

“Examinadas en su contexto, no pueden, sin embargo, considerarse una llamada a la violencia ni un discurso de odio basado en la intolerancia religiosa.” (FJ 48)

A lo anterior, el Tribunal añadió que:

“[...] no cabe ninguna duda de que a semejanza de cualquier otra declaración contra los valores que subyacen en el Convenio, las expresiones que tienden a propagar, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa, no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). Sin embargo, en opinión del Tribunal, el simple hecho de defender la *sharia*, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un ‘discurso de odio.’” (FJ 51)

Por ello, el Tribunal resolvió lo siguiente:

“[...] teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso y a pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales, el Tribunal considera que la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante no se basó en motivos suficientes respecto al artículo 10. Esta constatación dispensa al Tribunal de proseguir su examen para conocer si la sanción de dos años de prisión impuesta al demandante, que suponía una severidad extrema incluso con la posibilidad de puesta en libertad condicional que ofrece el Derecho turco, era proporcional al fin perseguido.” (FJ 52)

En consecuencia, según el Tribunal, la condena en cuestión había supuesto una vulneración del artículo 10 del Convenio.

Asimismo, ordenó el pago al recurrente de 5.000 euros en concepto de satisfacción por el daño moral.

OPINIÓN DISIDENTE

En contra del parecer de la mayoría, el juez Sr. Türmen entendió que las declaraciones vertidas por el dirigente religioso eran constitutivas del discurso del odio.

En este sentido, el juez declaró que:

“El término ‘piç’, tal y como lo utilizó el demandante, constituye de manera manifiesta un discurso de odio basado en la intolerancia religiosa [...]”

En consecuencia, según el juez, “Si la mayoría admite que el término ‘piç’ constituye un discurso de odio (o por lo menos no está en desacuerdo), entonces, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, tal observación no podría beneficiarse de la protección del artículo 10”.

A ello añadió que:

“El discurso de odio es una expresión que no merece ser protegida. No contribuye de manera alguna a un debate público fructífero y nada hace pensar que su reglamentación atente de alguna manera contra los valores subyacentes de la protección de la libertad de expresión.”

Por su parte, el juez consideró “lamentable” la indemnización por daño moral acordada por la mayoría, indicando que “la constatación de la violación del artículo 10 constituía una satisfacción equitativa suficiente”.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el margen de apreciación del que gozan los estados en cuanto a la libertad de expresión sobre cuestiones susceptibles de ofender convicciones íntimas, en el campo moral, especialmente en la religión, ver las siguientes sentencias: Müller y otros contra Suiza, de 24 de mayo de 1988 (TEDH 1988/8), serie A núm. 133 pg. 22, ap. 35 y, Murphy contra Irlanda, núm. 441/1998, aps. 65-69, de 10 de julio de 2003 (TEDH 2003/162877).

Sobre el alcance de la expresión “necesidad social imperiosa”, ver las siguientes sentencias: Sunday Times contra el Reino Unido (núm. 1), de 26 de abril de 1979 (TEDH 1979/1), serie A núm. 30, pg. 38, ap. 62) y Nilsen y Johansen contra Noruega (TEDH 1999/59) (GS), núm. 23228/1993, TEDH 1999-VIII.

Sobre el discurso de odio y la apología de la violencia, ver la siguiente sentencia: Sürek contra Turquía (TEDH 1999/28) (núm. 1) [GS]. Núm. 26682/1995, ap. 62, TEDH 1999-IV.

Acerca de la relación entre democracia y *sharia*, ver la siguiente sentencia: Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía (TEDH 2003/50031) [GS] núms. 41340/1989, 42342/1998, 41343/1998 y 41344/1998, ap. 123, TEDH 2003).

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Prohibición de ejercer ciertas actividades por operadores extranjeros. Derecho a la libre prestación de servicios y derecho a la libertad de establecimiento

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión de las Comunidades Europeas planteó un recurso de incumplimiento contra la República Portuguesa por considerar que ésta había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 39 de la CE, 43 y 49 de la CE, así como la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE.

La normativa nacional mencionada establece los siguientes requisitos:

En el marco del régimen nacional de homologación que debe expedir el ministro del Interior, las empresas extranjeras que deseen ejercer en Portugal actividades de vigilancia de personas y de bienes, en el sector de los servicios de seguridad privada:

- Deben tener su domicilio o un establecimiento de explotación en el territorio portugués.
- No pueden alegar las justificaciones y garantías ya presentadas en su Estado miembro de establecimiento.
- Deben revestir la forma de persona jurídica.
- Deben tener un capital social determinado.

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Quinta. Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Portuguesa. Asunto C-171/02. Recurso de incumplimiento

FECHA: 29 de abril de 2004

PONENTE: Peter Jann

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 43 y 49 de la CE, y Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE

DOCTRINA: Prohibición de ejercer ciertas actividades por operadores extranjeros. Derecho a la libre prestación de servicios y derecho a la libertad de establecimiento (FJ 26, 28, 33, 34, 41, 43, 53, 56, 60, 66, 71 y 72)

Los miembros del personal de las empresas extranjeras que deseen ejercer en Portugal actividades de vigilancia de

personas y de bienes, en el sector de los servicios de seguridad privada, deben hallarse en posesión de una tarjeta de identidad profesional expedida por las autoridades portuguesas.

Las profesiones del sector de los servicios de seguridad privada no están sujetas al régimen comunitario de reconocimiento de las calificaciones profesionales.

La Comisión basaba su demanda en los siguientes motivos:

“A la incompatibilidad con el artículo 49 de la CE del requisito que exige que el operador económico tenga su domicilio o un establecimiento de explotación permanente en el territorio portugués;

“—a la incompatibilidad con los artículos 43 de la CE y 49 de la CE del requisito que exige que el operador económico revista la forma de persona jurídica;

“—a la incompatibilidad con los artículos 43 de la CE y 49 de la CE del requisito que exige que el operador económico posea un capital social mínimo;

“—a la incompatibilidad con el artículo 49 de la CE del requisito que exige que el operador económico obtenga una autorización de las autoridades portuguesas, sin haber tenido en cuenta ni las justificaciones ni las garantías ya presentadas en el Estado miembro de origen;

“—a la incompatibilidad con los artículos 39 de la CE y 49 de la CE del requisito que exige que los miembros del personal del operador económico se hallen en posesión de una tarjeta de identidad profesional expedida por las autoridades portuguesas, sin que se hayan tenido en cuenta ni los controles ni las verificaciones ya efectuados en el Estado miembro de origen;

“—a una infracción del artículo 249 de la CE, en relación con el artículo 10 de la CE, resultante de una adaptación incorrecta del Derecho nacional al artículo 8 de la Directiva 92/51.”

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estimó el recurso, declarando el incumplimiento de las obligaciones que incumbían al Estado demandado en virtud de los artículos 39 de la CE, 43 y 49 de la CE, al exigir ciertos requisitos para que los operadores extranjeros pudieran ejercer en Portugal, en el sector de servicios de seguridad privada, actividades de vigilancia de las personas y bienes, desestimando el recurso en todo lo demás y condenando en costas a la República Portuguesa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En los fundamentos de derecho, el Tribunal analizó las siguientes cuestiones:

Delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación del derecho a la libre prestación de servicios (artículo 49 de la CE) y el derecho a la libertad de establecimiento (artículo 43 de la CE)

Sobre dicha cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] pueden constituir servicios en el sentido del artículo 49 de la CE aquellas prestaciones que un operador económico establecido en un Estado miembro realiza de manera más o menos frecuente o regular, incluso durante un período prolongado, a favor de personas establecidas en uno o varios estados miembros, por ejemplo la actividad remunerada de asesoramiento o de consulta. Dicho órgano jurisdiccional ha señalado que, en efecto, ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios en el sentido del Tratado (Sentencia de 11 de diciembre de 2003 [TJCE 2003, 412], Schnitzer, C-215/01, aún no publicada en la Recopilación, apartados 30 y 31).” (FJ 26)

Por ello, el Tribunal concluyó lo siguiente:

“[...] aun cuando, en el presente caso, las medidas nacionales controvertidas se aplican únicamente a los operadores económicos que ofrecen sus servicios en Portugal durante un período superior a un año, en principio, pueden restringir la libertad de prestación de servicios.” (FJ 28)

Por tanto, el Tribunal consideró que dicho motivo estaba fundado.

Incompatibilidad con el artículo 49 de la CE del requisito que exige que el operador económico tenga su domicilio o un establecimiento de explotación permanente en el territorio portugués

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“[...] el requisito según el cual una empresa de vigilancia debe tener su establecimiento de explotación en el Estado miembro de destino es contrario, de plano, a la libre prestación de servicios, en la medida en que hace imposible, en dicho Estado, la prestación de servicios por las empresas establecidas en otros estados miembros [...]” (FJ 33)

Por tanto:

“El hecho de que las actividades de seguridad privada se ejerzan en el marco de una relación de complementariedad y de colaboración con el sistema de seguridad pública no puede justificar, por sí solo, una restricción semejante a la libre prestación de servicios.” (FJ 34)

Incompatibilidad con los artículos 43 de la CE y 49 de la CE del requisito que exige que el operador económico revista la forma de persona jurídica

Acerca de la exigencia de que los operadores de seguridad privada debieran revestir la forma de persona jurídica, el Tribunal entendió que “[...] un requisito de esta índole excluye cualquier posibilidad de que un prestador transfronterizo, que es una persona física, preste servicios en Portugal.” (FJ 41)

Asimismo, éste advirtió que:

“Un requisito similar no puede verse justificado por razones de protección de los acreedores. En efecto, dado que existen medios de alcanzar el citado objetivo, si bien restringiendo en menor medida la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, como la constitución de una garantía o la suscripción de un contrato de seguro, dicho requisito debe considerarse como desproporcionado.” (FJ 43)

Por tanto, el Tribunal entendió que dicho motivo también estaba fundado.

Incompatibilidad con los artículos 43 de la CE y 49 de la CE del requisito que exige que el operador económico posea un capital social mínimo

Acerca de la exigencia a los operadores económicos de un capital mínimo, el Tribunal declaró que:

“[...] puede perjudicar a las actividades de los prestadores transfronterizos establecidos en estados miembros distintos de la República Portuguesa, en los que prestan legalmente servicios análogos y constituye, por lo tanto, una restricción a efectos del artículo 49 de la CE.” (FJ 53)

Asimismo, éste indicó que:

“La voluntad de impedir cualquier tentativa de eludir la normativa nacional tampoco puede justificar el citado requisito. Efectivamente, el hecho de que un nacional de un Estado miembro que desea crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas en materia de Derecho de sociedades le parecen las menos rigurosas y abra sucursales en otros estados miembros no puede constituir por sí solo un ejercicio abusivo del derecho de establecimiento.” (FJ 56)

En consecuencia, también consideró fundado dicho motivo.

Incompatibilidad con el artículo 49 de la CE del requisito que exige que el operador económico obtenga una autorización de las autoridades portuguesas sin que se tengan en cuenta ni las justificaciones ni las garantías ya presentadas en el Estado miembro de origen

"[...] por lo que atañe a una normativa análoga a la legislación portuguesa criticada por la Comisión y ante alegaciones de descargo similares a las del Gobierno portugués, el Tribunal de Justicia declaró que una normativa nacional que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 49 de la CE. Una restricción de esta índole no puede estar justificada, ya que, el excluir que se hayan tenido en cuenta las obligaciones a las que el prestador transfronterizo ya estaba sujeto en el Estado miembro en que se halla establecido, va, en cualquier caso, más allá de lo que es necesario para alcanzar el objetivo que se persigue, que es garantizar un estricto control de tales actividades [...]." (FJ 60)

Por tanto, el tribunal también consideró que dicho motivo estaba fundado.

Incompatibilidad con los artículos 39 de la CE y 49 de la CE del requisito que exige que los miembros del personal del operador económico se hallen en posesión de una tarjeta de identidad profesional expedida por las autoridades portuguesas, sin que se tengan en cuenta ni los controles ni las verificaciones ya efectuadas en el Estado miembro de origen

Acerca de la obligación de los miembros del personal de un operador de seguridad de poseer una tarjeta de identidad profesional expedida por las autoridades portuguesas, el Tribunal declaró que:

"[...] constituye una restricción a efectos de los artículos 39 de la CE y 49 de la CE, en la medida en que no tiene en cuenta ni los controles ni las comprobaciones ya efectuados en el Estado miembro de origen." (FJ 66)

En consecuencia, también consideró fundado dicho motivo.

Infracción del artículo 249 de la CE, en relación con el artículo 10 de la CE, derivada de la adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 8 de la Directiva 92/51

"[...] la tarjeta de identidad profesional no puede considerarse un certificado de competencia en el sentido del artículo 8 de la Directiva 92/51, en relación con el artículo 1, letra c), de ésta." (FJ 71)

"Por lo tanto, el requisito según el cual los miembros del personal del operador de seguridad privada deberán hallarse en posesión de una tarjeta de identidad profesional expedida por las autoridades portuguesas no es contrario al artículo 8 de la Directiva 92/51." (FJ 72)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declaró que la República de Portugal había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 39 de la CE, 43 de la CE y 49 de la CE al exigir como requisitos para que los operadores extranjeros pudieran ejercer en Portugal, en el sector de servicios de seguridad privada, actividades de vigilancia de las personas y bienes, que dichos operadores:

- tengan su domicilio o un establecimiento de explotación permanente en el territorio portugués;
- revistan la forma de persona jurídica;
- posean un capital social mínimo;
- obtenzan una autorización expedida por las autoridades portuguesas, sin que se tengan en cuenta ni las justificacio-

nes ni las garantías ya presentadas en el Estado miembro de origen, y que

–los miembros de su personal se hallen en posesión de una tarjeta de identidad profesional expedida por las citadas autoridades, sin que se hayan tenido en cuenta ni los controles ni las comprobaciones ya efectuados en el Estado miembro de origen.

Por su parte, la República Portuguesa fue condenada en costas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los requisitos de la libre prestación de servicios, ver la siguiente sentencia: STJCE de 11 de diciembre de 2003 (TJCE 2003/412), Schnitzer, C-215/01)

Sobre las restricciones a la libre prestación de servicios, ver la siguiente sentencia: STJCE de 9 de marzo de 2000 (TJCE 2000/37), Comisión/Bélgica, C-355/98, Rec. pg. I-1221, apartados 27 a 30.

Sobre las restricciones al derecho de establecimientos, ver las siguientes sentencias: STJCE de 12 de julio de 1984, Klopp 107/83, Rec. pg. 2971, apartado 19, y de 7 de julio de 1988 (TJCE 1988/196); STJCE Stanton, 143/87, Rec. pg. 3877, apartado 11.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Denegación de una solicitud de vacaciones anuales tras finalizar el período de baja maternal por ser contrario a lo acordado por convenio colectivo. Igualdad de trato entre hombres y mujeres

SUPUESTO DE HECHO

Una trabajadora de una empresa del sector del caucho estuvo disfrutando de la baja por maternidad entre el 4 de mayo y el 24 de agosto de 2001. Como quiera que el año anterior ésta había ya elegido turno de vacaciones, conforme a las reglas establecidas en el correspondiente convenio colectivo, no podía acceder al turno excepcional de septiembre para disfrutar de sus vacaciones anuales, según estaba estipulado por dicho convenio. Sin embargo, la trabajadora solicitó disfrutar de un período de vacaciones pasado el término del período de su baja por maternidad, solicitud que la empresa denegó. Ante ello, la trabajadora formuló demanda contra la empresa acerca de las vacaciones reclamadas.

El órgano jurisdiccional competente formuló una cuestión prejudicial en relación con el solapamiento de la fecha de descanso maternal y la fecha fijada colectivamente para el disfrute de vacaciones de la plantilla. Al respecto, éste consideraba, en contra de cierta corriente jurisprudencial nacional, que:

“[...] vista la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 7 de la Directiva 93/104, la relativa al artículo 8 de la Directiva 92/85 [...], y la relativa a la Directiva 76/207 [...], el principio de igualdad de trato y no-discriminación de la mujer por razón de su embarazo y/o lactancia implica que una trabajadora debe tener derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto no coincidente con el de su descanso maternal, si las fechas de las vacaciones anuales previamente fijadas por acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores coinciden con la fecha de disfrute del permiso de maternidad de la trabajadora. Admitir el solapamiento de ambos períodos de descanso supondría la anulación de uno de ellos, en este caso, el disfrute de vacaciones anuales.”

Por su parte, el órgano jurisdiccional remitente consideraba que el hecho de que el convenio colectivo hubiese fijado con carácter previo el período de vacaciones para toda la plantilla no era obstáculo para llegar a dicha conclusión, indicando que “Para respetar la normativa comunitaria garantizadora del principio de igualdad de trato y no-discriminación y del derecho al disfrute de vacaciones anuales, el acuerdo de 7 de mayo de 2001 debería haber contemplado la especial situación de las trabajadoras embarazadas en la empresa, garantizando el doble derecho a descanso maternal y a vacaciones”. El órgano jurisdiccional consideraba que el no hacerlo suponía una vulneración de la normativa comunitaria aplicable.

Por ello, el mismo formuló las siguientes cuestiones prejudiciales:

“¿Cuando unos acuerdos colectivos establecidos entre la empresa y los representantes de los trabajadores fijan las fechas de disfrute de vacaciones para la totalidad de la plantilla y esas fechas resultan coincidentes con las de baja maternal de una trabajadora, el artículo 7.1 de la Directiva 93/104, el artículo 11.2.a) de la Directiva 92/85 y el artículo 5.1 de la Directiva 76/207, garantizan el derecho de esta trabajadora a disfrutar sus vacaciones anuales en período distinto del pactado y no coincidente con el de su baja maternal?

“De responderse positivamente a la pregunta anterior, ¿el contenido material del derecho al disfrute de vacaciones anuales, comprende exclusivamente las cuatro semanas de descanso referidas en el artículo 7.1 de la Directiva 93/104, o se extiende a los 30 días naturales establecidos por la legislación nacional, artículo 38.1 del Real decreto legislativo 1/1995, Estatuto de los trabajadores?”

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Quinta. Asunto C-342/01. Cuestión prejudicial

FECHA: 18 de marzo de 2004

PONENTE: N. Colneric

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 7.1 de la Directiva 93/104 del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo

DOCTRINA: Denegación de una solicitud de vacaciones tras finalizar el período de baja maternal por ser contrario a lo acordado por convenio colectivo. Igualdad de trato entre hombres y mujeres (FJ 32, 33, 37, 38, 41, 44 y 45)

El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas respondió en sentido afirmativo a ambas cuestiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Sobre la primera cuestión

Respondiendo a la primera cuestión, el Tribunal aclaró la diferencia entre la finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales y el derecho al permiso de maternidad, cual es “[...] la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto” (FJ 32).

Dicho esto, en relación con el derecho al permiso por maternidad, el Tribunal declaró que:

“El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y las de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas.” (FJ 33)

Asimismo, el Tribunal recordó que la Directiva 76/207 “tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal” (FJ 37).

Por tanto, “[...] el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del artículo 2, apartado 3, de dicha directiva por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo” (FJ 37).

Por ello el Tribunal consideró que:

"[...] el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 ha de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad." (FJ 38)

Lo anterior llevó al Tribunal a concluir lo siguiente:

"[...] procede responder a la primera cuestión que los artículos 7, apartado 1, de la Directiva 93/104, 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla." (FJ 41)

Sobre la segunda cuestión

Acerca de si el número de días de vacaciones de los que podía disfrutar la trabajadora en las circunstancias descritas era el mínimo establecido por el Derecho comunitario o el establecido por el Derecho nacional, el Tribunal declaró que:

"Cuando un Estado miembro haya optado por una duración de las vacaciones anuales más larga que la duración mínima establecida por la directiva, el derecho a las vacaciones anuales más largas de las mujeres que han disfrutado de un permiso de maternidad que coincide con el período de vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, se rige por el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85." (FJ 44)

En consecuencia, el Tribunal respondió a la segunda cuestión en el siguiente sentido:

"Cuando un Estado miembro haya optado por una duración de

las vacaciones anuales más larga que la duración mínima establecida por la directiva, el derecho a las vacaciones anuales más largas de las mujeres que han disfrutado de un permiso de maternidad que coincide con el período de vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, se rige por el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85." (FJ 45)

Por tanto, el Tribunal respondió afirmativamente a ambas cuestiones.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Negando el derecho a disfrutar de las vacaciones anuales en período distinto del fijado por el acuerdo colectivo alcanzado por la empresa, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de noviembre de 1995 (Aranzadi 1995/8771); STS de 27 de junio de 1996 (Aranzadi 1996/5389); STSJ de Navarra de 10 de febrero de 2000 (Aranzadi 2000/5214); STSJ de Andalucía de 7 de diciembre de 1999 (Aranzadi 1999/4606), y STSJ de Madrid de 13 de julio de 1999 (Aranzadi 1999/6301).

Sobre el artículo 7 de la Directiva 93/104, ver la STJCE de 26 de junio de 2001 (TJCE 2001/179), BECTU (C-173/99, Rec. pg. I-4881).

Sobre el artículo 8 de la Directiva 92/85, ver la STJCE de 27 de octubre de 1998 (TJCE 1998, 255), Boyle y otros (C-411/96, Rec. pg. I-6401)

Sobre la Directiva 76/207, ver la Sentencia de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998/ 70), Thibault (C-136/95, Rec. pg. I-2011).

Sobre la finalidad de las vacaciones anuales y del permiso de maternidad, ver las siguientes sentencias: STJCE de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. pg. 3047, apartado 25; Thibault (TJCE 1998/70), apartado 25, y STJCE Boyle y otros (TJCE 1998/255).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Prohibición de excluir a un candidato de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el hecho de proyectar medios que pertenezcan a una o varias entidades distintas

SUPUESTO DE HECHO

Una entidad financiera austriaca inició un procedimiento de adjudicación de un contrato en dos fases sobre la concepción, elaboración y realización de un sistema de tratamiento electrónico de datos basado en tarjetas inteligentes.

El punto 1.8 de dicha licitación, con el fin de garantizar la correcta ejecución del contrato en el plano técnico, disponía lo siguiente:

"Sólo se admitirá la subcontratación de porcentajes del contrato con el límite máximo del 30% de las prestaciones y siempre que el licitador o la agrupación de licitadores retenga las prestaciones características del contrato, es decir, la gestión del proyecto, la concepción del sistema, el desarrollo, la realización, la entrega y el funcionamiento de los componentes centrales del sistema global propios del proyecto, el desarrollo, la entrega y la gestión de las tarjetas según su ciclo de vida, así como del desarrollo de los terminales."

Tres de las cuatro agrupaciones licitadoras incluían a un suministrador de tarjetas, que debía entregar las mismas.

Finalmente, el contrato fue adjudicado a la empresa que no incluía un subministrador de tarjetas.

Ante ello, las agrupaciones excluidas interpusieron un recurso frente al Bundesvergabeamt con el fin de que se anulara la decisión de adjudicar el contrato a la empresa a la que había sido adjudicado y, con carácter subsidiario, que se declarara desierta la licitación. Dicha petición fue desestimada, por falta de legitimación activa y de interés para ejercitar la acción.

Al cabo de unos días, las empresas excluidas interpusieron una serie de recursos solicitando la anulación de la decisión

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Sexta. Asunto C-314/01. Cuestión prejudicial

FECHA: 18 de marzo de 2004

PONENTE: Juez Romain Schintgen

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 2, apartado 7, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (Directiva 89/665)

DOCTRINA: Prohibición de excluir a un candidato de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el hecho de proyectar medios que pertenezcan a una o varias entidades distintas (FJ 42, 43, 44, 46, 47, 48 y 50)

de la entidad financiera contraria a declarar desierta la licitación y que, como medida cautelar, se prohibiera la adjudicación del contrato hasta que el Bundesvergabeamt se hubie-

ra pronunciado con carácter principal, petición que fue concedida.

El Bundesvergabeamt estimó las pretensiones de dos de las compañías recurrentes, anulando la decisión de la entidad financiera de no declarar desierta la licitación. Éste motivó su sentencia indicando que la licitación implicaba un criterio de selección ilícito, en la medida en que la prohibición de subcontratar conculcaba el derecho del licitador, conferido por la normativa comunitaria, a recurrir a un subcontratante para justificar su capacidad de ejecución del contrato de que se trata. En el caso de autos, si la licitación no hubiera establecido dicho requisito, las agrupaciones excluidas hubiesen podido recurrir a un subcontratante para la entrega de las correspondientes tarjetas.

A pesar de la sentencia, la entidad financiera decidió adjudicar el contrato a la empresa a la que inicialmente le había sido atribuido el contrato.

Ello dio lugar a una nueva serie de litigios en cuyo seno el Bundesvergabeamt planteó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas varias cuestiones prejudiciales, por entender que la solución de los mismos requería la interpretación de varias normas de la Directiva 89/665.

De las distintas cuestiones formuladas, el Tribunal únicamente entró a analizar la siguiente:

“¿Resulta de las disposiciones de la Directiva 89/665 [...], en particular del artículo 2, apartado 7, eventualmente en relación con las disposiciones de la Directiva 92/50 [...], en particular con el artículo 25 y el artículo 32, apartado 2, letra c), o de cualquier otra disposición de Derecho comunitario, en particular habida cuenta del principio del efecto útil que informa la interpretación del Derecho comunitario, que una disposición de la licitación, que por prohibir subcontratar elementos esenciales del contrato, a pesar de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de la sentencia [Holst Italia, antes citada], impide al licitador acreditar, utilizando como prueba el contrato celebrado con el subcontratista, que dispone efectivamente de los medios de terceros, y le priva, por lo tanto, del derecho a invocar los medios de terceros para acreditar su capacidad, y que efectivamente dispone de los medios de terceros, es hasta tal punto manifiestamente contraria al Derecho comunitario que debe considerarse con un contrato celebrado a resultados de tal licitación debe considerarse nulo, en particular cuando el ordenamiento jurídico interno contiene, en cualquier caso, disposiciones que determinan la nulidad de los contratos contrarios a la ley?”

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Como señaló el Tribunal, la segunda cuestión planteada se basaba “en la premisa de que una disposición de la licitación que prohíbe el recurso a la subcontratación respecto a partes importantes de un contrato es contraria a la Directiva 92/50”.

En relación con la posibilidad de subcontratar a terceros una parte del contrato, el Tribunal señaló que la mencionada directiva lo admitía en algún supuesto. Al respecto, éste declaró lo siguiente:

“[La Directiva 92/50 [...] prevé expresamente, en su artículo 25, la posibilidad de que el licitador subcontrate a terceros una parte del contrato, ya que esta norma dispone que la entidad adjudicadora podrá exigir al licitador que mencione en su oferta la parte de dicho contrato que se proponga subcontratar. Además, en cuanto a los criterios de selección cualitativa, el artículo 32, apartado 2, letras c) y h), de dicha directiva establece expresamente la posibilidad de justificar la capacidad técnica del prestador de servicios mediante la descripción del equipo técnico o de los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa del prestario, de los que éste disponga para la realización del servicio, o incluso mediante la indicación de la

parte del contrato que, en su caso, se proponga subcontratar.” (FJ 42)

En este sentido, el Tribunal se remitió a lo declarado ya en otra ocasión, en el sentido de que:

“[...] nadie puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él. Ello implica que es posible que un prestador que, de por sí, no cumple los requisitos mínimos exigidos para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios invoque ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que tiene previsto recurrir si se le adjudica el contrato.” (FJ 43)

Sin embargo, el Tribunal advirtió que para que en ese caso se admitiera la participación de un licitador en un procedimiento, éste debía “[...] acreditar que dispone efectivamente de los medios de tales organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato” (FJ 44).

En relación con la cuestión planteada, el Tribunal hizo la siguiente advertencia:

“[...] la premisa sobre la que se basa la segunda cuestión sólo sería exacta si se acreditara que el punto 1.8 de la licitación prohíbe, en la fase del examen de las ofertas y de la selección del adjudicatario del contrato, que este último se valga de la subcontratación para prestaciones esenciales del contrato. En efecto, una persona que invoque las capacidades técnicas y económicas de terceros a los que se proponga recurrir si se le adjudica el contrato sólo puede ser excluida en el caso de que no demuestre que, efectivamente, dispone de tales capacidades.” (FJ 46)

Al respecto, el Tribunal aclaró que:

“[...] el punto 1.8 de la licitación no se refiere a la fase de examen y selección del procedimiento de adjudicación del contrato, sino a la fase de ejecución de éste, y que su objeto es evitar precisamente que la ejecución de partes esenciales del contrato se encomiende a entidades cuyas capacidades técnicas y económicas no haya podido comprobar la entidad adjudicadora con ocasión de la selección del adjudicatario. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si así sucede efectivamente.” (FJ 47)

Dicho esto, y respondiendo a la pregunta formulada, el Tribunal indicó que:

“Si resultara que una cláusula de la licitación es, efectivamente, contraria a la Directiva 92/50, en particular por prohibir ilegalmente recurrir a la subcontratación, bastaría entonces con recordar que, en virtud de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 7, de la Directiva 89/665, los estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones que adopten las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible, en el supuesto de que tales decisiones hubieran infringido la normativa comunitaria en materia de contratos públicos.” (FJ 48)

Finalmente, el Tribunal señaló que:

“[...] en el supuesto de que una cláusula de la licitación sea incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratos públicos, el ordenamiento jurídico interno de los estados miembros debe prever la posibilidad de invocar esa incompatibilidad por el cauce de los recursos a que se refiere la Directiva 89/665.” (FJ 50)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En similares términos, en relación con la subcontratación en la adjudicación de contratos públicos, ver la siguiente sentencia: STJCE de 2 de diciembre de 1999 (TJCE 1999/282), Holst Italia C-176/98, Rec. pg. I-8607).