. Además, ambos son conceptos de Derecho de la Unión cuya interpretación debe ser autónoma, refiriéndose al sistema y a la finalidad de la Directiva como único medio para garantizar la plena eficacia de esta y la aplicación uniforme de ambos conceptos en todos los Estados miembros. Y a este respecto se aprecia como factor determinante para considerar que se reúnen los elementos del *tiempo de trabajo* que el trabajador esté obligado a hallarse físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a su disposición para prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad; entendiendo por *lugar de trabajo* aquél en el que el trabajador ejerza una actividad por orden de su empresario, incluso cuando no sea en el que ejerce habitualmente su actividad profesional.

A la vista de lo señalado afirma el Tribunal que el trabajador está a disposición del empresario, en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva, durante los periodos de formación profesional, impartida por una empresa contratada por el empresario, que debe realizar siguiendo instrucciones de su empresario para desempeñar sus funciones. A ese respecto no se considera pertinente que la obligación de cursar dicha formación derive de la normativa nacional, ni que dicha formación se desarrolle, total o parcialmente, fuera del horario normal de trabajo, ya que la Directiva al definir el *tiempo de trabajo* no distingue si se presta o no dentro de las horas de trabajo normales. Por tanto, que la formación se desarrolle en los locales de la empresa que presta esos servicios no obsta que el trabajador esté obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y no impide calificar esos periodos de formación profesional como tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva. Y, por último, tampoco debe tomarse en consideración a los efectos de estimar esos periodos de formación como tiempo de trabajo que la actividad del trabajador durante los mismos sea distinta de su función habitual, si esa formación se cursa por iniciativa del empresario y, en consecuencia, el trabajador está sometido a sus instrucciones. En opinión del Juez de Luxemburgo solo esa interpretación se ajusta tanto al objetivo de la Directiva 2003/88 como a su propia jurisprudencia, que impiden una interpretación restrictiva de los derechos que la Directiva concede al trabajador. Así, la no inclusión de los periodos de formación profesional completados por el trabajador a iniciativa de su empresario en el tiempo de trabajo permitiría a este imponer a aquél obligaciones fuera de las horas normales de trabajo, en perjuicio de su derecho a disfrutar de un reposo suficiente.

**- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de noviembre de 2021, as. C-214/20, *Dublin City Council.***

El Tribunal de Justicia responde a la solicitud de interpretación prejudicial del artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que le dirige el Órgano Tripartito de Resolución de Controversias Laborales y de Seguridad Social de Irlanda, planteada en el contexto del litigio entre MG, bombero a tiempo parcial en virtud de un sistema de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, y el Ayuntamiento de Dublín, respecto de las horas trabajadas por el primero para el segundo durante esos periodos de guardia.

Tras la negativa de la Comisión de Relaciones Laborales de Irlanda a su pretensión de que esas horas de guardia se califiquen como tiempo de trabajo, el demandante planteó recurso ante el órgano jurisdiccional remitente. Las cuestiones planteadas por este son reinterpretadas por el Juez de Luxemburgo que estima que lo que en esencia se le pregunta es la posible consideración como *tiempo de trabajo*, en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88, de un periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial como el de este caso. Sin embargo, declara inadmisibles las cuestiones referidas a la posibilidad de esa misma calificación en relación con la actividad profesional que durante ese periodo de guardia realiza el trabajador para un segundo empresario, al considerar que a la vista del marco fáctico que le presenta el órgano jurisdiccional remitente no dispone de los elementos necesarios para responder de manera útil.

El Tribunal de Justicia recuerda que dado que los conceptos *tiempo de trabajo* y *período de descanso* se definen en el artículo 2 de la Directiva como excluyentes y no admiten categorías intermedias, el tiempo de guardia de un trabajador debe calificarse como integrado en una u otra de esas alternativas. Y aunque se reconoce que esa calificación corresponde al juez nacional, el Tribunal puede indicarle criterios para alcanzar su conclusión y en ese sentido se recuerda el objetivo de la Directiva de armonizar las normas nacionales sobre duración del tiempo de trabajo para mejorar las condiciones de vida y laborales de los trabajadores, tratándose de disposiciones de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador. A ello se añade que al establecer la Directiva el derecho de todo trabajador a una duración máxima del tiempo de trabajo y a periodos de descanso está precisando el derecho consagrado en el artículo 31.2 CDFUE, por lo que esos derechos tal como se recogen en la Directiva han de interpretarse a la luz de este artículo. Por ello las disposiciones de la Directiva no pueden interpretarse restrictivamente en perjuicio de los derechos que la misma concede al trabajador.

Para el Juez de Luxemburgo en el concepto *tiempo de trabajo*, en el sentido de la Directiva, se entienden comprendidos todos los periodos de guardia, incluidos aquellos cubiertos en régimen de disponibilidad no presencial, durante los que se imponen al trabajador limitaciones que afectan objetiva considerablemente su facultad para administrar libremente el tiempo durante el que no se requieren sus servicios y para dedicarlo a sus propios intereses. Si esas limitaciones no alcanzan tal intensidad solo puede considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada durante dicho periodo de guardia. Para apreciar la existencia de esas limitaciones debe prestarse especial atención al plazo del que dispone el trabajador para reanudar su actividad con el empresario para el que realiza la guardia a partir del momento en que este requiere sus servicios, así como la frecuencia media de las intervenciones que el trabajador debe efectivamente realizar durante ese periodo. Cuando ese plazo se limita a unos minutos debe considerarse, en principio, la totalidad del periodo de guardia como tiempo de trabajo. Si bien también debe evaluarse el impacto de ese plazo de respuesta, teniendo en cuenta las demás limitaciones impuestas al trabajador y las facilidades que se le conceden.

Por lo que se refiere al caso concreto el Tribunal de Justicia estima que factores como que el trabajador no deba encontrarse en un lugar preciso durante sus periodos de guardia, no esté obligado a participar en todas las intervenciones que parten de su parque de adscripción, y se le permita otra actividad profesional que no exceda de las 48 horas semanales de media, son elementos objetivos que permiten concluir que está en condiciones de llevar a cabo, según sus propios intereses, esa otra actividad profesional durante esos periodos, pudiendo dedicar a ello una parte considerable del tiempo de los mismos, a menos que la frecuencia media de las llamadas de urgencia y la duración media de las intervenciones impidan que el ejercicio de esa segunda actividad profesional se combine con el empleo como bombero, lo que debe apreciar el órgano jurisdiccional remitente. Además, considera que no pueden tenerse en cuenta las dificultades que resultan de decisiones del propio trabajador, como elegir un lugar de residencia o de ejercicio de la segunda actividad profesional, alejado del lugar en que debe presentarse en plazo en el marco de su empleo como bombero de retén.

En el supuesto de que el Juez nacional compruebe que los periodos de guardia de este caso no cumplen los requisitos para su consideración como tiempo de trabajo, deberán calificarse como periodos de descanso, excepto el tiempo vinculado a las prestaciones laborales efectivamente realizadas. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia advierte que la calificación de esos periodos de guardia como periodo de descanso no hace desaparecer la obligación de los empresarios de cumplir las obligaciones que les imponen los artículos 5 y 6 de la Directiva 89/391/CE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Por ello los empresarios no podrían introducir periodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la salud o la seguridad de los trabajadores, con independencia de que esos periodos se califiquen como periodo de descanso en el sentido del artículo 2.2 de la Directiva 2003/88.