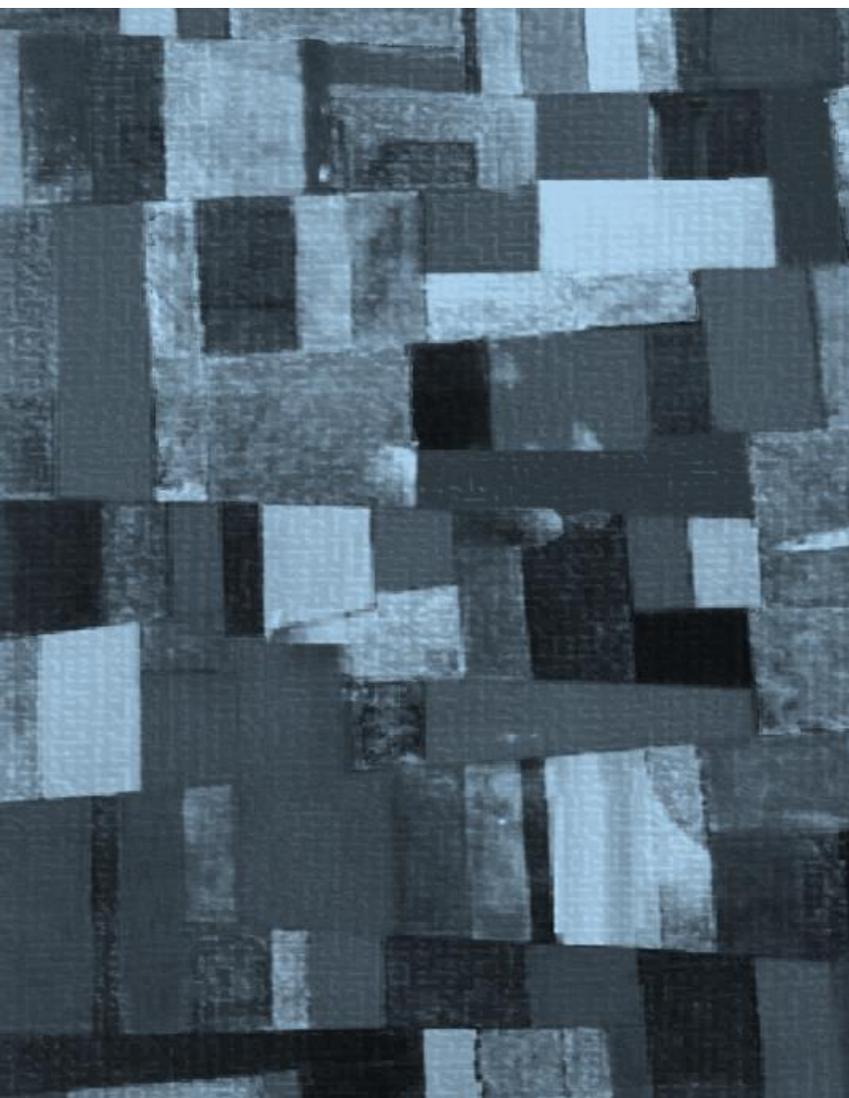


Número 211

JURISDICCIÓN SOCIAL

Revista de la Comisión de lo Social de
Juezas y Jueces para la Democracia

Mayo 2020



Juezas y Jueces
para la Democracia

Editorial

Artículos

Legislación

Negociación colectiva

Jurisprudencia

Organización Internacional del
Trabajo

Administración del Trabajo y
Seguridad Social

Cultura y trabajo

Carta social europea

**Comisión de lo
Social**

Juezas y Jueces para la Democracia

www.juecesdemocracia.es

[Blog Jurisdicción Social](#)

ÍNDICE

EDITORIAL

ARTÍCULOS

La nulidad del art. 56 del estatuto de los trabajadores. Antonio Seoane García

Obtención de la prueba y vulneración de derechos fundamentales. Prueba nula... ¿despido nulo? Fernando Cabezas Lefler

Comentario sobre la sentencia del TJUE, de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19. África Ortiz López.

LEGISLACIÓN

- Unión Europea
- Estatal
- Comunidades Autónomas

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Estatal
- Autonómica

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Juzgado de lo Social
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

CULTURA Y TRABAJO

CARTA SOCIAL EUROPEA

EDITORIAL

Termina el mes de Mayo de 2020, un mes inolvidable por ser el tercero en que España vive bajo el estado de alarma derivado de la pandemia COVID-19, que según la OIT destruirá 195 millones de puestos de trabajo en todo el mundo y que en nuestro país ha segado la vida de 26.834 personas.

Empezó el mes con un Primero de Mayo atípico, sin manifestaciones (vid. ATC 30/04/2020), pero con más reivindicaciones que nunca. En 1886 la revuelta de Haymarket terminó con la vida de muchos obreros que reivindicaban la jornada de 8 horas, jornada que hoy consideramos normal u ordinaria y que, sin embargo, entonces era poco más que un sueño. Los anarquistas George Engel (tipógrafo), Adolf Fischer (periodista), Albert Parsons (periodista) August Vincent Theodore Spies (periodista), fueron ejecutados el 11 de noviembre de 1887, tras una farsa de juicio por los hechos de Haymarket del 4 de Mayo de 1886. Ellos murieron por el sueño que hoy disfrutamos. Pero no conviene dormirse, pues sólo despiertos podremos defender ese sueño. Por ello, es preciso recordarnos cada año algo que la Historia nos enseña con terquedad: los derechos no se crean ni se destruyen, sólo se conquistan y se defienden. Fuera del ámbito de su conquista y defensa, no son sino sueños por los que hay que volver luchar.

La pandemia ha evidenciado el fracaso de las políticas neoliberales. España ha demostrado que la sociedad existe, al contrario de lo que proclamara con arrogancia Margaret Thatcher. Una sociedad que está logrando salir de una crisis sin precedentes, a pesar de una década neoliberal de recortes suicidas en sanidad, educación y cultura. Una sociedad que clama por más Estado social, por una recuperación de la cultura de lo común, por un emplazamiento de los cuidados en la cumbre de la escala de valores. Una sociedad que no cuida a los que cuidan, es una sociedad sin futuro. Ahora, desgraciadamente, lo sabemos por experiencia.

En este contexto de crisis la Revista Jurisdicción Social de Juezas y Jueces para la Democracia, continúa tratando de ofrecer a sus lectores/as herramientas para navegar en las agitadas aguas de una actividad legislativa completamente desbordada (204 normas en el ámbito estatal a 26/05, según el BOE); situación que nos obliga a la permanente actualización y a un constante esfuerzo de asimilación.

En el capítulo de legislación, fuera del ámbito COVID-19, destaca el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020 (vigente a partir de 01/09/20). Continúa la saga de Reales Decretos Leyes COVID-19 que ya han alcanzado el nº 19. Destacan también las prórrogas del Estado de Alarma, al cerrar esta edición, vigente hasta 7/06/2020.

La negociación colectiva y la actividad jurisprudencial siguen al ralentí. Cabe destacar el ATC 30/04/20 sobre libertad de manifestación y derecho a la vida, integridad física y salud, dictado para convalidar la no autorización administrativa de manifestaciones del 1 de Mayo, muy expresivo de la situación que vivimos.

A destacar también la STS 3/04/2020 que declara aplicable a la Relación Laboral Especial de Artistas, la cláusula anti abuso en la contratación temporal del art. 15. 5 ET, de la que el Juzgado Social nº 7 de Madrid fue pionera.

En el ámbito de la jurisprudencia, hay que destacar dos sentencias de nuestros compañer@s Pablo Aramendi y Gloria Rodríguez.

La primera, procedente del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, resuelve un supuesto en el que la parte actora impugna la resolución de la por la que se deniega la concurrencia de fuerza mayor derivada del COVID, el Magistrado aprecia la concurrencia de silencio positivo, al haber resuelto la Administración pasados los cinco días preceptivos para resolver desde la solicitud del ERTE.

En la segunda, sobre estado de Alarma y prevalencia de Derechos Fundamentales (Libertad Sindical). ERTE Suspensivo y Libertad Sindical. La Magistrada resuelve sobre el Derecho preferente de representantes de los trabajadores y liberad@s sindicales a mantener el desarrollo laboral como fórmula efectiva de labor sindical.

En el apartado de artículos de asociad@s y colaboradores/as tenemos, en primer lugar, el del compañero y Magistrado del Social 33 de Madrid, Antonio Seoane; que trata sobre el alcance de las facultades del legislador para determinar las indemnizaciones que corresponden a un incumplimiento contractual como es el Despido improcedente. Artículo muy pertinente, a cuento con la decisión sobre el fondo del CEDS en el caso de la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)* v. Italia, publicada el 11/02/2020. (queja nº 158/2017) y la sentencia de 194/2018 de la Consulta (Tribunal Constitucional italiano), conforme a la que la dignidad del trabajador requiere al menos que el juez pueda cuantificar el daño provocado por la injusta pérdida del puesto de trabajo.

En segundo lugar, nuestro compañero Fernando Cabezas, Magistrado del Social 3 de Pontevedra, analiza una cuestión de innegable calado práctico, en la que aún no se cuenta con doctrina unificada como es la problemática derivada de la apreciación de la nulidad de la prueba en los procedimientos por despido y la calificación que corresponde, constatando la disparidad de planteamientos al diferenciar la utilización de determinados instrumentos para el conocimiento de los hechos que posteriormente son sancionados, de su prueba a través del oportuno soporte documental. Con cita de diferentes sentencias a favor de la nulidad o de la improcedencia, opta por esa primera declaración y aborda igualmente la complejidad de resolver en la propia vista sobre una cuestión que la mayoría de las veces resulta muy complicada.

En tercer lugar, contamos con una valiosa aportación de la colaboradora y abogada laboralista África Ortiz, que analiza al detalle la STJUE de 22 de abril de 2020 (Asunto C-629/19), y las conclusiones que pueden extraerse en relación con el artículo 1. 3. g de nuestro Estatuto de los Trabajadores, entre las que destaca la llamada por parte del TJUE al/a juzgador/a nacional a aplicar la norma europea, de modo directo, incluso inaplicando la normativa interna, si se considera ésta incompatible, para el caso enjuiciado, con la normativa europea.

En la sección de cultura y trabajo este mes, contamos con la interesante segunda entrega del análisis del documentado libro de Paco Ignacio Taibo "Que sean fuego las estrellas. II", en la que nuestra compañera Amaya Olivas pone de relieve la actualidad sobre locks out, y listas negras, trazando un paralelismo entre las que acontecían en el período 1917-1923 y las que se dan hoy en día.

Dentro la misma sección, en el rincón de la contracultura, Silvia Ayestarán y AG Stakanov comentan la película " Comportarse como adultos", así como los temas de Nina Simone "Work from home, de Pink Floyd. "Dark side of the moon, y del gran Miles Davis. "Kind of blue"

Desde el Consejo de Redacción esperamos, querid@ lector/a, que la revista de este mes te resulte tan sugerente como útil.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Belén Tomas Herruzo
José Luis Asenjo Pinilla
Ana Castán Hernández
Amaya Olivas Díaz
Carlos Hugo Preciado Domènech
Jaime Segalés Fidalgo

Maquetación

Alba Bódalo Pardo
Fátima Mateos Hernández

CONSEJO ASESOR EXTERNO

Antonio Baylos Grau
Cristóbal Molina Navarrete
Margarita Miñarro Yaninni,
Francisco Alemán Páez
Olga Fotinopoulou Basurko
Juan Gómez Arbós
Ana Varela
Raúl Maíllo
José Luis Monereo



La nulidad del art. 56 del estatuto de los trabajadores

Antonio Seoane García

Magistrado.

Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid

0.- Resumen

¿Puede el legislador determinar arbitrariamente las indemnizaciones que corresponden a un incumplimiento contractual como es el Despido improcedente? ¿Puede obligar a los órganos judiciales a cuantificarlas con arreglo a los únicos parámetros del tiempo de servicio prestado y el salario percibido por el trabajador? ¿Puede tasar esa indemnización en un número determinado de días por año de servicios? ¿Puede establecer topes máximos al devengo de dichas indemnizaciones?

O, por el contrario, ¿esas indemnizaciones han de referenciarse con relación a los daños y perjuicios que sufre dicho incumplimiento el acreedor contractual, que han de verse satisfechas con criterios de plena compensación e incluso con un plus indemnizatorio que responde a fines disuasorios?

I.- Introducción.

Recientemente y desde la sede que gestiona judicialmente el autor de este artículo se han dictado hasta tres Sentencias por las que se ha venido a declarar la nulidad del art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por quebrantar el principio de jerarquía

normativa¹. Nos atrevemos a afirmar, interesadamente, su carácter innovador y prácticamente revolucionario porque vienen a desmontar todo el sistema de consecuencias jurídicas del llamado despido improcedente cuando menos desde 1986, en que entró en vigor el Convenio núm. 158 de la OIT, y que es esencialmente continuista del instaurado por la Dictadura en 1944 con la Ley de Contrato de Trabajo. Eso sí notoriamente empeorado. E indirectamente extiende sus conclusiones a las consecuencias del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales o de legalidad ordinaria. Y concluyen con la implementación alternativa de la aplicación de las normas que integran el sentir colectivo del derecho comunitario europeo, al que orgullosamente decimos pertenecer.

Ese dato del progresivo dismantelamiento de un sistema de compensaciones e indemnizaciones por los despidos injustos debería hacernos reflexionar y ser considerado en el estudio global de la transición política española. Especialmente teniendo en cuenta que aún caliente el cadáver del Dictador por Ley 16/1976 de 21 de Abril de Relaciones Laborales, y en clara manifestación de que el postfranquismo político, todavía poco post, veía inevitable un giro sustancial, establecía en su art. 35 la obligación de readmisión *“sin que pudiera ser sustituida por indemnización en metálico, salvo acuerdo de las partes o cuando el magistrado, atendiendo las circunstancias excepcionales apreciadas en el juicio que impidan la normal convivencia laboral, resuelva dejar sin efecto la readmisión mediante el señalamiento de una compensación adecuada”*. Poco duró esta normativa, que se anticipaba aproximadamente al actual estándar europeo, por la intransigencia de la patronal que consideró la cuestión *“casus belli”* y forzó el dictado del RDL 17/1977 de 4 de Marzo en el que se procedía a la derogación de dicho precepto. Mal comienzo para el proyectado Estado social y democrático de Derecho. Como contrapartida una cierta *“apertura”*, que se decía, del derecho de huelga que había dejado de ser delito y había recibido una regulación inicial, absolutamente insuficiente, por Decreto Ley 5/1975 de 22 de mayo. Significativamente tampoco ha sido posible una regulación posterior de este derecho fundamental que se continúa rigiendo por la misma norma en lo que no ha sido derogada por la doctrina del Tribunal Constitucional.

El resto de la historia es conocida. De un sistema, el de la Ley de Contrato de Trabajo en que la opción en caso de improcedencia correspondía en caso de empresas con plantilla superior a los 50 empleados fijos al trabajador despedido y a la empresa si era inferior, se pasa a un sistema sin opción en que en todo caso procede la readmisión pero que si era incumplida discrecionalmente por el empresario daba lugar en todo caso a la rescisión indemnizada del contrato (RDL 17/1977 de 4 de Abril). El Estatuto de los Trabajadores de 1978 y sus sucesivas reformas, también bajo Gobiernos socialistas.

1.- Introducen la opción general en favor del empresario.

2.- Hacen menguar los supuestos de nulidad y por tanto de readmisión obligatoria. Salvo la admisión de los despidos con vulneración de derechos fundamentales y aquellos improcedentes en que concurre causa de protección objetiva de los derechos a la conciliación de la vida personal y familiar.

3.- Reducen progresivamente los conceptos y la cuantía indemnizatoria.

¹ Sentencia de 20 de Febrero de 2020, publicada en Revista de la Comisión de Jueces de lo Social de JJpD de Febrero de 2020.

Sorpresivamente y quizás a resultas de la batalla ideológica, hoy “lucha por el relato”, el silencio se ha hecho en torno a la cuestión. Un silencio que entendemos justificado en parte por la coincidencia temporal con la crisis del coronavirus, pero también porque parece que hemos venido a importunar a todos, canon de acierto. A las derechas y la patronal no es difícil de averiguar. Por las razones de siempre. A las izquierdas y las centrales sindicales porque lo que habían planeado era una confortable “contrarreformita” que no cuestionara los principios consolidados de desregulación y ninguneo de los derechos de los trabajadores en favor del fortalecimiento de los poderes exorbitantes de los empresarios y que diera un poco más de “cancha” –y financiación- a los Sindicatos mayoritarios.

Y como únicas señales de “mar de fondo”, algún impropio de los que monopolizan la ortodoxia coincidente normalmente con los valores de las clases dominantes, considerando dichos pronunciamientos una “barbaridad”, imposible en Derecho cuando la tesis va acompañada de un razonamiento reposado, sereno y suficientemente argumentado. Realmente lo único que merece ese calificativo es el ordenamiento jurídico vigente, realmente tóxico, que tenemos que aplicar. Ordenamiento que con la Reforma Laboral de 2012 nos ha sacado del mundo del derecho como límite del poder y nos ha introducido en el del ejercicio brutal del poder desnudo.

El objeto de este artículo es fundamentalmente divulgativo para lo que hemos procedido a incluir argumentos que no constan en las referidas Sentencias que aclaran argumentos no desarrollados o que no preveíamos que pudieran ser objeto de impugnación dialéctica. Y también rendir gratitud a quienes excepcionalmente han abordado con anterioridad el análisis de cuestiones referidas al reiterado Convenio 108 de la OIT con rigor y sustancialmente el mismo método. En particular a la Sección 1ª de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña y en particular a Don Carlos H. Preciado Domènech, Ponente de la Sentencia de 17 de Enero de 2020 (Rec. 5532/2019), a los que nos remitiremos con reiteración. También para introducir la opinión y la crítica, imposible en una resolución judicial.

II.- El despido improcedente en el art. 56 de la ley del estatuto de los trabajadores

La calificación del despido practicado como improcedente, de acuerdo con lo establecido en el art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores² y concordantes debe determinar la condena de la Empresa demandada a que, a opción de ésta, readmita al trabajador despedido en las mismas condiciones laborales vigentes con anterioridad al despido con abono de los salarios de tramitación desde el día siguiente al despido hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar efectivamente y a razón del salario declarado probado o a que extinga el contrato con efectos de la fecha de efectos del despido con abono de una indemnización de treinta y tres días de salario por año de servicio y a prorrata el periodo residual. Sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Transitoria 5ª del propio Estatuto. Haciendo saber a la misma que la expresada opción deberá efectuarse, por escrito o comparecencia en el Juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la Sentencia. Caso de no efectuarse en tiempo y forma se entenderá que la Empresa opta por la readmisión.

² Aprobado por Real Decreto Legislativo 2//2015 de 23 de Octubre.

El régimen de consecuencias o responsabilidades del empleador para caso de despido improcedente se caracteriza por las siguientes líneas de fuerza:

1.- Concesión al empleador de la opción entre indemnización/rescisión indemnizada contractual. Ha de notarse la excepcionalidad, que de momento no vamos a comentar, de nuestro ordenamiento en cuanto a que la opción se atribuya a la parte incumplidora que determina no sólo el contenido de la indemnidad, sino la extensión de la misma, como argumentaremos.

2.- Para caso de optar por la readmisión, la responsabilidad se extiende exclusivamente al abono de los salarios de tramitación, sin previsión de actualización y con el límite que representa la responsabilidad del Estado por los salarios de tramitación que excedan de los noventa días a contar desde la interposición de la demanda. Los salarios de tramitación tradicionalmente los hemos concebido como la concreción del “lucro cesante” aunque, como veremos, no se puede establecer una identidad entre ambos conceptos. En términos de responsabilidad civil, la readmisión constituiría el cumplimiento de la Sentencia en forma específica, de no ser porque la Sentencia de despido improcedente no se somete a tales criterios de manera abierta. Sí tácitamente, al establecer que para caso de que no se opte expresamente la opción debe entenderse realizada por la readmisión.

3.- Para caso de optar por la rescisión, el abono de una indemnización que se cuantifica con razón a dos criterios excluyentes de cualquier otro (tiempo de servicio y salario último percibido), indemnización para la que además se establece un límite máximo. Se trata de una indemnización baremada, tasada y topada en su cuantía máxima. En términos de responsabilidad civil y con los matices antes expresados, la rescisión indemnizada constituye el cumplimiento de la Sentencia en forma sustitutoria de la obligación específica o readmisoria.

4.- Los términos de la opción no son equivalentes. Para caso de readmisión, la indemnización se contrae a los salarios de tramitación con el límite temporal expresado que “nacionaliza” el exceso. Para caso de rescisión, abono de una indemnización. La opción, en realidad, no es una elección entre indemnidades equivalentes sino entre prestaciones indemnizatorias asimétricas. La readmisión resulta incentivada cuando con razón a una gran antigüedad los días indemnizables resultan superiores a los computables como salarios de tramitación. Por el contrario, para trabajadores con una corta trayectoria en el trabajo, el número de días indemnizables resulta inferior a los salarios de tramitación. Lo que, en grandes números, podemos situar en aproximadamente los 4 años de antigüedad. A partir de este parámetro, es más favorable para el empleador readmitir (y volver a intentar el despido o no). Y por debajo, no compensa abonar más por salarios de trámite que menos por rescindir con abono de la indemnización tasada. De este modo la norma se convierte en un poderoso incentivo potenciador de la precariedad. A mayor precariedad menores indemnizaciones y mayor posibilidad de prescindir definitivamente del trabajador despedido.

5.- Los términos de cualquiera de las indemnidades no guardan conexión alguna con el perjuicio efectivamente sufrido por el incumplimiento contractual que representa el despido injustificado o improcedente.

El despido de representante legal o sindical de los trabajadores presenta dos diferencias relevantes con el marco de aplicación a los trabajadores ordinarios:

1.- La opción entre indemnización y rescisión corresponde al propio trabajador.

2.- Sea cual sea la opción, procede en todo caso el abono de los salarios de tramitación con el límite a partir del cual son socializados por ser asumidos por el Estado.

III.- El marco convencional internacional del despido improcedente.

La única norma internacional ratificada en el momento actual por el Estado español que guarda relación con la protección frente a despidos injustificados, acausales o sin motivo válido, improcedentes en nuestra terminología, resulta ser el Convenio 158 de la OIT de fecha 22 de Junio de 1982 sobre Terminación de la relación contractual a instancias del empleador. Fue ratificado por España en fecha 26 de Abril de 1985 y entró en vigor de 26 de Abril de 1986.

Su art. 10 establece que: *“Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”*. Respecto de esta redacción, hay que precisar que no es oficial ya que sólo son oficiales las redacciones inglesa y francesa. Y respecto de la redacción francesa hay que precisar que el giro *“dans les circonstances”* ha sido traducido como *“dadas las circunstancias”* y que en la redacción francesa no consta el término *“eventualmente”* que sí consta en la traducción al español. Creemos que deben tenerse en cuenta estos dos matices, aunque no resultan relevantes ni modifican el sentido.

Un análisis detenido del precepto nos permite concluir sus líneas maestras:

1.- El Convenio contiene una norma prohibitiva de los despidos sin causa justificada (art. 4) comprendiéndose en tal concepto tanto los despidos que no se fundan formalmente en una causa relacionada con su capacidad o conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, como aquéllos en que la causa invocada no resulte acreditada.

2.- Corresponde el control de la justificación del despido, en el doble sentido expresado, a los órganos establecidos en el art. 8 del Convenio. En España la opción nacional es porque ese control se efectúe por órganos de carácter judicial, los Juzgados y Tribunales de orden social.

3.- Los órganos de control ante el carácter injustificado del despido deben garantizar la plena indemnidad del trabajador que lo sufre.

4.- Esa indemnidad ha de satisfacerse de manera principal mediante una decisión readmisoria. La construcción gramatical del precepto establece una regla general y unas excepciones sujetas a la conjunción condicional *“si”*. La regla general es la readmisión.

5.- Subsidiaria y excepcionalmente, los órganos judiciales de control de la justificación del despido y sólo ellos tendrán la facultad de *“ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”*.

6.- Contempla la norma como excepciones a la indemnidad por readmisión:

a) *“si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador”.*

Nada que oponer al supuesto que se configura como una excepción de carácter general, universalmente admitida hasta el punto de que pudiera integrarse en la propia norma. Cuando no es posible el cumplimiento de una obligación convencional, legal o judicial en forma específica la satisfacción de la misma ha de efectuarse en forma sustitutoria. Y corresponde su establecimiento al acuerdo de las partes o subsidiariamente a los órganos judiciales.

b) *si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados, dadas las circunstancias, para anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador.*

Esta autorización de sustitución de la readmisión por la indemnización adecuada u otra reparación apropiada, dirigida, también, a los órganos de control nacionales (en España, judiciales) es quizás la más ambigua, pero contiene elementos concretos suficientes para poder concluir que el ordenamiento español contenido en el art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no está autorizado a prescindir de la readmisión como indemnidad preferente.

Para empezar, no parece claro que sea la legislación, o la práctica nacional, la que no faculte en el caso español para anular y ordenar o proponer la readmisión. De hecho, la legislación contempla la posibilidad de la readmisión, lo que ocurre es que se condiciona a que el empresario opte por ella. A nuestro parecer, además de constituir una aberración jurídica para cualquier ordenamiento jurídico civilizado, no es el mandato del Convenio que establece que la no-facultad derive directamente de la legislación o la práctica nacional. En nuestra legislación se hace depender de un acto de una de las partes que además es la incumplidora. Del mismo modo nuestra legislación prevé que el Juez “*proponga*” al empleador la readmisión/rescisión indemnizatoria, de manera que no puede afirmarse que no esté facultado para proponer la readmisión. Y del mismo modo, si el empresario opta por la readmisión, expresa o tácitamente por falta de readmisión, el Juez “*ordena*” la readmisión.

Respecto de la cuestión de si el Juez está o no facultado en nuestro ordenamiento para “*anular la terminación*” es claro que esta fórmula no se utiliza en la práctica forense que la ha reservado para lo que en el ordenamiento interno tradicional denominamos “despido nulo”. Pero eso no quiere decir que la Sentencia que declara la improcedencia del despido no contenga un pronunciamiento anulatorio implícito. Para empezar, convendría recordar que la nulidad se distingue en la nulidad de pleno derecho y la nulidad relativa o anulabilidad y que la primera se reserva para incumplimientos agravados y la segunda constituye la respuesta jurídica a cualquier incumplimiento o conducta vulneradora del ordenamiento.

Por otra parte, y desde el punto de vista de los efectos de la nulidad, ha de concluirse que cuando el empleador opta por la readmisión se produce una anulación de la decisión del empleador y una reposición en la situación anterior con abono de los salarios de tramitación. Parece claro que estos efectos se acomodan a los que ordinariamente debería determinar una declaración anulatoria, sin perjuicio de la crítica que

efectuaremos. Más difícil es concluir ese pronunciamiento anulatorio implícito en el supuesto en que el empleador opta por la rescisión indemnizada porque para dicho supuesto el art. 56 de la LET establece que la extinción se entiende producida en la fecha del despido y no hay abono de salarios de tramitación. Obviamente ha de concluirse que también concurre al menos una peculiar anulación, pues de otro modo la indemnización extintiva carecería de cualquier soporte. Diríase que el empleador incumplidor compra su derecho a comportarse de manera ilegítima y evita los efectos de una anulación en sentido estricto abonando al trabajador una indemnización baremada, tasada y topada legalmente (!!).

Finalmente, no pueden pasarse por alto los adverbios que el art. 10 del Convenio contiene en su redactado. La primera expresión verbal es “*dadas las circunstancias*” que en la redacción francesa oficial consta como “*dans les circonstances*” bien traducida en la versión española, no oficial, y equivalente a “*circunstancialmente*” o “*habida cuenta de las circunstancias concurrentes*”. Se trata de un adverbio que modifica el verbo modalmente. Nos referimos a que el no facultamiento de los órganos de control que se contempla en el texto convencional no es una falta de apoderamiento general o universal para anular la terminación, sino que ha de ser concreta y particular, que se debería hacer depender de las circunstancias concurrentes. No cabe una exclusión de la anulación de las terminaciones contractuales injustificadas que no sea excepcional y condicional. Por otra parte, en la versión española se contiene un segundo adverbio, “*eventualmente*”, que aun no constando en la versión oficial francesa, no la contradice. Eventualmente hace referencia a evento o eventualidad y en el Diccionario de la REA se define como “*hecho imprevisto o que puede acaecer*”. Puesto en relación con la negación a los órganos de control de la facultad judicial de ordenar o proponer la readmisión, parece claro que esta limitación de las facultades judiciales sólo procede en casos concretos, casuísticamente y no con carácter general.

Pero aún en el supuesto que pudiéramos prescindir de todo lo anterior, que ya es pasar por alto, la falta de acomodo del art. 56 de la LET al art. 10 del Convenio 158 de la OIT, restaría como gravísimo inconveniente el monstruo de dos cabezas que es la opción a favor del empresario y, además, la interpretación que debe darse a los adjetivos “*adecuada*” que el precepto convencional refiere a la indemnización y “*apropiada*” que refiere a cualquier otra forma de reparación. Sobre lo que volveremos trayendo a colación la doctrina sentada por el Comité Europeo de Derechos Sociales a propósito de estos términos.

En cualquier caso, debemos dejar sentado que ambas expresiones pueden ser un concepto jurídico indeterminado pero no, nunca, un concepto vacío. Se definen por su referencia a un término de comparación objetivo que, a nuestro entender, siguiendo al referido Comité, no puede ser otro que los perjuicios realmente sufridos por quien ha sido objeto de un despido injustificado, auténtico incumplimiento contractual.

IV.- El juicio de convencionalidad.-

El art. 6 de la LOPJ establece que “*los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa*”. Los arts. 163 de la CE, 35 a 37 de la LOTC y 5.2 de la LOPJ establecen el control por los órganos judiciales de las normas con rango de Ley que pudieran ser

contrarias a la Constitución, mediante el planteamiento de cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Como sostiene el TC en el FJ 6° de la STC 118/2019, "...procede recordar una vez más que los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes internas, al margen de su valor hermenéutico ex art. 10.2 CE en el caso de los textos internacionales sobre derechos humanos (por todas, SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5; 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2, y 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6). La eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España no determina por sí misma violación constitucional alguna; se trata de un juicio de aplicabilidad -control de convencionalidad- que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria.

Partiendo de tal premisa, en el control de adecuación de la ley interna a los Tratados y Convenios ratificados por España, hay que tener en cuenta que la jerarquía normativa superior del Tratado o convenio internacional sobre la ley se reconoce por la Convención de Viena de 23/05/69 que dice en su artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Este valor supra legal de los Tratados ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia: como ejemplo el dictamen de 26 de abril de 1988 sobre la aplicabilidad del Acuerdo de sede de la ONU frente a lo dispuesto por una ley posterior norteamericana: "es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no puedan prevalecer sobre las del tratado". (Rec 1988: 35, pág 57)

En este mismo sentido, ahora en nuestro derecho interno, el Artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de Noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales establece la Prevalencia de los tratados, diciendo:

"Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

El rango superior del tratado sobre la Ley, en fin, ha sido reconocido también por la Sala IV del TS, por ejemplo en STS de 5 de junio de 2000 (STS de 5 junio 2000 (RJ 2000, 4650) RJ 2000\4650)".

En suma, en palabras del propio TC, (Vid. STC 140/2018, FJ 6°), "el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho, aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza "que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con

relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ)³.

De la cita recién efectuada sorprende en particular la afirmación de que “*el análisis de convencionalidad... no es un juicio de validez de la norma interna... sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas*”. Que a nuestro parecer es parcialmente inexacta⁴. De un lado porque estamos ante un problema de jerarquía normativa (art. 9.3 de la CE) siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 1.2 del Código civil a cuyo tenor: “*carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior*”. Es decir, la solución ordinaria es la nulidad de la norma de rango inferior. Salvo, y por eso hemos empleado el adverbio parcialmente, que la incompatibilidad entre ambas normas no sea absoluta bien por ser parcial o por provenir de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, en cuyo caso el principio ha de ser la conservación de ambas normas sin perjuicio de que al supuesto enjuiciado se aplique la de rango superior.

En realidad y hablando con rigor, el lenguaje traiciona al Tribunal Constitucional ya que la normativa convencional es normativa interna y de superior rango a la Ley formal. Tan interna como la Ley formal. Es de aplicación directa por los Tribunales de Justicia en nuestro país y forma parte del ordenamiento jurídico nacional interno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución Española. Además el propio art. 1 del Convenio 158 obliga a dar “*efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional...*”. Y el art. 1.5 del Código civil, a contrario sensu, lo reitera al aseverar que “*las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado*”.

Tras esa afirmación creemos ver una decisión, de carácter formal y contenido político, de no admitir como excepción al monopolio de la expulsión de normas con rango de Ley formal del ordenamiento jurídico que compete al propio Tribunal Constitucional. Monopolio maltrecho ya por la actuación jurisdiccional vinculante de los Tribunales de Justicia comunitarios por más que estos tampoco utilicen la fórmula anulatoria expresa. Prácticamente, creemos imposible diferenciar del instituto de la nulidad la inaplicabilidad universal de una norma.

Más concretamente, “*las SSTC 28/1991, de 14 de febrero y 41/2002, de 25 de febrero, que cito solamente a título de ejemplo entre otras muchas que sostienen idéntica conclusión, establecen expresamente que la colisión entre normas internas, incluso legales –salvo claro es la propia CE-, con las disposiciones de los Tratados Internacionales, incluso con las normas comunitarias, no es un problema de constitucionalidad, sino de conflicto de normas en el ámbito infraconstitucional que, en consecuencia, debe ser resuelto por los órganos judiciales ordinarios.*

³ Las citas antecedentes corresponden a las Sentencias que se referencian y a la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 17 de Enero de 2020. Rec. 5532/2019.

⁴ Reconociendo el Tribunal Constitucional que se trata de una “*cuestión extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional*” es claro que se trata de una afirmación obiter dictum, carente de eficacia doctrinal vinculante. Además y en el marco de la legalidad ordinaria es una afirmación contra legem vulneradora de lo dispuesto en el art. 1.2 del Código civil, incluido en el Título preliminar que tiene carácter de “*derecho común*”.

El conflicto, pues, puede y debe resolverse por cualquier órgano judicial y debe hacerlo aplicando la norma de rango superior que, conforme al art. 96 CE, es el Tratado Internacional.

Esto mismo es lo que ha de ocurrir si, vigente un Tratado internacional, se produjesen actuaciones normativas posteriores, incluso legislativas, que pudieran entrar en colisión con lo regulado en ese Tratado.

Los órganos judiciales a la vista del conflicto normativo deben resolverlo y aquí no se aplicaría la norma posterior, en este caso la interna, sino la jerárquicamente superior que es el Tratado Internacional pues esa es la posición que le concede la CE, salvo en la colisión con la propia CE”⁵

V.- La doctrina constitucional y judicial interpretativa del convenio 158 de la OIT.

Sorprende que pese a la importancia del Convenio 158 no hagan referencia a su normativa más allá de un centenar de Sentencias del TS y las diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia territoriales. Como sorprende igualmente que ninguna Sentencia haya abordado la interpretación del art. 10 del Convenio. O que la práctica totalidad de las Sentencias convaliden finalmente el ordenamiento de origen interno⁶.

Esos pronunciamientos han tenido por objeto la interpretación

- del art. 4 del Convenio (la interdicción de los despidos acausales).
- del art. 6 del Convenio (la interdicción de que la ausencia temporal por enfermedad pueda constituir causa justificada de terminación de la relación laboral).
- Y del art. 12.1 letra a) (derecho a indemnización por terminación de contrato).

Significativamente, salvo la Sentencia citada dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 17 de Enero de 2020, a propósito del art. 6, la totalidad de los pronunciamientos han venido a denegar la incidencia en forma de aplicación preferente del Convenio sobre el marco legal ordinario de origen interno. En esto, la resistencia a modificar el ordenamiento legal de origen interno, ciertamente no es España una excepción. En la base, un creciente nacionalismo ideológico defensor de la integridad de la soberanía nacional frente a injerencias externas, aún consentidas, que se concreta en la defensa en las regulaciones internas que postulan una defensa más intensa de los intereses de los grupos sociales dominantes. Y en el caso español ha de sumarse una inercia proveniente del régimen autoritario a considerar los Tratados Internacionales no tanto desde el punto de vista de su contenido, sino formalmente como un factor de integración y reconocimiento del régimen.

La exclusión final de las normas internas de origen internacional, se ha venido articulando sobre la base de instrumentos de una extraordinaria simplicidad que han configurado

⁵Carlos L. Alfonso Mellado: Constitución, Tratados Internacionales y Derecho del Trabajo.

⁶ con la ejemplar excepción de la Sentencia de TSJ de Cataluña de 17 de Enero de 2020.

una doctrina constitucional, jurisprudencial y judicial plana y claramente instrumental. Entre otras, la utilización de las siguientes "líneas de fuga":

1.- La limitación del valor hermenéutico de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España sobre las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2 de la CE). Pese a la radicalidad en la afirmación de tal principio interpretativo, el TC, y demás Tribunales siguiéndolo, han llegado a la cuestionable conclusión, que han convertido en fórmula ritual, de que "*procede recordar una vez más que los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de ser examinadas las leyes internas, al margen de su valor hermenéutico ex art. 10.2 CE en el caso de los textos internacionales sobre derechos humanos*". Es decir, puro formalismo jurídico.

Debe considerarse que la Constitución, como no puede ser de otra manera, formula y cataloga los derechos en términos generales y que la concreción de éstos requiere hacer uso de las concepciones jurídicas de nuestra cultura y de la cultura jurídica internacional plasmada entre otros en los Convenios Internacionales.

La formulación de la cuestión en la doctrina constitucional es, en realidad, una reserva para aplicar en unos casos el principio hermenéutico y en otros el principio de exclusión del canon de constitucionalidad. Al final, puro arbitrio.

2.- La priorización de unos derechos fundamentales sobre otros. Que la STC 118/2019 declare la constitucionalidad del art. 52 letra d) de la LET con relación a los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la salud (art. 43 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE), negando su vulneración por los despidos por absentismo producido por enfermedades de corta duración debidamente justificada, no solo constituye una negación de la evidencia que incurre prácticamente en el cinismo, sino que sitúa a la mayoría del TC a la vanguardia de los sectores más radicales del neoliberalismo. Ya incluir en el concepto de absentismo a quien está imposibilitado para asistir es un ejercicio ideológico.

Es además un acto inútil que redunde en el perjuicio de la imagen del propio Tribunal. Porque no hay derecho posible enfrentado al sentir general de la sociedad a la que repugna que alguien pueda ser despedido por o hallándose enfermo. Y buena prueba de ello es que a poco de dictarse la expresada Sentencia se ha procedido a la derogación íntegra del precepto incluyendo aspectos que nadie había cuestionado como el despido por absentismo basado en causas no justificadas o el basado en causas justificadas que no consistieran en enfermedad⁷.

El hecho de que sobre esos derechos se priorice el art. 38 CE (defensa de la productividad en la empresa (38 CE) da cuenta de que el TC desconoce hechos básicos como que el mayor coste en productividad lo determinan los largos procesos de IT que soporta la Empresa hasta el año de duración y por procesos morbosos que a veces no justifican tan larga duración o la incentivación por las propias empresas de complementos hasta el 100%, y a veces porcentajes superiores, del salario en caso de I.T. O el más palmario todavía de que la asistencia al trabajo del empleado enfermo difícilmente

⁷ Artículo único del Real Decreto Ley4/2020 de 18 de Febrero, precedido por la Sentencia del TUE de 18 de Enero de 2018 Asunto Ruiz Conejero que había declarado la inadecuación del art. 52 d) de la LET a la Directiva 2000/78 CE art. 2.2. letra b) inciso i).

incrementa la productividad. Y que la represión exclusiva de los cortos procesos es un incentivo claro para que los procesos cortos se prolonguen hasta superar los veinte días para no computar a efectos de despido objetivo, especialmente teniendo en cuenta que las prestaciones de I.T. se devengan de acuerdo con el principio de “oficialidad”.

Lo cierto es que ese empecinamiento en defender lo indefendible sólo se justifica por la utilidad encubierta del citado despido: ser arma en la guerra desatada por el Gobierno Rajoy al sindicalismo, una línea maestra en la instrumentación de la Reforma de 2012. En efecto, esta vía de las ausencias por enfermedad justificadas es la vara que permitía, ofrecía a los empresarios la oportunidad de prescindir de quienes ostentaban la representación legal o sindical de los trabajadores (¡objeto de especial protección en el art. 5 del Convenio!)⁸.

3.- La ampliación de las limitaciones al régimen jurídico previsto en los Convenios mediante la utilización de los “*márgenes de configuración*” como coartada para el vaciamiento de contenido del mandato. Este extremo ha sido estudiado en profundidad por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 17 de Enero de 2020 respecto del art. 54 letra d) de la LET con cita de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que respecto de la interpretación del art. 6 del Convenio 158 concluyó: “*El Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales. Pero a entender de la Comisión, si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor*”. Como expresa la reiterada Sentencia “*las limitaciones de la prohibición del despido por causa de ausencias temporales por razón de enfermedad no pueden dejar sin efecto dicha prohibición, pues no serían entonces limitaciones, sino derogaciones (...) Por tanto, el margen de apreciación de los Estados para establecer limitaciones previsto en el art. 6.2 del Convenio OIT termina ahí donde dichas limitaciones hacen irreconocible al derecho por privarle de su objetivo*”. Dicho de otra manera, no es posible sostener al mismo tiempo la prohibición de despedir por causa de enfermedad (art. 6.1) y establecer unos límites (art. 6.2) que permiten despedir por causa de enfermedad. Cuando el Convenio autoriza a los legisladores nacionales a establecer los límites a lo que se está refiriendo es al establecimiento del tiempo máximo en que el empresario debe mantener el contrato que le vincula con el trabajador enfermo porque la pérdida de la capacidad productiva constituye causa válida de extinción contractual.

4.- La elusión de la respuesta a las cuestiones esenciales. Cuando determinados órganos judiciales cuestionan la respuesta del art. 56 de la LET al despido acausal (art. 4 del Convenio), su declaración de improcedencia y la posibilidad de convalidación por el empresario mediante el ejercicio de la opción por la rescisión indemnizada del contrato de trabajo, lo que se está impugnando de fondo es la calificación misma y sus consecuencias legales.

Ante este planteamiento la respuesta de que el ordenamiento nacional de origen interno se adecúa al referido Convenio porque considera ilegítimo el despido y lo sanciona con

⁸ Resulta difícil pensar en una aplicación alternativa del precepto a los otros supuestos. En cuanto a las ausencias injustificadas porque son susceptibles de despido disciplinario con coste cero. Y porque cuesta construir qué ausencias justificadas pudieran constituir causa extintiva si no se tienen en cuenta licencias y vacaciones y demás causas expresamente excluidas en el precepto.

las sanciones impropias previstas en dicho precepto para la improcedencia, se está eludiendo la respuesta a las cuestiones clave: si esas sanciones impropias son las adecuadas y si esa es la calificación ajustada. Tampoco añade nada nuevo que se nos diga que en nuestro ordenamiento rige respecto de las causas de nulidad el principio de “*numerus clausus*”, porque no responde a la realidad. Y para acreditarlo basta decir que, en principio, la infracción de cualquier norma prohibitiva o que establece un mandato imperativo en términos absolutos o relativos lleva aparejada tal declaración. O la infracción de cualquier disposición que tiene su origen en derecho comunitario europeo, con independencia de que haya sido o no tipificada en el ordenamiento nacional de origen interno⁹.

En realidad, la posición indicada, la nulidad como excepción, acusa una parcialidad de la doctrina judicial a favor de las tesis empresariales a las que favorece desproporcionadamente.

Pero es además una posición dudosa desde el punto de vista de la buena fe. Porque solo sale a colación cuando el marco internacional de referencia es un Convenio de la OIT, un marco cuyo control de cumplimiento es débil ya que exclusivamente se efectúa por la vía de memorias e informes. Por el contrario, cuando se trata de Derecho comunitario mucho se cuida la doctrina judicial de este tipo de evasiones o contemporizaciones con el ordenamiento nacional. La explicación de esta disparidad de trato es la garantía coactiva de que goza el ordenamiento comunitario europeo (Tribunales de Justicia, doctrina vinculante, Consejo de Europa, sanciones, juicio de reproche...).

VI.- El art. 24 de la carta social europea revisada.

España suscribió y ratificó el Texto original de la Carta Social Europea de 1961, adoptada en Turín el 18 de Octubre de 1961 y el Protocolo de 1988 y el de Enmienda de 1991. Pero no así el Protocolo de Reclamaciones Colectivas de 1995 ni la Carta Social Europea revisada de 1996, suscrita pero cuyo trámite de ratificación no se ha iniciado hasta el 1 de Febrero de 2019¹⁰.

El art. 24 de la Carta Social Europea revisada a propósito del *Derecho a la protección en caso de despido*, establece que:

Parte I: Todos los trabajadores tienen derecho a protección en caso de despido.

Parte II: A fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

⁹ La discriminación de los trabajadores temporales frente a los trabajadores fijos, a la que no es aplicable el canon de constitucionalidad, determina la declaración de nulidad, por ejemplo, pese a no estar prevista expresamente. Por ejemplo.

¹⁰La explicación de este retraso, incomprensible en un país de adhesión mayoritaria a los principios comunitarios, merecería sin duda un comentario exclusivo y exhaustivo. Máxime habida cuenta de que en ese largo periodo ha habido alternancia gubernamental y mayorías progresistas, al menos supuestamente.

- a) *el derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin motivo válido vinculado a su aptitud o conducta, o fundado en necesidades de funcionamiento de la empresa, del centro de trabajo o del servicio.*
- b) *El derecho de los trabajadores despedidos sin motivo válido a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.*

A este fin las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime haber sido objeto de un despido sin motivo válido tenga derecho a impugnar esta medida ante un órgano imparcial.

Anexo:

1.- Se entiende que a los fines de este artículo el término despido significa el cese de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

2.- Se entiende que este artículo da cobertura a todos los trabajadores salvo que una Parte excepcione total o parcialmente de su protección a las siguientes categorías de trabajadores asalariados:

- a) *Los trabajadores contratados específicamente para una obra o servicio determinado.*
- b) *Los trabajadores sujetos a periodo de prueba o que no reúnan el periodo de antigüedad requerido a condición de que la duración de ésta sea fijada con anterioridad y sea razonable.*
- c) *Los trabajadores contratados eventualmente por un corto periodo.*

3.- A los fines de este artículo no constituyen motivos válidos de despido de manera especial:

- a) *la afiliación sindical o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;*
- b) *Solicitar, ejercer u ostentar la condición de representante de los trabajadores;*
- c) *Haber formulado una queja o participado en procedimientos entablados contra un empleador, con alegación de violaciones de la legislación o presentado una denuncia ante las autoridades administrativas competentes;*
- d) *La raza, el color, el sexo, el estado matrimonial, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión manifestada públicamente, la ascendencia nacional o el origen social;*
- e) *La licencia por maternidad o la licencia parental;*
- f) *La ausencia temporal del trabajo por enfermedad o accidente.*

4.- La indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin motivo válido debe ser determinada por la legislación o la reglamentación nacionales, por convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales.

Por su parte, el Convenio 158 de la OIT establece en su articulado la misma, exacta normativa, con las diferencias que diremos. El art. 24 de la CSE es una mera reordenación del contenido obligacional del Convenio 158 de la OIT, cuyo articulado condensa, a nuestro parecer con mejor y más actual técnica.

La Parte I es coincidente con los arts. 8, 9.1 y 10 del Convenio.

La Parte II del CSE es una transcripción de los arts. 4, 8.1 y 10 del Convenio.

El Anexo 1: la definición de despido consta al art. 3 del Convenio como *terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*.

El Anexo 2: las exclusiones subjetivas de categorías de personas empleadas son las mismas previstas en el art. 2.2 del Convenio.

El Anexo 3: es una copia de los arts. 5 y 6.1 del Convenio.

Y el Anexo 4: es coincidente con el art. 10 del Convenio.

Salvando las diferencias, que deben ser objeto de estudio concreto respecto de cada país y cada supuesto, podríamos concluir paradójicamente que el Convenio 158 de la OIT resulta de aplicación a países que no lo han ratificado, pero sí lo han hecho con la Carta Social Europea revisada, y viceversa.

Las únicas discrepancias entre ambos textos, son:

- Un redactado distinto. El Convenio 158 parte de lo negativo y concluye en la afirmación de la tutela. Por el contrario, el art. 24 de la Carta Social parte de la afirmación de la protección para posteriormente señalar los grupos de trabajadores excluibles, etc.
- Mientras el Convenio se refiere a la “*terminación contractual a instancias del empresario*”, la Carta se remite directamente al “*Despido*”. La diferencia es meramente aparente porque la versión oficial francesa emplea, también, el término “*licenciement*”, despido.
- El nivel de protección de la Carta Europea es más elevado en algunas cuestiones concretas. Por el contrario, el Convenio de la OIT confiere a los legisladores nacionales margen para configurar determinados aspectos. En ello incide indudablemente que el Convenio de la OIT tiene una vocación de ratificación más amplia dirigiéndose a Estados pertenecientes a muy distintas culturas y con niveles de protección muy alejados entre sí, intentando asegurar una normativa mínima a todos ellos. Circunstancias que no concurren en el ámbito de la Carta Social Europea. Así sucede con la, en nuestro país, polémica facultad conferida por el art. 6.2 del Convenio para definir el concepto de “*ausencia temporal*” respecto del despido por absentismo, estudiada con todo rigor por la Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de Enero de 2020.
- En concreto, podría parecer que el art. 10 contiene una de esas remisiones facultando al legislador para establecer limitaciones obligacionales permitiendo la exclusión de la obligación readmisoria cuando los Juzgados y Tribunales “*en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados (...), dadas las circunstancias, para anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador (...)*”. Ya hemos tenido ocasión de expresar que el art. 56 de la LET no se atiene a las condiciones en que puede ejercitarse esta limitación ya que no se prevé en la norma facultante una exclusión general y

apriorística de la readmisión, sino una facultad condicional, concreta, casuística. Pero aún en el caso que no se compartiera la expresada tesis, la limitación sólo permitiría la exclusión de la readmisión, todos los despidos injustificados deberían ser indemnizados y nuestro ordenamiento no podría eludir los requisitos de que la indemnización debería ser “*adecuada*” o si se opta por cualquier otra forma de reparación, está debería ser “*apropiada*”.

- Finalmente, conceptualmente el Convenio 108 OIT distingue tres formas de indemnidad: la readmisión, la “*indemnización adecuada*” y cualquier “*otra reparación apropiada*”. El tenor literal del art. 24 de la CSE sólo considera la “*indemnización adecuada*” y “*otra reparación apropiada*”. Pero reiterada doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales, que citaremos, considera la readmisión incluida como una de las formas de reparación adecuada. Y no sólo eso sino la forma primordial y preferente de dar cumplimiento a la protección acordada.

De este modo, el núcleo esencial a debatir, la facultad de los Tribunales de Justicia de *ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*, es común al art 24 de la CSE (Anexo 4) y al art. 10 del Convenio reiterado, en los que se expresa con los mismos términos.

Así estamos en condiciones de concluir que, aunque el art. 24 de la Carta Social Europea revisada carece de vigencia formal en España, su texto, por excepción respecto del resto del articulado de la referida Carta, tiene vigencia material indirecta por ser el mismo del Convenio 158 de la OIT, que tiene vigencia formal y material.

Todo el razonamiento anterior tiene por objeto concluir que, tratándose de un mismo mandato material, la interpretación que el Comité Europeo de Derechos Social, Comité de Expertos Independientes instituido en virtud de lo establecido en el art. 25 de la Carta de 1961, efectúa del art. 24 de la Carta Social Europea revisada es trasladable al art. 10 del Convenio de la OIT y demás preceptos que acabamos de citar del Convenio 158 de la OIT. No parece razonable que un mismo texto material deba interpretarse de distinta manera con razón a su ubicación, en un mismo contexto. Máxime cuando la O. I.T. tiene representación en el Comité a efectos consultivos (Parte IV, art. 26 de la CSE).

En principio, nada nos impediría como órgano judicial nacional abordar por nuestros propios medios y siguiendo los criterios hermenéuticos legales la interpretación ex novo de la normativa internacional/nacional a aplicar. Estos criterios vendrían determinados sustancialmente por lo dispuesto en el art. 3.1 del Código civil que obliga a seguir “*el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”. No dudamos que ese contexto, esos antecedentes y realidad social nos remiten ineludiblemente a los valores de la comunidad jurídica europea plasmados entre otras en las decisiones del citado Comité Europeo de Derechos Sociales creado en la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España, que además participa en la designación de los Expertos que lo integran. Y también por el art. 35 de la Ley de Tratados y Acuerdos Internacionales que remite a los arts. 31 a 33 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados. En particular el art. 31.1 establece que “*Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y*

teniendo en cuenta su objeto y fin". No nos parece recepcionable que España participe en el CEDS y no asuma siquiera como criterio hermenéutico las decisiones adoptadas por dicho Comité. Más cuando el art. 2 letra k de la Ley de Tratados y Acuerdos Internacionales citada define como "firma: el acto por el que España autentica un tratado internacional o manifiesta el consentimiento en obligarse por él".

VII.- Decisiones judiciales del comité europeo de derechos sociales

Dos son las decisiones jurisprudenciales que estudiaremos:

En su decisión adoptada en fecha 6 de Septiembre de 2016, notificada el 30 de Septiembre de 2016 y publicada el 31 de Enero de 2017, sobre admisibilidad y fondo de la Reclamación 106/2014 interpuesta por Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, estima la existencia de violación del art. 24 de la Carta Social Europea.

La reclamación se funda en que la legislación finesa en materia de contrato de trabajo y, en los supuestos de despido abusivo, impide a los Tribunales fijar una indemnización superior a veinticuatro meses de salario y no prevé posibilidad alguna de readmisión en caso de despido abusivo.

En dicha Decisión el Comité estima la reclamación con, entre otros, los siguientes Fundamentos:

1. Ordinal 45: El Comité recuerda que, en virtud de la Carta, los asalariados despedidos sin motivo válido deben obtener una indemnización u otra reparación apropiada. Se consideran mecanismos indemnizatorios apropiados los que prevean:
 - el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y de la decisión del órgano revisor;
 - la posibilidad de readmisión y/o
 - Indemnizaciones en cuantía suficientemente elevadas para disuadir al empleador y compensar el perjuicio sufrido por la víctima (Conclusiones 2012, Turquía).
2. Ordinal 46: Todo tope o limitación máxima que tenga por efecto que las indemnizaciones reconocidas no guarden relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasivas es, en principio, contrario a la Carta (...)
3. Ordinal 54: En lo concerniente a la segunda alegación, el hecho de que los jueces no puedan ordenar la readmisión, aunque el artículo 24 de la Carta no haga expresa referencia a la readmisión, se refiere a una indemnización u otra reparación apropiada. El Comité considera que otra reparación apropiada debe incluir la readmisión como uno de los modos de reparación de los que las jurisdicciones internas pueden disponer (ver Conclusiones 2003, Bulgaria). La posibilidad de acordar este medio de reparación reconoce la importancia de reincorporar al asalariado en una situación de empleo no menos favorable que la que lucra anteriormente. Corresponde a las jurisdicciones internas decidir si la readmisión es apropiada en cada caso concreto. El Comité recuerda haber considerado de manera constante que la readmisión debe estar prevista como

modo de reparación en virtud de numerosas otras disposiciones de la Carta tal como la interpretada por el Comité con amparo en el artículo 1.2 o del artículo 8.2.

Y más recientemente, el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha vuelto a ocupar de las cuestiones a que nos venimos refiriendo en su Decisión adoptada en fecha 11 de Septiembre de 2019, notificada el 10 de Octubre de 2019 y publicada el 11 de Febrero de 2020, sobre el Fondo de la Reclamación 158/2017 formulada por la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contra Italia.

En esta reclamación el Sindicato demandante impugna la reforma laboral adoptada por el Gobierno del Sr. Don Matteo Renzi mediante Decreto Legislativo 23/2015 por violar el art. 24 de la Carta Social Europea con motivo de que el mecanismo compensatorio preestablecido previsto no permite a las víctimas de despidos ilegales obtener por la vía judicial interna una reparación adecuada con relación al perjuicio sufrido y disuasiva para los empleadores en la medida en que la indemnización está predeterminada (tasada) y topada y su monto está fijado de manera estrictamente automática en función del único criterio de la antigüedad en la prestación de servicios (y el salario). Este último extremo ha cambiado durante la tramitación de la reclamación al haberse producido el Fallo 194/2018 de la Corte Constitucional de Italia de fecha 26 de Septiembre de 2018 declarando inconstitucional por aplicación del art. 24 de la Carta Social Europea el inciso que establecía un *montante igual a dos mensualidades de la última remuneración de referencia a los fines del cálculo del importe TFR, por año de servicio.*

El Comité estima la existencia de vulneración del art. 24 de la Carta Social Europea revisada por los Razonamientos que constan de los que nos permitimos destacar:

1. Ordinal 85: constata *la pérdida de gravamen* legitimador respecto de la denuncia *sobre el carácter automático del cálculo del importe de las indemnizaciones* con razón al Fallo del Tribunal Constitucional *que permite de aquí en adelante al Juez tener en cuenta no solo el tiempo de prestación de servicios sino también otros elementos (número de asalariados, dimensiones de la Empresa, comportamiento y condiciones de las partes).*
2. Ordinal 87: *El Comité recuerda que en virtud de la Carta, los asalariados despedidos sin motivo válido deben obtener una indemnización u otra reparación apropiada. Se consideran mecanismos indemnizatorios apropiados los que prevean:*
 - *el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y de la decisión del órgano revisor;*
 - *la posibilidad de readmisión y/o*
 - *Indemnizaciones en cuantía suficientemente elevadas para disuadir al empleador y compensar el perjuicio sufrido por la víctima (Finnish Society of Social Rights c. Finlande, reclamación núm. 106/2014, decisión sobre admisibilidad y fondo del 8 de Septiembre de 2016, ordinal 45; Conclusiones 2016, Bulgaria).*
3. Ordinal 96.- *EL Comité recuerda que todo tope o límite máximo que tenga por efecto que las indemnizaciones reconocidas no guarden relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasivas es, en principio, contrario a la Carta, como así lo ha puesto de manifiesto, en cierta medida, la Corte Constitucional en su decisión núm. 194/2018. En caso de tope o*

límite máximo de las indemnizaciones acordadas en compensación del perjuicio material, la víctima debe poder demandar reparación por el perjuicio moral sufrido por otras vías de derecho y las jurisdicciones competentes, para acordar una indemnización por el perjuicio material y moral sufrido, deben pronunciarse en un plazo razonable (Finnish Society of Social Rights c. Finlande, reclamación nº 106/2014, decisión sobre la admisibilidad y fondo del asunto de 8 de Septiembre de 2016, ordinal 46; Conclusiones 2012, Eslovenia y Finlandia).

4. Ordinal 101.- O, constata que en caso de despido ilegal (diferente del discriminatorio, calificado de nulidad, comunicado oralmente o sustancialmente infundado, ver párrafos antecedentes 89-91) corresponde a la víctima la elección entre dos opciones compensatorias del daño material –judicial o extrajudicial- que están topadas y no cubren las pérdidas financieras efectivamente causadas desde la fecha del despido. El Comité considera que las condiciones que se vinculan a cualquiera de estas dos opciones compensatorias, sin embargo, fomentan o al menos no disuaden del recurso a los despidos ilegales.
5. Ordinal 103.- La vía judicial no tiene, por tanto, un verdadero efecto disuasor contra el despido ilegal en la medida en que, de una parte, el monto neto de la indemnización por daño material no es significativamente superior a la prevista en caso de conciliación y, de otra, la duración del procedimiento aprovecha al empleador, visto que la indemnización en cuestión no puede exceder las cuantías preestablecidas (topadas a 12, 24 o 36 mensualidades, según los casos, 6 para las pequeñas empresas) y la compensación con el paso del tiempo llega a ser inadecuada con relación al perjuicio sufrido. En cuanto a las vías de impugnación evocadas por el Gobierno, el Comité constata la ausencia de elementos concluyentes sobre el hecho de que permitan efectivamente obtener una indemnización complementaria de manera generalizada.
6. Ordinal 104.- A la vista de estos elementos, el Comité considera que ni las vías de derecho alternativas ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del tope previsto por la ley en vigor, ni el mecanismo de conciliación, tal como está establecido en las normas impugnadas, no permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y de carácter disuasor del recurso a los despidos ilegales¹¹.

VIII.- Argumentación adicional

¹¹ España, un Estado habitualmente importador de corrientes legislativas, ha exportado la Reforma Laboral de 2012 a numerosos países en el clima de desregulación auspiciado por la crisis iniciada en 2008. Varias de las reformas inspiradas ya han sufrido el reproche de las decisiones del CEDS como la finlandesa, avalada por su Tribunal Constitucional y declarada inadecuada al 24 de la CSE por el CEDS y la italiana parcialmente anulada por la Corte Casacional italiana y rematada por el CEDS. La reforma francesa del Gobierno del Sr. Macron, que establece indemnizaciones baremadas, inspirada también en la española ha sido recientemente confirmada por la Corte Constitucional, desconociendo si ha sido ya objeto ya de “reclamación colectiva”, cuyos resultados a la vista de los antecedentes son perfectamente previsibles.

Las referidas decisiones del CEDS no hacen sino ratificar las conclusiones expuestas desde esta sede judicial a propósito de la Reforma Laboral española producida por Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de Febrero y posterior Ley 3/2012, con el mismo texto, en las Cuestiones de Constitucionalidad que tuvimos ocasión de plantear y que, en lo sustancial, y al margen de las circunstancias concretas de cada supuesto respondían a una sola motivación. Estas cuestiones de constitucionalidad no se limitaban a las novedades introducidas por la referida normativa sino que se referían al marco general instaurado desde el primer Estatuto de los Trabajadores de 1978. Y adquieren plena actualidad en este momento en que buena parte de sus tesis son ratificadas por el referido Comité Europeo.

Dichas cuestiones de constitucionalidad fueron inadmitidas de plano (¡!) mediante Auto 43/2014 de 10 de Febrero de 2014 del Pleno del Tribunal Constitucional en que fue Ponente el Excmo. Sr. Don Enrique López López por ocho votos con los votos en contra de cuatro Magistrados, que formularon voto particular.

Recuperando los razonamientos de nuestro Auto de 23 de Enero de 2014, dictado en autos 814/2012 creemos que son reversibles a la vista de la doctrina comunitaria expresada y que si es incuestionable la *constitucionalidad* de la Reforma Laboral aprobada por RDL 3/2012 y ley 3/2012 por imperativo del principio de cosa juzgada, no menos es cierto que resta imprejuzgada la *legalidad/convencionalidad* de dicha reforma y del cuadro normativo vigente confrontado con el art. 10 y concordantes del Convenio 158 de la OIT e indirectamente con el 24 de la Carta Social Europea revisada. Que es el objeto de este estudio. A tal efecto los pronunciamientos del Auto referido no tienen otro valor que el propio de un obiter dicta no vinculante por pronunciarse fuera de la competencia del propio TC ya que el llamado control de convencionalidad incumbe de manera exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

Al citado Auto de planteamiento de la cuestión corresponden los siguientes Fundamentos que exponemos para describir la violación en que incide nuestra normativa nacional interna respecto del art. 10 del Convenio la Carta Social Europea, en las referencias al marco constitucional deben entenderse referidas al marco de legalidad ordinaria reiterado:

1.- *“Con carácter previo ha de manifestarse que el art. 18, siete del RDL 3/2012 modifica la redacción del art. 56,1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹² para establecer como consecuencia legal de la calificación del despido como improcedente la opción empresarial entre la readmisión del trabajador despedido y el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Por su parte, la Disposición transitoria quinta establece en su núm. 1 que la citada redacción “será de aplicación a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo”. Y en su núm. 2 establece el sistema de cálculo para las relaciones formalizadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley, estableciendo un sistema de cálculo dual en que los periodos anteriores a la entrada en vigor general una indemnización de 45 días por año y los posteriores de 33 días por año estableciendo hasta tres topes máximos: 720 días, como límite legal ordinario; el superior que tuviere consolidado a fecha 12 de Febrero; y el de 42*

¹² Estas referencias al Estatuto de los Trabajadores son válidas respecto del vigente adoptado con posterioridad por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de Octubre.

mensualidades que opera como límite en última instancia y para todo caso, aunque obviamente sólo es posible que actúe como tal en el segundo supuesto.

Ha de decirse que la norma viene a reducir de manera cuantitativamente significativa las indemnizaciones por despido improcedente que anteriormente estaban establecidas, como es sabido, en 45 días por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Pues bien, la norma de aplicación es arbitraria, a nuestro criterio, por cuatro consideraciones.

Lo es en primer término porque, continúa una tradición legal de indemnizaciones tasadas que actúan como máximo y mínimo, sin margen alguno para que por el Juez puedan fijarse de manera independiente y con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso, que se fijan en atención exclusiva a dos criterios (tiempo de prestación de servicios y salario).

Desde este punto de vista, ha de traerse a colación la doctrina constitucional sentada en Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de Junio de 2000 núm. 181, y posteriores que sustentan el mismo criterio, relativas a la inconstitucionalidad parcial del Apartado B de la Tabla V del Anexo de la Ley 30/1995 (Baremo de Indemnizaciones por responsabilidad civil por Accidentes de Tráfico, anexo a la Ley de Ordenación del Contrato de Seguro). En ellas finalmente se declara que las indemnizaciones con arreglo a Baremo sólo son de aplicación a los supuestos de daños y perjuicios que proceden de responsabilidad objetiva, cuasi objetiva o por riesgo, sin concurrencia de dolo o culpa relevante; que concurriendo dolo o culpa relevante, el Juez no está vinculado por el Baremo porque la fijación de indemnizaciones está reservada a la función judicial, sin que pueda ser limitada legalmente; y que concurriendo dolo o culpa relevante lo procedente es la restitución íntegra o lo más próxima posible al equivalente a los daños y perjuicios sufridos sin límites legales en forma de Baremos o indemnizaciones tasadas [...].

Lo es, en segundo lugar, porque las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de dolo o culpa relevante han de tomar en cuenta todos los criterios posibles que conduzcan al establecimiento de una justa o adecuada compensación. Se ha dicho que es arbitrario que se indemnice por esos dos criterios exclusivos cuando son infinitos los factores que pueden influir en una superior liquidación de los daños y perjuicios: no es lo mismo ser mayor, o ser joven, o ser mujer, o ser víctima de violencia, o no estar formado, o tener una profesión en recesión, o ser discapacitado, o tener familia numerosa, o tener hijos discapacitados, o estar enfermo o... Pues bien, todos esos factores, sólo pueden tomarse en cuenta en nuestro ordenamiento en el supuesto de indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, en un significativo reconocimiento tácito del legislador de que las indemnizaciones por despido improcedente en los casos en que no concurre tal vulneración están por debajo de los perjuicios sufridos. Lo que carece de cualquier racionalidad dado que se traslada una parte de los daños y perjuicios a la víctima, en beneficio del victimario. [...]. Es relevante que el Convenio 158 de la OIT de 22 de Junio de 1982, ratificado por instrumento de 18 de Febrero de 1985 establece que las indemnizaciones por despido injustificado deben ser “adecuadas” (art. 10) concepto que no se satisface cuando el criterio de referencia es la avaricia empresarial o el criterio subjetivo de un Gobierno ya que la adecuación ha de referenciarse objetivamente respecto de los daños y perjuicios que un injusto e injustificado incumplimiento determina en el acreedor apreciados judicialmente. Por otra parte, el art. 12,1 de dicha Norma Internacional establece que las indemnizaciones por extinción injustificada se han de

establecer “en función, entre otros, del tiempo de servicios y del monto del salario”. Creemos interpretar que la fijación de indemnizaciones en función de esos dos exclusivos criterios, con olvido del inciso “entre otros”, vulnera el claro tenor de la norma.

Lo es, en tercer lugar, porque reduce las cuantías sin referencia al único criterio válido que es el de equivalencia entre los daños y perjuicios sufridos por el trabajador injustamente despedido y la cuantía del resarcimiento. Es decir, si los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual cuando media dolo o culpa relevante han de ser compensados con tendencia a la integridad, la única posibilidad de reducción de la indemnización es la minoración de los daños y perjuicios sufridos en cada caso singularmente considerado. Las reducciones universales con eficacia general contradicen el carácter esencialmente causídico de las indemnizaciones por daños y perjuicios por responsabilidad dolosa o relevantemente culposa.

Lo es, en cuarto y último lugar, que se nos ocurra, porque el sistema transitorio establecido en el Real Decreto Ley 3/2012 raya en el absurdo: cómo explicar, sin incurrir en el cinismo más absoluto, que en la indemnización de un despido producido después de 12 de febrero de 2012 el mes anterior a ésta fecha se valore en 3,75 días mientras que el mes siguiente (hasta el 12 de Marzo de 2012) “valga” 2,75 días. ¿Qué relación guardan estas magnitudes con el *damnum emergens* o el *pretium doloris* de un trabajador despedido injustamente? Y aún más, ¿cómo explicar que aceptados, hipotéticamente, como criterios exclusivos de evaluación de los daños y perjuicios la antigüedad y el salario, a partir de un momento en que se ha atesorado una determinada antigüedad, la valoración de los daños y perjuicios se “congele” a una determinada fecha, que con las reformas además se adelanta de manera importante?

O ¿qué ha sucedido que justifique que una determinada antigüedad que hasta ahora se compensaba adecuadamente, en el tenor de la norma, con hasta 42 mensualidades, ahora se pueda resarcir, con igual adecuación, con 24 mensualidades? [...].

Y esto no lo desmiente el hecho de que “tradicionalmente” el sistema indemnizatorio haya consistido en indemnizaciones tasadas, pues esta continuidad histórica no aporta un ápice de legitimidad al sistema y es mera consecuencia de su falta de impugnación [...].

Más aún cuando el Derecho del Trabajo que se integra por compromisos múltiples y que integra una de las “patas” del Estado social de Derecho constituye una legislación especial que se sobrepone al ordenamiento general lo que implica que tal legislación ha de mejorar éste. No es concebible un Derecho del trabajo, o al menos no lo era hasta ahora, que no pueda ser explicado como un ordenamiento protector, tuitivo del trabajador aunque como señalase DE LA VILLA GIL “la protección viene calculada, pues, constituye una inteligente inversión” al ser el precio establecido para mantener la estabilidad social, el orden establecido. Por tanto, el límite del proceso de destrucción brutal de la legislación especial en que se inserta el RDL 3/2012 tiene como umbral el ordenamiento civil no como ordenamiento subsidiario, que también lo es, sino como ordenamiento común que establece los umbrales mínimos de los derechos y obligaciones. Y para llegar a esa conclusión de minoración de derechos y de situarse por debajo del suelo que representa el ordenamiento común, han de emplearse los métodos comparatistas que elaboró la doctrina científica italiana y ha hecho propios la doctrina judicial española. A este respecto, frente al método del “conglobamento” que implica la comparación global de los marcos normativos en presencia y al método de la acumulación o fraccionamiento

de los marcos normativos, finalmente se ha optado, a partir de las construcciones de Cessari, por la comparación de institutos (aspectos particulares homogéneos), que se fundamenta en la inescindibilidad de los institutos y en la inescindibilidad de las cláusulas. La comparación de las consecuencias de un incumplimiento contractual doloso o culpable en el ordenamiento común y en el ordenamiento laboral especial evidencia un claro trato discriminatorio de origen clasista (art. 14 CE) [...].

En definitiva, las indemnizaciones tasadas no pueden desempeñar otro papel que el de representar un criterio indemnizatorio subsidiario o un suelo reparador, que no puede obstar la adecuada satisfacción de los daños y perjuicios sufridos”.

2.- “El precepto indicado [art. 18.8 del RDL 3/2012] da nueva redacción al apartado 56,2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que queda redactado en términos de que sólo “en el supuesto que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación”.

Cuatro son las precisiones que hemos de hacer. La primera es que estamos ante despidos calificados como improcedentes y por tanto, injustos en los que concurre dolo o culpa relevante. La segunda, que la anterior redacción imponía el abono de los salarios de tramitación cualquiera que fuese el sentido de la opción, es decir, tanto si se optaba por la readmisión como si la opción se efectuaba por la indemnización. En tercer lugar que quien efectúa la opción resulta ser el empresario incumplidor, el autor del ilícito civil. Y finalmente, que los salarios de tramitación no son otra cosa que la concreción del lucro cesante del trabajador injustamente despedido y que, con generosidad para los empleadores, no se mide desde la fecha del despido hasta la fecha prevista de vencimiento del contrato sino sólo hasta la de readmisión o rescisión contractual, lo que puede entenderse como la justa contraprestación a la presunción de indefinición temporal del contrato de trabajo.

De esas precisiones se extraen sin dificultad una serie de conclusiones como son:

Que cabe la reproducción íntegra de lo que hemos dicho en el Epígrafe anterior sobre daños y perjuicios derivados de ilícito civil doloso o relevantemente culpable, pues incuestionablemente los salarios de tramitación forman parte de aquéllos, como forma concreta y particular del “*lucrum cessans*”. Obviamente la exclusión de éstos en alguno o todos los supuestos mutila la íntegra o adecuada reparación de los daños y perjuicios sufridos, pues la afectación patrimonial del trabajador que ve incumplido su contrato por las expresadas razones no sólo ha de comprender el daño emergente, sino además lo dejado de percibir por razón del incumplimiento y aún los daños morales.

Que la arbitrariedad se amplifica cuando sólo se suprimen en el supuesto de que el empleador opta por la indemnización. Porque es el empleador el que determina mediante el ejercicio de la opción la extensión de su propia responsabilidad civil ya que el contenido económico de cada una de las opciones resultan no equivalentes. Si opta por la readmisión, cumplimiento específico de la Sentencia declarativa de la improcedencia, habrá de satisfacer además los salarios de tramitación. Y si opta por la indemnización sustitutoria de la readmisión y por tanto equivalente, al menos en el papel, a la readmisión, no satisfará, sin embargo, los salarios de trámite. Arbitrariedad que resulta tanto más patente si tenemos en cuenta que ese carácter asimétrico de las consecuencias del despido improcedente según la opción ejercitada por el empleador

implica una incentivación de la rescisión contractual indemnizada contra toda lógica y racionalidad, contra los declarados fines de promoción del empleo y, sobre todo, con relación con el art. 35 CE que contiene un mandato “pro labore” o “pro contrato” que se ve vulnerado por la incentivación de la extinción contractual. Más aún, la asimetría de las consecuencias legales de la opción empresarial penan de manera agravada al trabajador pues éste es indemnizado en menor extensión, todavía, en los supuestos en que la opción le es más perjudicial (cuando el empresario opta por indemnizarle). A mayor perjuicio, menor reparación. Lo que ha motivado que en el Recurso de inconstitucionalidad promovido por los Grupos Parlamentarios Socialista y de IU se haya calificado el supuesto como “odioso”.

Y se amplifica aún más esa arbitrariedad, si tenemos en cuenta que el art. 18, nueve del Real Decreto Ley cuando, al dar nueva redacción al art. 56,4 de la LET, incluye un inciso final del siguiente tenor con relación al despido improcedente de un trabajador que ostentase la condición de representante legal de los trabajadores o que fuese delegado sindical: “tanto si opta por la indemnización como si opta por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2”. A la vista de este precepto resulta difícil concluir, desde el punto de vista hermenéutico, que el art. 56,2 de la LET en su nueva redacción subsuma o unifique los salarios de tramitación en la indemnización rescisoria cuando expresamente los conserva para el supuesto de despido improcedente de trabajador “ordinario” con opción por la readmisión o cuando expresamente los conserva respecto del despido improcedente de trabajador cualificado por la representación sindical y tanto para el supuesto de que opte por la readmisión o por la indemnización. Lo que ya era difícil pues, obviamente, resulta irracional pensar que una indemnización que se reduce cuantitativamente subsume en su seno un concepto que antes se satisfacía aparte. Ni que decir tiene que la nueva redacción del art. 56,4 LET resulta en verdad caprichosa ya que lo que constituye la garantía de los representantes de los trabajadores no es el abono de los salarios de tramitación en el supuesto de que opten por la rescisión, sino precisamente la opción por la readmisión y su atribución al trabajador. Obviamente la causalidad de esta norma es ajena a la citada garantía.

Finalmente, el principio de integridad/adecuación indemnizatoria también resulta vulnerada en el supuesto en que el empleador opta por la readmisión, supuesto para el que su obligación reparatoria se contrae a la readmisión regular del trabajador en su puesto de trabajo y el abono, exclusivo, de los salarios dejados de percibir. Con el relevante olvido de que el despido ha podido producir daños (daño emergente y daños morales) en el ámbito personal, familiar y patrimonial del trabajador que no se comprenden en el lucro cesante que representan los salarios de trámite y que no son compensados en forma alguna. Esta infracompensación estimula, como así se constata en la instancia judicial, un incremento de los despidos/extinciones especulativos en que, ante la inexistencia de riesgo o el bajo coste de la intentona, se desarrollan prácticas experimentales por los empleadores de extinción de los contratos de trabajo. De manera que si “resulta bien” el empleador se deshace con un bajo costo del trabajador con gran antigüedad y si “no resulta bien” con igual bajo coste se le repone en su puesto de trabajo, para volver a intentarlo en mejores condiciones. En términos loteros, al empresario siempre le toca o el primer premio o el reintegro que le permite participar en el siguiente “sorteo”, pero nunca pierde [...].”

3.- *“El fenómeno que acabamos de describir, al ser contemplado desde el prisma del derecho procesal y no del derecho material, nos conduce de manera que entendemos*

inexorable a la conclusión de que la nueva normativa infringe el art. 24 de la Constitución y en concreto los siguientes derechos que integran el derecho a la tutela judicial efectiva. En primer lugar la seguridad jurídica, en tanto que el trabajador se ve inmerso en un procedimiento judicial cuya finalización no puede prever. Insistimos no se trata ya de que ignore si va a ser indemnizado o readmitido, cuestión verdaderamente nimia a partir de la hora y el momento en que la Ley considera ambas formas de cumplimiento de la Sentencia como equivalentes, sino que ignora los conceptos por lo que va a ser indemnizado y la extensión de los mismos. En segundo lugar, porque como es fácil inferir, se produce una desigualdad esencial en el procedimiento y en la tutela que el Juez puede dispensar: el procedimiento está trucado, permítasenos la expresión en el sentido más objetivo del término, en la medida en que la Ley determina que sea el empresario (el condenado en la Sentencia de despido improcedente) el que determine, arbitrariamente, la extensión de su propia condena, algo verdaderamente insólito en nuestro ordenamiento. Más condena si opta por readmitir (salarios de tramitación incluidos) o menos condena si opta por indemnizar (salarios de tramitación excluidos). Entendemos que o bien no hay tutela judicial o, si pudiera entenderse existente, no es efectiva”.

4.- *“El derecho al trabajo, se ha dicho por la Excm. Sala ante la que promovemos esta cuestión [Tribunal Constitucional], comprende tanto el derecho al trabajo en su faceta individual como colectiva y se extiende tanto al derecho a obtener un empleo digno como al derecho a conservar el puesto de trabajo, en sentido amplio, del que se disfrutará. Este derecho a la conservación entronca con la tradición jurídica española con arreglo a la cual el contrato de trabajo ha de tender a la estabilidad y permanencia (presunción de duración indefinida, resistencia a la extinción, admisión de largos períodos de suspensión, extinción causal, etc.). Manifestación indudable del principio “pro labore” ha de considerarse que nuestro ordenamiento venga considerando como eficacia ordinaria del despido calificado como improcedente la readmisión del trabajador despedido, sin perjuicio de la instrumentación de una opción a favor del empleador para sustituir dicha obligación por la de indemnizar en los términos legalmente establecidos. La norma cuestionada en nada altera formalmente este principio formal “pro labore” manteniendo la opción y el carácter primordial de la restitución al trabajo como obligación específica. De ello da buena cuenta la no modificación del art. 56,3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en cuya virtud ante la falta de opción expresa del empresario se ha de entender que opta por la readmisión.*

Corroborar todo lo anterior la doctrina constitucional (por todas STC 22/1981 de 2 de Julio) que declara que el derecho al trabajo en su faceta individual comprende “el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo” y “a no ser despedido si no existe justa causa”.

Todo ello en línea con los arts. 4, 9.1 y 10 del Convenio 158 de la OIT, ya citado, a cuyo tenor la extinción de un contrato laboral requiere de una “causa justificada relacionada con la capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (art. 4.1), la posibilidad de revisión de esa causa justificada por organismos neutrales (arts. 8 y 9) y la fijación de una indemnización “adecuada” (art. 10).

Así pues, estamos en condiciones de concluir que no sólo es tradicional, lógico y racional que la indemnización sea en nuestro ordenamiento laboral la segunda opción, la sustitutoria, sino que esto sucede así como consecuencia de ese derecho al trabajo que

comprende la readmisión en el supuesto de que el despido hubiese sido declarado injustificado, la conservación y mantenimiento del empleo.

La norma cuestionada sin embargo viene a alterar de forma sustancial este orden al sentar una política legislativa favorecedora de la extinción contractual y de que la opción empresarial se decante por la rescisión indemnizada. Al penalizarse la opción “pro labore” –la readmisión- con la carga a cuenta del empresario de los salarios de tramitación (y su carga cotizatoria a la Seguridad Social) se ve desincentivada. Es más si se considera la importante diferencia indemnizatoria a cargo del empresario en uno y otro supuesto, hemos de atrevernos a concluir que la opción readmisoria se va a convertir en, es ya una opción meramente formal, en el sentido antes empleado, irreal e ilusoria. Salvo en el supuesto de los despidos especulativos a que nos hemos referido más arriba [...]

Finalmente, no hay justificación objetiva y razonable del desproporcionado sacrificio del principio “pro labore” ni de la entronización de un “animus necandi” contractual que late en el subsuelo del Real Decreto Ley 3/2012. No hay en toda la Exposición de Motivos del mismo, explicación alguna de esta disparidad de tratamiento del despido disciplinario improcedente con opción por readmisión, ni de la derogación singular para este supuesto de los salarios de tramitación”.

IX.- Conclusiones

Forzoso nos parece concluir la nulidad (o la inaplicabilidad universal y generalizada) de la normativa reguladora del despido improcedente en nuestro ordenamiento (art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y concordantes) en tanto en cuanto a esa calificación deben remitirse todos los despidos injustos, ilegales, ilegítimos, abusivos o sin válida motivación, para los que nuestra legislación no reserva la calificación de procedentes y nulos. Y debe ser así por su falta de acomodación a lo dispuesto en el art. 10 del Convenio 158 de la OIT, jerárquicamente superior.

- 1.- No cabe establecer una opción por la indemnización rescisoria o alternativamente la readmisión.
- 2.- No cabe que la Ley otorgue esa opción a las partes y menos aún al empleador incumplidor. Esa es una facultad reservada a la jurisdicción. Esa posibilidad de sustitución sólo puede ser ejercitada por los Juzgados y Tribunales del orden social en atención a las circunstancias concurrentes.
- 3.- No cabe la exclusión de la readmisión como forma de reparación y menos que sea el empresario quien pueda excluirla.
- 4.- No cabe que, en los supuestos en que por la jurisdicción se acuerde la rescisión contractual, se excluyan los salarios de tramitación como lucro cesante o “pérdida financiera”.
- 5.- No cabe excluir de la indemnización por despido improcedente la indemnización por daños morales sea cual sea el contenido rescisorio o readmisorio del resarcimiento.

- 6.- No caben las indemnizaciones tasadas, de aplicación automática y, en particular, las que limitan los criterios de su fijación a salario y tiempo de trabajo. Deben poder contemplarse otros criterios, en calidad de “*numerus apertus*”.
- 7.- No caben los topes o límites máximos en la cuantificación de las indemnizaciones que en todo caso deben ser proporcionales y adecuadas a los daños y perjuicios realmente sufridos por cualquier concepto: daño material o emergente, lucro cesante o dejado de percibir y daños morales.
- 8.- Los salarios de tramitación deben satisfacer las “*pérdidas patrimoniales*” sufridas efectivamente por el trabajador. No hay identidad entre ambos conceptos en tanto los salarios de tramitación se calculen por un módulo salarial que es el salario al tiempo del despido, sin que quepa su actualización por la aprobación de Tablas salariales posteriores o por la imposibilidad de adicionar a su importe los intereses moratorios por el retraso en su abono.
- 9.- En la cuantificación de la indemnización deben tenerse en cuenta criterios que disuadan del recurso al despido improcedente (cláusula disuasoria implícita). Es conocida la aversión del derecho europeo continental a las cláusulas punitivas y el esfuerzo que se está haciendo por crear institutos bajo otras denominaciones pero que finalmente responden a dicha naturaleza ya que en definitiva se trata de establecer un plus indemnizatorio por encima de la cuantía meramente resarcitoria. Es el caso de la cláusula “*disuasoria*” que nos ocupa o la cláusula “*preventiva del daño*” que, en materia de vulneración de derechos fundamentales, establece el art. 183.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

De acuerdo con los expresados criterios, no procede conferir al empleador opción alguna, debe condenársele a la inmediata readmisión en las mismas condiciones vigentes con anterioridad y con abono de los salarios de tramitación que realmente hubiera debido percibir actualizados con sus correspondientes intereses moratorios, reservando al trabajador por las especiales circunstancias concurrentes en el periodo transitorio hasta que el ordenamiento legal se adecue al convencional, la reserva de acciones para reclamar en esta jurisdicción la diferencia que pudiera corresponderle entre dichas indemnizaciones y el perjuicio efectivamente sufrido. Y debe establecerse una indemnización adicional de carácter disuasorio.

X.- Extrapolación a los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales y nulos por vulneración de legalidad ordinaria

Las anteriores conclusiones referidas al Despido improcedente, tienen una clara incidencia de carácter reflejo respecto de los Despidos nulos, discriminatorios en términos del Convenio, que en nuestro ordenamiento son sustancialmente los nulos por vulneración de derechos fundamentales y los nulos por vulneración de la protección objetiva de los derechos de conciliación de la vida familiar y personal o por vulneración de legalidad ordinaria, cuya nivel de protección no puede ser inferior a la de los despidos improcedentes. Así inicialmente debería concluirse una extensión de dichas consecuencias a éstos.

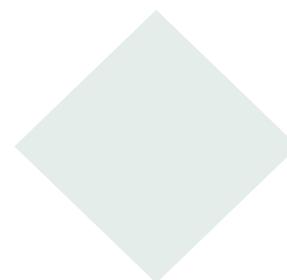
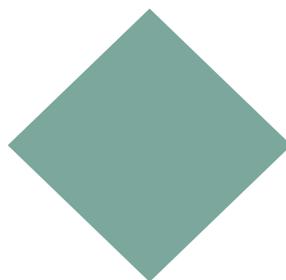
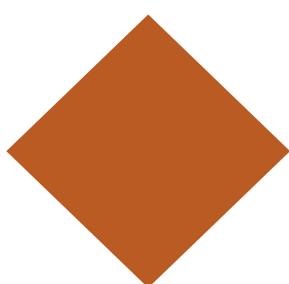
Debe constatar que, respecto de los despidos nulos de la segunda clase referida, actualmente no cabe indemnización adicional por daños y perjuicios salvo la readmisión y el abono de los salarios de tramitación con los límites que hemos expresado y que no cubren la totalidad de las pérdidas patrimoniales del trabajador. Tampoco está prevista la consideración de un plus indemnizatorio adicional de carácter disuasorio. Estos elementos deberían considerarse.

Respecto de los despidos nulos en que se constata la vulneración de derechos fundamentales está prevista la readmisión y la indemnización adicional por daños y perjuicios y también la consideración de elementos indemnizatorios “*preventivos del daño*” que pudieran hacerse equivaler a la indemnización disuasoria. El problema no es tanto regulatorio sino de una práctica forense restrictiva que indudablemente debería superarse.

De este modo habría que concluir que las consecuencias de cualquier despido injusto, por nulidad o improcedencia, debería aparejar exactamente las mismas consecuencias, lo que dejaría sin objeto tal distinción. Sin perjuicio de que el legislador considerara agravar las consecuencias del despido nulo introduciendo medidas hasta hoy no contempladas¹³.

XI.- Epilogo

Es posible y legítimo no compartir las conclusiones expuestas a lo largo de este artículo. Es posible y legítimo mantener la validez del art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. No obstante y para quienes así concluyan es menester hacerles saber que sus tesis tienen fecha de caducidad cierta: aquélla en que se ratifique la Carta Social Europea revisada de 1996, que rendirá obligatoria su aplicación y la de la doctrina sentada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, en la misma medida que lo es la del Tribunal de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hecho que a estas alturas es ineludible e indemorable¹⁴.



¹³ La equiparación de despidos nulos e improcedentes, dejaría sin efecto la distinción de los mismos en orden a las consecuencias. Las especialidades procesales de la modalidad procesal de Despido con tutela de derechos fundamentales conservarían su utilidad (carácter urgen, especialidades probatorias, participación del Ministerio Fiscal, etc.).

¹⁴ La ratificación de la Carta Social Europea revisada y el Protocolo de Reclamaciones Colectivas será además una prueba de fuego para el Gobierno de coalición progresista.

Obtención de la prueba y vulneración de derechos fundamentales. Prueba nula... ¿despido nulo?

Fernando Cabezas Lefler
Magistrado del Social 3 de Pontevedra



RESUMEN

Este comentario se centra en la problemática derivada de la apreciación de la nulidad de la prueba en los procedimientos por despido y la calificación que corresponde, constatando la disparidad de planteamientos al diferenciar la utilización de determinados instrumentos para el conocimiento de los hechos que posteriormente son sancionados, de su prueba a través del oportuno soporte documental. Con cita de diferentes sentencias a favor de la nulidad o de la improcedencia, opta por esa primera declaración y aborda igualmente la complejidad de resolver en la propia vista sobre una cuestión que la mayoría de las veces resulta muy complicada.

A modo de introducción y antes de la Exposición de Motivos he de confesar mi ignorancia de derecho laboral, admitiendo a lo sumo cierta capacidad para resolver *conflictos laborales* de manera que cuando se presenta el juicio y se exponen las posiciones de las partes, es cuando en mayor o menor medida, estudio el asunto. Casi siempre en menor medida, porque cuando vuelve a presentarse un tema similar, sobre todo en materia de Seguridad Social, no recuerdo lo que resolví.

En segundo lugar, uno de los motivos para compartir estas confesiones tiene mucho que ver con los días aciagos que estamos pasando, entre incertidumbres personales y jurídicas de todo tipo y deseando que, con la vuelta ojalá cercana a la normalidad, todos hayamos aprendido un poco de este encierro colectivo e individual.

No obstante, he de admitir que estas inquietudes me asaltan todos los días y las llamo REFLEXIONES EN BICICLETA, porque aprovecho estos paseos para debatir a golpe de pedal sobre tal o cual interpretación; ahora por la pandemia he cambiado la circulación por el sillón, de manera que podemos llamarla, con carácter temporal, REFLEXIONES DE SOFÁ, contando eso sí, con mucho más tiempo para perderlo o emplearlo en algo medianamente productivo.

Y ha sido teletrabajando cuando he topado con una de esas situaciones que, de no ser por la discusión y posterior resolución, no me hubiera planteado y que ahora os traslado, esperando que sea de vuestro interés, anticipando que muchos de vosotros lo tendréis perfectamente claro.

Me estoy refiriendo a las consecuencias que supone en un procedimiento de despido la obtención de la prueba con violación de derechos fundamentales, tratando de abordar el asunto desde una perspectiva procesal y dejando para otras exposiciones los problemas que en cuanto al fondo se pueden suscitar y que a buen seguro son muchos. Cuesta poco imaginar y por poner el ejemplo más claro, el recurso a una prueba de captación de imágenes, normalmente a través de cámaras o de un detective y en materias tan variadas como un despido o en procesos de incapacidad temporal, en los que la decisión de la empresa se apoya precisamente en el reflejo documental de las actuaciones del trabajador.

Para ilustrar mi confusión, creo oportuno transcribir los artículos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que me provocaron ciertas dudas, cuando no una contradicción tras su lectura. El primero en aparecer es el artículo 90.2 que dispone que **no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas**, redacción que da a entender que si se constata esa vulneración, la no admisión de la prueba y su contenido, dejara a la parte sin poder acreditar el soporte factico que le fuera favorable a sus intereses, lo que en los casos más frecuentes en los que se produce esta cuestión, que son los despidos, significará que la empleadora no podrá probar las causas o razones que justifican la decisión disciplinaria, por lo que el despido será declarado improcedente.

No es sin embargo esta la petición que se recoge en la mayoría de las demandas, sino la nulidad, al entender que se han utilizado medios que han invadido su intimidad o cualquiera de los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Seguramente tal solicitud tenga que ver con el segundo de los artículos aludidos, estableciendo al artículo 102.2 que **será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador**.

Por ello el conflicto aun siendo el mismo puede tener respuestas diferentes en los supuestos de despido a los que se refiere este precepto y en otras materias en las que igualmente están implicados derechos de esta naturaleza e incluso la utilización de esos mismos instrumentos probatorios como detective, sistemas de grabación o seguimiento. Piénsese en asuntos como extinción de prestaciones de incapacidad por fraude o sanciones disciplinarias en los que, de admitirse una vulneración de los derechos fundamentales, la respuesta no sería la nulidad de la decisión, sino dejarla sin efecto.

Pero antes de repasar diferentes pronunciamientos judiciales al respecto, resulta oportuno prestar atención al tratamiento procesal que la ley da al planteamiento de esta cuestión y su lectura por algunos Tribunales Superiores de Justicia, formulación que os traslado desde la experiencia y desde la advertencia practica de evitar una nulidad de actuaciones de esas que no gustan demasiado y que en ocasiones generan, al menos en mi caso, suspicacias innecesarias.

Como ya os anticipé cuando admití mi limitado conocimiento del derecho del trabajo, la Ley Reguladora, tantas veces aplicada y consultada, contiene preceptos que al no utilizar antes, una resolución revocatoria me pone en evidencia y en este caso, el artículo 90.2 tras esa afirmación sobre la inadmisión de la prueba nula, dispone que *esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada.*

Sobre el papel, el precepto se limita a contemplar una especie de vistilla dentro del juicio para dar respuesta a este debate, pero en la práctica suscita muchos problemas, el primero, el de la dificultad de dar respuesta a la cuestión cuando ello requiere de un estudio detenido, con examen de normativa y jurisprudencia que sin lugar a dudas complica o incluso imposibilita una decisión en ese momento, como problemas derivados por ejemplo de la protección de datos y cuál ha sido la actitud de la empresa a la hora de su tratamiento, lo que a mi entender y salvo un dominio absoluto de la materia, exige consultar normas y doctrina interna y europea.

Por otro lado, en muchas ocasiones esa denuncia de prueba nula consta en demanda y la empresa en su contestación a la misma, defiende ya su validez sin cuestionar los hechos que pudieran derivar en esa calificación, por lo que no sería necesaria prueba alguna ni audiencia previa a su admisión, pudiendo reproducirse el debate en el trámite de conclusiones, razonando ya en sentencia el porqué de esta decisión o su rechazo, con la posibilidad de que la parte perjudicada pueda recurrirla.

Sin embargo, el precepto parece que exige en todo caso, un pronunciamiento razonado, señalando que *contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia.*

Aparte de no saber muy bien porque se refiere a un mismo acto de dos maneras distintas -juicio o comparecencia- cabe pensar que si no se recurre no cabrá su planteamiento posterior en recurso, aun tratándose de un derecho fundamental, entendiendo que la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba debe de comprender tanto la que la admite como la que no. Por lo mismo la redacción del precepto permite dejar sin recurso una cuestión de esta trascendencia y por tanto ampara dejar de revisar una sentencia que ha dado por buena una actuación en el que se ha producido una vulneración de un derecho fundamental como los expresados de intimidad, domicilio o propia imagen.

Es cierto que normalmente la materia en que se utilicen estos instrumentos probatorios será de las que tengan acceso al recurso, como despido o prestaciones, pero también hay otros supuestos como sanciones, que solo son recurribles por el trabajador en caso de muy graves confirmadas judicialmente, quedando por tanto las menos graves y leves fuera de este mecanismo procesal, salvo que la incidencia se reconduzca a la letra d)

del apartado 3 del artículo 191 de la L. R. J. S. cuando el recurso tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o resolver el defecto procesal invocado.

El supuesto real que en mi caso supuso un conocimiento más profundo de esta materia tiene su antecedente en una demanda en la que ya se expuso y se solicitó la calificación de nulidad del despido por entender la parte actora que las grabaciones se habían obtenido con quebranto del derecho a la intimidad y la propia imagen de los trabajadores, lo que suscitó el debate correspondiente en fase de alegaciones y conclusiones, llegándose a la conclusión en sentencia de que la empresa no había cumplido con las exigencias al respecto, derivando por ello, la nulidad del despido de los trabajadores.

Así se razonaba lo siguiente: *Estas consideraciones doctrinales son necesarias, por más que puedan parecer excesivamente teóricas, estando ante un conflicto entre un poder o facultad del empresario y un derecho fundamental, con distinta posición y tutela constitucional, concluyendo que la demandada no fue lo suficientemente cautelosa con las medidas de investigación adoptadas, derivando en una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador que no puede tolerarse, entendiéndose que esta apreciación, dada la redacción del artículo 55 del E. T. implica la nulidad del despido, conclusión que es más acorde con la obligada reposición a la situación anterior que una decisión de este tipo lleva consigo de conformidad con lo establecido en el artículo 182 de la L.R.J.S..*

Se opta pues por un pronunciamiento de este tipo, añadiendo posteriormente y como anticipo de lo que luego ocurrió que no obstante y ante una eventual sentencia estimando el recurso de suplicación de la parte demandada impugnando este pronunciamiento y la presencia de otras alegaciones que tienen que ver con la tutela de derechos fundamentales y otras cuestiones, de complejidad fáctica y jurídica evidente, aconseja examinar y dar respuesta a las mismas, dejando zanjado el debate.

La empresa recurrió por diferentes motivos, aunque ninguno tenía que ver con el citado trámite, sino con el no visionado de las grabaciones que rechacé porque los demandantes admitían su contenido, discrepando obviamente de la interpretación dada por la demandada, afirmando el T.S.J. de Galicia en sentencia de 18 de septiembre de 2017 que *por el contrario, sí entendemos que conlleva la nulidad por infracción de normas esenciales del procedimiento en los términos del art. 193 a) LRJS el que el magistrado de instancia haya determinado en la vista de juicio así en el minuto más arriba indicado y referido por la recurrente que no se admitía la prueba de videograbación propuesta por la demandada por innecesaria, y por tanto sin pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de la misma de acuerdo con el art. 90.2 LRJS. Y todo ello para posteriormente en sentencia entender que tal grabación era ilícita, acordando fruto de ello la nulidad del despido.*

Hasta tres FUNDAMENTOS DE DERECHO de razonable extensión se dedican a examinar la prueba para acabar concluyendo que los demandantes no tenían conocimiento completo de la instalación de las cámaras, finalidad de la misma y tratamiento de los datos obtenidos, rechazando igualmente la presencia de las notas de necesidad y proporcionalidad en la actuación del empresario, con cita de la Ley de Protección de Datos, informes de la Agencia y valoración de prueba documental y testifical que complicarían enormemente la respuesta en la vistilla.

Entiendo pues que es diferente la pertinencia de un medio de prueba, en este caso la grabación de imágenes y su reproducción de la ilicitud en la obtención de las mismas, situando por lo tanto en diferente plano lo innecesario de la prueba, porque los demandantes reconocían los hechos, en su dimensión objetiva, que contenía la comunicación de despido, de la calificación que merezca su constatación, recordando que el artículo 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.

Sin embargo la Sala opina que a la vista del art. 90.2 LRJS, si el magistrado entiende que la declaración de la licitud o ilicitud de un determinado medio de prueba pudiera tener trascendencia en la resolución del litigio por ejemplo, por poder determinar la nulidad del despido de acuerdo con el art. 108.2 LRJS no puede obviar en el acto de la vista el concreto trámite del art. 90.2, con todas las exigencias que el mismo comporta alegaciones, diligencias, resolución, y, en su caso, recurso de reposición resuelto asimismo oralmente; pues ello conllevaría, por así decirlo, sustraer a una plena y extensa contradicción en el acto de la vista un extremo que luego es determinante para la resolución del litigio. Es más, en este caso la ilicitud de tal medio de prueba es la razón fundamental de la decisión de nulidad del despido, a la vista de la sentencia.

Tal razonamiento ilustra con claridad la intención de este comentario, esto es, trasladar que una interpretación del artículo 102 de la L.R.J.S. podría derivar en la nulidad del despido, mientras que, si se decide en la propia vista la no admisión del medio de prueba, la decisión de la empresa quedaría huérfana de soporte probatorio, lo que conduciría a su improcedencia. Defiende el Tribunal la nulidad de actuaciones declarada el entender que *se pudo causar efectiva indefensión a la parte demandada, en tanto que se le restringió la posibilidad de defender la licitud de ese medio de prueba grabación de video en el momento procesal oportuno, y con todas las posibilidades de alegación, diligencias y recurso que el precepto citado prevé. Y ello aun cuando la discusión sobre la licitud o ilicitud de tal grabación había sido suscitada por las partes, afirmación que resta importancia al hecho de que actora y demandada mantuvieron sus posturas sobre este particular al inicio y al final de la vista; es más, la propia Sala es consciente de esta realidad y sale al paso de este reproche diciendo que es cierto que podría argumentarse en detrimento de la decisión que adoptamos aunque nada se ha alegado al respecto por las partes que no obstante no existir una decisión con arreglo al art. 90.2 LRJS sobre la licitud o ilicitud del citado medio de prueba grabación de video, las partes realizaron alegaciones en la vista sobre tal grabación, y asimismo se practicaron algunos medios de prueba en relación a ella así se deduce también del contenido de la sentencia, concluyendo que por tanto no se habría ocasionado indefensión efectiva.*

No obstante, no compartimos tal posible valoración por cuanto:

(1) En todo caso, no se habría producido el específico trámite del art. 90.2 LRJS alegaciones, práctica de diligencias, resolución oral y, en su caso, recurso de reposición también resuelto oralmente, sino que, a lo sumo, cabría admitir que tal trámite tuvo lugar, en parte, de forma difusa en distintos momentos del juicio. Pero justamente el art. 90.2 LRJS recoge un trámite concentrado y ad hoc para determinar la licitud o ilicitud de un medio de prueba, con la finalidad de evitar

una posible indefensión, y dada la trascendencia que puede tener un pronunciamiento en tal sentido.

(2) Además, a la vista de los minutos de la grabación del acto de juicio en que se resolvió inadmitir tal medio de prueba por innecesario dado el reconocimiento de ciertos hechos por la parte demandada, nos parece que se pudo ocasionar en la demandada una cierta confianza en que la posible ilicitud de tal medio de prueba no iba a tener relevancia decisiva en la resolución finalmente dictada, justamente lo contrario de lo acaecido. Lo que abundaría en la situación de indefensión en que se pudo situar a la empleadora.

(3) Por otro lado, si la decisión de nulidad del despido puede derivarse de que se ha procedido a despedir a los trabajadores por los datos constatados a través de una grabación de videovigilancia, no sería descartable que fuese preciso visionar tal grabación para determinar su contenido a los meros efectos de poder valorar su licitud/ilicitud y la conexión de la misma con el despido; pues en determinados supuestos puede ser complicado aunque dependerá de las circunstancias concurrentes que se acuerde la nulidad de un despido con fundamento en una grabación cuyo contenido, a la vista de la sentencia, entendemos que no fue visionado en juicio.

Y tal visionado, en su caso, habría de acordarse en el trámite del art. 90. 2 LRJS

(4) A mayor abundamiento, la valoración de la posible ilicitud de medios de prueba que ha de ser sustanciada por el trámite del art. 90. 2 LRJS cabe entender que también habría de alcanzar a otros medios de prueba que pudieran guardar algún tipo de conexión con aquel que se haya obtenido directamente, en su caso, con vulneración de derechos fundamentales.

A mi modo de ver, la indefensión, entendida en su sentido material como la pérdida de oportunidad de alegar y probar determinadas cuestiones que obstaculice su derecho, no se ha producido desde el momento en que ese debate ha sido profundo, confundiendo esta perspectiva procesal con un tema de fondo, desde el momento en que nada tiene que ver el contenido de las grabaciones con la licitud de las mismas, añadiendo que esa “confianza” a la que alude la sentencia es ajena a la relevancia que la ilicitud de la prueba conlleva, que no depende de ese aspecto subjetivo sino de lo que la norma contempla.

El precepto comentado tiene su antecedente en el artículo 287 de la L.E.Ci. que dispone lo siguiente: *1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. 2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.*

En el juicio verbal civil, modelo similar en cuanto a la oralidad a nuestro proceso laboral, la cuestión se resuelve al comienzo de la vista, antes del comienzo de la práctica de la prueba, mientras que el artículo 90 de la L.R.J.S. retrasa su planteamiento al momento de la proposición *salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida*.

En cualquier caso, el momento vendría prácticamente a coincidir, pudiendo admitirse teniendo en cuenta la flexibilidad de nuestro proceso, que el debate quedara planteado en fase de alegaciones, incluso la posibilidad de decidir en sentencia, como ocurrió en el caso examinado, en el que la prueba de grabación de imágenes NO se admitió por innecesaria, pero si se consideró que las mismas habían vulnerado el derecho fundamental a la intimidad de los demandantes.

De la redacción de este precepto cabe concluir que a la necesidad de la prueba, que deja fuera los hechos que no guarden relación con el objeto del pleito y los admitidos - artículo 281 de la L.E.Ci.- y a las notas de pertinencia y utilidad requeridas para su admisión -artículo 283-, debe de añadirse la de su licitud, derivando de una interpretación literal de ese precepto la necesidad de resolver sobre la misma en el acto del juicio, lo que sin duda puede dar lugar a problemas prácticos, aparte de los ya expuestos, incluso la posibilidad de que admitida y tras un examen más detenido del tema, llegar a la opinión de que no debió de hacerse así, o el caso contrario de inadmitirla cuando realmente no existió quebranto de ningún derecho.

Además, la no admisión de la prueba por este motivo, reduciría o mejor dicho eliminaría el análisis de si vulneró o no algún derecho fundamental, puesto que esta decisión ya implica que se ha constatado esta actuación, dando lugar a dos alternativas posibles: una, la existencia al margen de este instrumento probatorio no admitido, de otros medios que pudieran constatar la conducta sancionada, pudiendo defender la procedencia de la decisión; y dos en caso contrario y de seguir mi postura, la única consecuencia posible es la nulidad del despido.

A nivel doctrinal es interesante el análisis hecho por Don Jaime Carbonell Murio en su trabajo titulado *Efectos de la prueba ilícita en la calificación del despido* y publicado en el año 2013 dentro de la II Edición del Premio Jóvenes Laboralistas FORELAB y que tras apuntar la notable incidencia práctica de esta cuestión, describe la *confrontación en la doctrina y en las decisiones judiciales al entender, una parte, que un despido efectuado con base en una prueba ilícita debería declararse improcedente. Otros, en cambio, se decantan a favor de la declaración de la nulidad del despido, al emplear la doctrina de los frutos del árbol envenenado o, al menos, una argumentación similar.*

A continuación expone cada uno de los puntos de vista, con cita de algunos pronunciamientos judiciales, pudiendo resumir la posición favorable a la improcedencia en la separación entre la actividad probatoria y la calificación que deba darse al despido, afirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 7109/2000 que *la calificación del despido debe vincularse al móvil que lo determina, o a la violación de derechos y libertades del artículo 55.5 del E.T. y no a la ilegalidad de alguna de las pruebas aportadas al proceso.* El mismo criterio sigue la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de mayo de 2011, que se remite a la anterior de 17 de julio de 2009, que reserva la calificación de despido nulo para cuando se produzca *por una causa ajena al contrato de trabajo, directamente atentatoria contra un derecho fundamental y verdadero móvil de la decisión extintiva del empleador (...), centrándose*

el recurrente, para solicitar la declaración de nulidad, no en la voluntad vulneradora de la empleadora al despedir, sino en la violación de sus derechos fundamentales en la obtención de la prueba de esos hechos imputados, supuesto bien distinto que afectaría no al despido, sino a la actividad probatoria previa al mismo, de manera que la prueba obtenida con vulneración es ilícita y no puede tenerse en ningún caso en cuenta en el proceso, como tampoco aquéllas que deriven de la inicial ilicitud, pero en ningún caso cabría aquí hablar de despido nulo sino improcedente.

Los criterios a favor de la nulidad, extraídos de las sentencias del T.C. 196/2004 y 29/2013 pueden identificarse en una primera constatación como es que la vulneración de un derecho fundamental producida en la obtención de pruebas, se materializa en el despido que nace o trae causa de la evidencia viciada de ilicitud y en segundo lugar, en el mantenimiento de esa vulneración, al menos en ese efecto extintivo si con la simple declaración de improcedencia se permitiera el empresario elegir entre la readmisión, o no, del trabajador, concluyendo el autor, mostrando su opción por esta solución, que en *conexión con la función tuitiva que caracteriza a los derechos fundamentales y al Derecho del trabajo, debe abogarse por la protección real y efectiva de dichos derechos, debiéndose declarar el despido como nulo y no improcedente.*

Aporta además otro elemento de juicio extraído de la literalidad del artículo 55.5 del E.T. que de forma similar al 102 del texto procesal antes mencionado establece que el despido será nulo cuando éste tenga por móvil una de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la Ley o bien *se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*, lo que según sus palabras, sin duda sucede cuando, en la obtención de una prueba ilícita, se vulnera un derecho fundamental y, acto seguido, se procede a despedir al trabajador. Apunta finalmente otra consecuencia derivada de esta interpretación como es lograr un efecto disuasorio, dirigido a que la empresa no utilice métodos abusivos o arbitrarios que puedan restringir la intimidad personal, la protección de datos personales o el secreto de comunicaciones de los trabajadores, salvo en aquellos casos en que la medida supere el test de constitucionalidad, esto es, respete la necesidad, idoneidad y proporcionalidad que justifique la restricción de un derecho fundamental.

Esta petición de nulidad por la obtención de la prueba se suscita con cierta frecuencia, apreciando como ya señalé, que en su gran mayoría, la solicitud principal y por este motivo es la de nulidad, aplicando en otro caso la doctrina de los frutos del árbol envenenado en un supuesto de geolocalización de un vehículo por GPS, rechazando la validez de la declaración del detective porque la información obtenida, de forma visual o directa por el mismo, derivó de la información que suministró ese sistema, posicionándome de la misma forma que en el procedimiento mencionado, por la nulidad atendiendo a la redacción del artículo 55 del E.T. y que es más acorde con la obligada reposición a la situación anterior que una decisión de este tipo lleva consigo de conformidad con lo establecido en el artículo 182 de la L.R.J.S. Este es a mi entender un argumento decisivo, estableciendo este precepto en su letra d) que la *sentencia dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183.*

Cabe recordar que el artículo 184 dispone que las demandas por despido en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva. Parece pues que invocándose esa lesión la decisión, caso de apreciarla, debe de participar del contenido de estas sentencias, entre las que se encuentra la citada reposición propia de la nulidad, a lo que hay que añadir el incremento de ese posible efecto disuasorio aludido, no faltando sentencias como la del T.S.J. de Cataluña de 16 de marzo de 2004 que asignan a la indemnización un componente admonitorio o represor del comportamiento antisindical habido y de advertencia cara al futuro. Otra cosa es valorar la oportunidad de indemnizar la vulneración de un derecho fundamental, que efectivamente se ha producido, pero ajena, al menos de forma directa, a la relación laboral.

Son varios los pronunciamientos que ponen de manifestó esta disparidad de soluciones: Así, en la sentencia del **T.S.J. de Galicia de 3 de abril de 2012** se denuncia la infracción del artículo 55.5 del E.T. y 18 de la C. por entender que ha habido vulneración del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio en la conducta de la empresa que contrata a un detective para controlar el estado de salud de la demandante, denuncia que no se admite, *primero porque se trata de una prueba admitida legalmente y segundo porque incluso la nulidad de medio empleado no nos llevaría a la nulidad de la consecuencia, es decir la nulidad de la prueba de detectives no conlleva el despido nulo.*

Esta es también la situación examinada por el **T.S.J. de Cataluña de 30 de marzo de 2015**, desprendiéndose de su redacción que el Juez rechazó la validez de la grabación en su sentencia, sin trámite previo, afirmado que tuvo por no aportado el informe y por no realizada la declaración del detective como testigo, concluyendo *que los hechos de la carta de despido no han quedado acreditados, pues del resto de pruebas, válidamente celebradas y eficaces, no se desprende el comportamiento supuestamente transgresor imputado al trabajador despedido, cuyo despido se declara improcedente.*

Del mismo modo, la sentencia del **T.S.J. de Galicia de 22 de junio de 2017** se remite a otra anterior de 26 de junio de 2015 expresando que a la hora de delimitar el concepto de prueba prohibida o ilícita, tanto el Tribunal Constitucional en sentencia 114/1984, de 29 de noviembre como el legislador en los artículos 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se refieren a la prueba obtenida, directa o indirectamente, mediante la vulneración de derechos fundamentales y señala que *la característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso que se lograra, de ahí que se exija una relación directa entre la violación del derecho y el resultado, de suerte que si tal relación no existe, esto es, si no hay tal relación de causalidad y el resultado no es consecuencia de la vulneración, aun habiéndose vulnerado un derecho, no estaremos ante una prueba prohibida, sino ante un evento de naturaleza diferente.*

Es clarificadora la sentencia del **T.S.J. de Castilla la Mancha de 12 de enero de 2018**, con estimación parcial del recurso del trabajador, considera vulnerado su derecho fundamental a la intimidad personal por entender justificada e idónea, pero desproporcionada, la instalación de cámaras de vigilancia para constatar una conducta como el fumar, examinando a continuación la consecuencia jurídica de esta apreciación, admitiendo que *no existe jurisprudencia unificadora ni opinión judicial ni doctrinal unánime, y que la Sala se ha inclinado por desechar la calificación de nulidad del despido, pues lo que no se ha admitido es el medio de prueba contaminado (...) pero no se ha concluido que la decisión extintiva, en sí mismo considerada, pretendiera la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador, que llevara aparejada la calificación de nulidad del mismo, citando a continuación pronunciamientos de signo contrario como los dictados por el T.S.J. del País Vasco en fechas 12 de septiembre de 2006 y 10 de mayo de 2011.*

Mantiene su criterio sobre la distinción antes apuntada entre el móvil de la decisión del empleador que puede suponer una vulneración del derecho fundamental y la obtención de la prueba, afirmando que *no existen razones de peso suficientes para alterar el ámbito de aplicación del artículo 55 del E.T., en tanto en cuanto pensamos que la sanción de nulidad del despido tiene su fundamento en el móvil del empresario cuando el despido en sí mismo responde a una causa vulneradora de un derecho fundamental, de ahí la prescripción del artículo 55 del E.T., pero no cuando la finalidad que mueve al empresario es comprobar un comportamiento del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido, en cuyo caso, procede la nulidad de dicha prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, sin que tal nulidad pueda extenderse a la calificación del despido que podrá ser improcedente o incluso procedente, si una vez desechados los hechos acreditados mediante la prueba ilegal o ilegítima, aun resultan probados, mediante prueba hábil e idónea hechos que constituyen un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*

Parecer contrario mantiene el **T.S.J. de Cataluña en sentencia de 9 de marzo de 2017**, argumentando precisamente la parte recurrente que <<la declaración de ilicitud de la prueba no puede conllevar la declaración de nulidad del despido, sino únicamente de la prueba, pues no existe una decisión empresarial de vulneración de derechos fundamentales contra la actora que haya provocado su despido y, en consecuencia, procede la declaración de improcedencia del despido pues el mismo estuvo motivado por una serie de imputaciones, acreditadas o no, y no en la vulneración de derechos fundamentales>. Rechaza tal planteamiento y convalida la decisión de instancia que anuda la nulidad del despido a la ilicitud de la prueba que videograbación, por haber sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, con remisión a la sentencia del T.C. núm. 196/2004 y de otros Tribunales Superiores de Justicia. Interesa destacar, en línea con el punto conflictivo antes apuntado, que también confirma la sentencia el pronunciamiento que condenó a la empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 6251€ en concepto de vulneración del derecho fundamental.

La cuestión como veis, dista mucho de ser pacífica y las diferentes consecuencias de una y otra opción son evidentes.

Como conclusión y retomando las palabras iniciales de este comentario, vuelvo a reconocer la poca reflexión y estudio de esta problemática, seguramente por el ritmo acelerado de trabajo y también por la lectura de una primera opinión a favor de la

nulidad que me convenció, desde la perspectiva del valor decisivo que tienen los derechos fundamentales, tanto cuando se sitúan en el origen mismo del despido como cuando esta decisión es ajena pero se tiene conocimiento de los hechos con su vulneración, estando en ambos casos ante derechos inmanentes a la persona.

También entiendo que una precisión terminológica no podría alterar ese valor, pero lo cierto es que tras un examen detenido de la jurisprudencia me inclino a pensar que es mayoritaria la posición favorable a la improcedencia, lo que permite convalidar ese otro efecto perverso como es mantener la opción del empresario por extinguir el contrato.

Seguro que todos vosotros tendréis una postura formada, con criterios válidos para asumir una u otra interpretación, en uno más de los ejemplos de la peculiaridad de un trabajo como el nuestro, en el que una misma situación provoca soluciones diferentes, incluso apelando a fuentes idénticas como es la doctrina del T.C. grandeza y miseria de una operación intelectual, pero con manifestaciones prácticas que por eso mismo pueden afectar a la seguridad jurídica.

Consultando la doctrina del T.S. no he encontrado sentencia que unifique doctrina, desconozco si existe y mis parámetros de búsqueda en la base de datos no han sido los correctos.

Sin embargo, la lectura de la última sentencia mencionada del T.S.J. de Cataluña si me permite examinar la del T.S. de 13 de mayo de 2014 que cita como confirmatoria de otra del T.S.J. del País Vasco de 9 de abril de 2013. El asunto controvertido tiene que ver con la información dada por la empresa de las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse con la instalación de video cámaras, esto es y por utilizar las propias palabras de la Sala, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, no explicando en los casos sometidos a contradicción que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. En lo que aquí interesa, la recurrente alega como segundo motivo, la infracción de los artículos 90 de la L.R.J.S. y 55 del E.T. sobre su pretensión de declaración de improcedencia y no de nulidad del despido, lo que despacha en una líneas *pues, además de tratarse de una cuestión nueva no planteada en su recurso de suplicación en el que la empleadora se limitaba a instar la procedencia del despido, no se aportó sentencia alguna contradictoria sobre tal extremo.*

Parece pues que seguimos sin doctrina unificada, rechazando el T.S. por auto de 24 de septiembre de 2019 la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida del T.S.J. de Madrid de 13 de septiembre de 2018 que estima en parte el recurso de la empresa y revoca la nulidad del despido sobre la base de no confundir el despido con violación de derechos fundamentales con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba de parte de los hechos en los que se basó la empleadora para adoptar tal sanción, aportando la trabajadora como resolución de contraste la del T.S.J. de Asturias de 30 de noviembre de 2012 que revoca la de instancia y declara la nulidad del despido.

Según el T.S. no cabe entender que concorra contradicción entre los supuestos objeto de comparación; en primer lugar y por lo que se refiere a los hechos, pues la decisión de la empresa en un caso es previa a la adopción de esos medios por la existencia de sospechas, mientras que en la otra esa utilización fue lo que la llevó al despido de la

trabajadora, vulnerándose en ambos casos, pero en momentos distintos, su derecho fundamental a la intimidad, añadiendo una diferencia esencial en cuanto al debate jurídico planteado en uno y otro supuesto, dejando ver el T.S. cuál es su postura al afirmar que *tiene sentido la diferenciación que se hace en la sentencia recurrida cuando se indica que no es lo mismo un despido con violación de derechos fundamentales (supuesto de la sentencia de contraste en el que la propia decisión de despedir viene provocada por una vulneración de derechos fundamentales) con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba de parte de los hechos en los que se basó la empleadora para adoptar tal sanción (supuesto de la sentencia recurrida en el que la decisión de despedir es ajena, y previa, a la vulneración de derechos fundamentales)*. Sugiere pues como acertada esa diferenciación, lo que conllevaría asumir que en la mayoría de los supuestos en los que la utilización de los medios es para comprobar o acreditar unas conductas sospechosas, la calificación jurídica correcta es la improcedencia, lo que a mi entender deja la tutela del derecho fundamental *coja*.

Esta parece también que es la postura del T.C. en la sentencia 196/04 citada por el T.S.J. de Cataluña, que examinó el caso de una trabajadora de IBERIA que en un reconocimiento médico dio positivo en consumo de drogas, siendo despedida por ser declara NO APTA tras reconocimiento médico, afirmando el T.C. que *se ha invadido la esfera privada de la recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho, actuando sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, con vulneración por tanto de artículo 18 C.E.* concluyendo que la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo.

Estamos ante un hallazgo casual de una circunstancia que justifica la extinción de la relación laboral y no de una prueba dirigida a constatarla, o por utilizar palabras de la propia resolución, *el despido causó la lesión de un derecho fundamental y no los instrumentos utilizados para su comprobación*. Desconozco si el T.C. es consciente en este supuesto de la distinción que parece equiparar conocimiento del hecho-nulidad y comprobación del hecho-improcedencia y si realmente solo otorga amparo en circunstancias como las descritas, apuntando que las 7 sentencias del mismo Tribunal que cita en su último fundamento de derecho, contemplan igualmente supuestos de vulneración de derechos como la libertad de expresión o información, atribuyendo a los despidos la cualidad de reacción a su ejercicio. Tampoco profundiza en estos matices a favor de una u otra opción la sentencia 29/13 en relación con la protección de datos y las imágenes obtenidas por una video cámara, limitándose a declarar la nulidad de las sanciones por vulnerar este derecho fundamental autónomo del artículo 18.4 de la C.

Evidentemente ni estoy cualificado ni me corresponde señalar la solución técnica, legal y constitucional correcta, solo apunto cual ha sido mi respuesta y pretendo llamar la atención sobre esta aparente, o no, *jurisprudencia contradictoria* en esta materia de derechos fundamentales, con todo lo que ello supone; como ya expresé, eso es consecuencia de una faceta también *fundamental* en nuestro trabajo como es la facultad de opinar y decidir, de manera razonable y razonada, de manera diferente.

Comentario sobre la sentencia del TJUE, de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19



África Ortiz López
Abogada

El encuadramiento laboral de los transportistas españoles es una cuestión que, desde hace años, viene ocupando la mente de juristas auto considerados progresistas, y ello atendiendo a la llamativa desnaturalización con la que topamos, ex art. 1. 3. g ET, ante la lógica de la necesidad de interpretación de los contratos de trabajo que afectan a dicho sector, así como por el hecho de encontrar numerosos indicios que sobre la incorrecta transposición de las Directiva 2002/15/CE y 2003/88/CE, en el ordenamiento interno español.

Dicha reflexión quedó reflejada por mi parte en el artículo «Transportistas por carretera españoles. Grandes contradicciones y falta de transposición de la Directiva 2002/15/CE»

Por centrar la presente cuestión, lo que en suma vine a concluir por aquel entonces, fue la ilegalidad que de hecho plantea la exclusión del ámbito laboral que efectúa el art. 1. 3. g ET, de todo un sector profesional, -transportistas de mercancías por carretera con vehículo propio que precise autorización administrativa (tarjeta de transporte) – la cual evidentemente contamina de la misma ilegalidad, la norma recogida en la DA 11ª de la Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que

reproduce la exclusión del art. 1. 3. g ET, mediante la elusión de los requisitos anti fraude contenidos en el art. 11. 2. b, c, d y e para dicho sector profesional, resultando sospechosamente casual el hecho de que dicha norma fuese publicada, tan solo cinco días después de la publicación del RD 902/2007, de 6 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al tiempo de trabajo de trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera, siendo que dicho RD 902/2007 era, según su exposición de motivos, la herramienta legal destinada a la transposición de la Directiva 2002/15/CE, a partir de la cual se señala:

«(...)Ahora bien, no obstante lo anterior, existen todavía algunos aspectos concretos de la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo, que no están plenamente incorporados al ordenamiento jurídico español. Pues bien, la transposición plena de la Directiva 2002/15/CE constituye el objeto del presente real decreto que se dicta haciendo uso de la misma autorización que sirvió para aprobar el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, que ahora se modifica. La presente norma, en línea con lo previsto en la directiva, está dirigida a reforzar la

seguridad y la salud de los trabajadores móviles del transporte por carretera, a mejorar la seguridad vial y a facilitar la aproximación de las condiciones de competencia del sector»

Así, si bien después de algún intento fallido por parte del Estado español, a partir del cual éste solicitó la anulación de la Directiva 2002/15/CE, se vio obligado a publicar el RD 902/2007 adaptando la normativa española a la Directiva 2002/15/CE, y 5 días después publicó la Ley 20/2007 la cual contenía el «antídoto» a dicha transposición, es decir, se excluyó a los transportistas españoles del concepto «trabajador móvil», obviando la definición que del mismo realiza la Directiva 2002/15 en su art. 3. d, en contraposición con la contenida en su art. 3. e. para «conductor autónomo», absolutamente opuesta y contradictoria con nuestro art. 1. 3. g ET.

Cabe precisar, en relación con la ordenación del tiempo de trabajo, que la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, hace una posterior definición del concepto «trabajador móvil» en su art. 2.7, y ello por cuanto la misma, igualmente en su art. 20.1 incide en la obligación de los Estados miembros de adopción de medidas para «garantizar que los trabajadores móviles tengan derecho a un descanso adecuado».

La falta de transposición de la Directiva 2002/15/CE, fue planteada a partir de la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, ante un supuesto de despido, dictándose sentencia por el TJUE en asunto C-97/2016, rehuendo dicho tribunal la cuestión de fondo, manifestando en sus dos breves considerandos 27 y 28, no resultar aplicable la Directiva 2002/15/CE al supuesto enjuiciado, por cuanto dicha norma europea, venía a regular tiempos

de trabajo de las personas que realicen actividades móviles, y no materia propia del despido, dejando no obstante la vía interpretativa abierta en cuanto al fondo del asunto, si el planteamiento se efectúa en un tipo de procedimiento intrínsecamente relacionado con la regulación de tiempo de trabajo.

Pues bien, resulta más que conveniente, renovar dicha reflexión, ante la lectura de la sentencia dictada por el TJUE el pasado 22 de Abril, en el asunto C-692/19, a partir de la cual, viene a analizarse el siguiente supuesto de hecho:

La cuestión se suscitó en un procedimiento para el reconocimiento de relación laboral del trabajador B, ante un Tribunal de Watford (Reino Unido), o lo que en nuestro ordenamiento vendría a equivaler a un procedimiento ordinario de reconocimiento de derecho a ser considerado a todos los efectos, como trabajador/a por cuenta ajena.

El trabajador B realiza un servicio de mensajería y paquetería de barrio para la empresa Delivery Network Ltd. El contrato firmado entre ambas partes señala que B es un “contratista independiente por cuenta propia”. B usa su propio vehículo y su propio teléfono móvil. Así mismo el contrato suscrito indica que B no está obligado a realizar la entrega personalmente, pudiendo designar un subcontratista o sustituto para la totalidad o parte del servicio, pudiendo la empresa vetar dicha sustitución si la persona elegida no ofrece un nivel de preparación equivalente al de B. Así mismo el contrato establece que B es libre de prestar servicios para terceras empresas. En cuanto a la remuneración se establece una tarifa fija que depende del lugar de entrega de cada paquete.

El demandante sostiene que, a pesar de las estipulaciones contenidas en el acuerdo con la empresa, mantiene con esta una relación laboral en base a las

notas de ajenidad y dependencia que de facto califican la prestación del servicio.

El tribunal británico reconoce que el resto de correos del vecindario que participan en los mismos términos que B, llevan a cabo su actividad de entrega como personas jurídicas mediante contratación de personal propio, remarcando el hecho de que según la legislación interna, la condición de trabajador presupone que la persona se compromete a realizar personalmente el trabajo, siendo incompatible la calificación como trabajador según dicha normativa interna, con el derecho de esa persona a realizar servicios para varios clientes simultáneamente, por lo que, entiende el tribunal, según la legislación del Reino Unido, no es posible calificar a B como trabajador por cuenta ajena, mostrando, no obstante dudas sobre la compatibilidad de dicha legislación interna con la legislación de la UE, por lo que decide suspender el procedimiento y plantear una extensa cuestión prejudicial ante el TJUE para que se pronuncie en distintos términos, de entre los cuales destaco los siguientes, ya que son hasta 12 las preguntas que formula el tribunal británico :

La Directiva 2003/88/CE, ¿excluye las disposiciones de la legislación nacional que requiera que un individuo se comprometa a realizar personalmente su trabajo para entrar en el ámbito de dicha Directiva?, ¿el hecho de que un individuo tenga derecho a contratar a subcontratistas, significa que no debe ser considerado como trabajador a los efectos de la Directiva 2003/88/CE?, a los efectos de la Directiva 2003/88/CE, ¿cómo se calcula el tiempo de trabajo de un trabajador que no está obligado a trabajar horas fijas y es libre de determinar su propio tiempo de trabajo y además puede trabajar para terceras empresas?

A este respecto, el TJUE en su sentencia

recuerda que dicho análisis sobre la existencia o no de laboralidad, siempre habrá de ser efectuado caso por caso, atendiendo a los distintos factores y circunstancias que caracterizan la relación entre las partes (C-47/14, C-147/17).

Son de especial interés los epígrafes 30, 31 y 33, en los cuales centra la cuestión de fondo de la siguiente manera:

*“30. ...el Tribunal ha sostenido que **la clasificación de un 'contratista independiente'** en virtud de la **legislación nacional no impide que esa persona sea clasificada como empleada, en el sentido de la legislación de la UE, si su independencia es meramente teórica, ocultando así una relación laboral (sentencia de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media, C - 413/13, EU: C: 2014: 2411, apartado 35 y jurisprudencia citada).”***

*31. Es el caso de una persona que, **aunque contratada como proveedor de servicios independiente de conformidad con la legislación nacional**, ..., actúa bajo la dirección de su empleador en lo que respecta, en particular, a su libertad de elegir el momento y el lugar. Y el contenido de su trabajo, no comparte los riesgos comerciales del empleador y, durante la duración de esa relación, forma parte integral de la empresa de ese empleador, por lo que forma una unidad económica con esa empresa (sentencia de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media, C - 413/13, EU: C: 2014: 2411, apartado 36 y jurisprudencia citada). (...)*

*33. **Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de la jurisprudencia mencionada en los apartados 27 a 32 de la presente sentencia, si un contratista independiente por cuenta propia,***

como B, puede clasificarse como «trabajador» a efectos de dicha jurisprudencia, teniendo en cuenta las circunstancias controvertidas en el litigio principal.

Pues bien, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, el TJUE entra a analizar el eventual necesario reencuadramiento de B como trabajador por cuenta ajena, atendiendo a los indicios que la jurisprudencia del propio tribunal muestra como sustanciales a efectos de emprender el referido análisis, concluyendo a tenor de los mismos, y no de la normativa nacional británica, que a priori no cabría dicho reencuadramiento, no obstante lo cual recuerda a dicho tribunal, que **habrá de ser éste y no el TJUE quien a tenor de la referida jurisprudencia comunitaria y conforme a la Directiva 2003/88/CE, habrá de enjuiciar si se producen los distintos indicios fácticos para poder reencuadrar el contrato en el ámbito de las relaciones de trabajo por cuenta ajena.** (epígrafe 44).

El tribunal finalmente concluye, que el margen de discrecionalidad introducido en el contrato de trabajo de B, en favor de B, excluye la laboralidad de la relación, no obstante lo cual, señala con un brillante *“provided that”* (siempre y cuando):

“46. (...) en primer lugar, la independencia de esa persona no parezca ficticia y, en segundo lugar, no es posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador.

Finaliza la sentencia con un más que estimulante *“however”* (sin embargo), en el que encontramos la esencia de la resolución:

Sin embargo, corresponde al tribunal remitente, teniendo en cuenta todos los factores relevantes relacionados con esa

persona y con la actividad económica que lleva a cabo, clasificar el estatus profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88.”

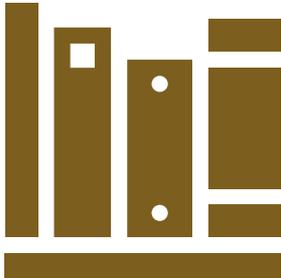
Por tanto, ¿qué lectura debemos extraer del presente supuesto en relación con nuestro art. 1. 3. g ET?

Resulta evidente que el juzgador europeo ha descartado la aplicabilidad de la norma británica interna si ésta protege lo ficticio desnaturalizando la realidad, o dicho de otro modo, la normativa europea, que en el caso de la sentencia comentada es la Directiva 2003/88/CE y en el caso del transporte de mercancías por carretera con vehículos de más de 3,5 toneladas, será la Directiva 2002/15/CE, habrá de ser la norma directamente aplicable por el/la juzgador/a nacional, y no la normativa nacional interna, si ésta ofrece restricciones al análisis de la realidad laboral del contrato, de conformidad con la referida normativa y Jurisprudencia europeas.

Así, por tanto, anima el TJUE al/a juzgador/a nacional a aplicar la norma europea, de modo directo, incluso inaplicando la normativa interna, si se considera ésta incompatible, para el caso enjuiciado, con la normativa europea.

¿Y qué es lo que nos estamos jugando? Pues también resulta evidente que la materia tratada comporta una trascendencia literalmente vital y ello por cuanto lo que entra en juego no es solamente la seguridad y la salud en el trabajo, sino más allá incluso, la seguridad y la salud en las carreteras europeas, ya que la calidad en las condiciones de trabajo de nuestros/as transportistas, y por supuesto el control y reparto de responsabilidades sobre sus excesos de jornada, les afectan, en términos de seguridad, tanto a ellos/as como a los/as que con ellos coincidimos en las carreteras.

LEGISLACIÓN



UNIÓN EUROPEA
ESTATAL
COMUNIDADES AUTÓNOMAS

UNIÓN EUROPEA

Reglamento (UE) 2020/672, del Consejo, de 19 de mayo de 2020, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a razón del brote de COVID-19. [Ir al texto](#)

Comunicación de la Comisión Orientaciones de la UE para la reanudación progresiva de los servicios turísticos y para los protocolos sanitarios en los establecimientos de hostelería — COVID-19 2020/C 169/01 C/2020/3251. [Ir al texto](#)

Comunicación de la Comisión Directrices sobre el restablecimiento progresivo de los servicios de transportes y la conectividad — COVID-19 2020/C 169/02. [Ir al texto](#)

Comunicación de la Comisión Por un enfoque gradual y coordinado de la restauración de la libertad de circulación y del levantamiento de los controles en las fronteras interiores — COVID-19 2020/C 169/03. [Ir al texto](#)

ESTATAL

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. [Ir al texto](#)

Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. [Ir al texto](#)

Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. [Ir al texto](#)

Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. [Ir al texto](#)

Real Decreto 496/2020, de 28 de abril, por el que se modifican el Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social, y el Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social. [Ir al texto](#)

Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. [Ir al texto](#)

Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. [Ir al texto](#)

Orden ISM/371/2020, de 24 de abril, por la que se desarrolla el artículo 34 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. [Ir al texto](#)

Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, por la que se aprueba el Esquema de Seguridad Laboral y el Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19. [Ir al texto](#)

Orden JUS/430/2020, de 22 de mayo, por la que se activa la Fase 2 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19. [Ir al texto](#)

Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. [Ir al texto](#)

Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. [Ir al texto](#)

Orden TES/406/2020, de 7 de mayo, por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2020, para su gestión por las comunidades autónomas con competencias asumidas, subvenciones del ámbito laboral financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, incluyendo aquellas destinadas a la ejecución del Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021 y del Plan Reincorpora-T 2019-2021. [Ir al texto](#)

Orden TMA/400/2020, de 9 de mayo, por la que se establecen las condiciones a aplicar en la fase I de la desescalada en materia de movilidad y se fijan otros requisitos para garantizar una movilidad segura. [Ir a texto](#)

Resolución de 29 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género. [Ir al texto](#)

Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social regulado en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. [Ir al texto](#)

Resolución de 1 de mayo de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio excepcional por desempleo regulado en el artículo 33 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. [Ir al texto](#)

Resolución de 6 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. [Ir al texto](#)

Resolución de 13 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. [Ir al texto](#)

Resolución de 13 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. [Ir al texto](#)

Resolución de 13 de mayo de 2020, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de mayo de 2020, por el que se formalizan los criterios de distribución y la distribución resultante para el ejercicio 2020 del crédito de 6.500.000 euros para el desarrollo de programas y la prestación de servicios que garanticen el derecho a la asistencia social integral a las víctimas de violencia de género y la atención a los menores; del crédito de 1.000.000 de euros para implementar la propuesta común para la mejora de la coordinación y desarrollo de planes personalizados; así como del crédito de 2.000.000 de euros para programas para el apoyo a víctimas de agresiones y/o abusos sexuales. [Ir al texto](#)

Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y CECA, para el

anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal. [Ir al texto](#)

Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y la Asociación Española de Banca, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal. [Ir al texto](#)

Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal. [Ir al texto](#)

AUTONÓMICA

Andalucía

Decreto 59/2020, de 29 de abril, por el que se crea y regula el comisionado del Plan Director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales de Andalucía. **Ir al texto**

Aragón

DECRETO-LEY 2/2020, de 28 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas adicionales para responder al impacto generado por el COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Aragón. **Ir al texto**

ORDEN EPE/398/2020, de 19 de mayo, por la que se acuerda el levantamiento de suspensión y se autoriza el inicio y/o la continuación de la tramitación de determinados procedimientos administrativos en el ámbito del departamento durante la vigencia del estado de alarma. **Ir al texto**

RESOLUCIÓN de 27 de abril de 2020, del Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, por la que se modifica la fecha de revisión del grado de discapacidad reconocido con carácter revisable. **Ir al texto**

Asturias

Resolución de 16 de marzo de 2020, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se aprueba el Calendario de Fiestas Locales para el año 2021 en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. **Ir al texto**

Decreto 13/2020, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el Principado de Asturias. **Ir al texto**

Illes Balears

Decreto-ley 5/2020, de 27 de marzo, por el que se establecen medidas urgentes en materias tributaria y administrativa para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. **Ir al texto**

Decreto-ley 4/2020, de 20 de marzo, por el que se establecen medidas urgentes en materia de contratación, convenios, conciertos educativos y subvenciones, servicios sociales, medio ambiente, procedimientos administrativos y presupuestos para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. **Ir al texto**

Decret 2/2020, de 10 de maig, de la presidenta de les Illes Balears, pel qual es disposa la realització d'accions de control sanitari dels passatgers i tripulacions de transports aeris i marítims entre les illes de la comunitat autònoma de les Illes Balears, en prevenció de la transmissió del SARS-CoV-2. **Ir al texto**

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball per la qual es constata l'existència de la causa de força major en els procediments incoats per les empreses incloses en l'annex adjunt a aquesta Resolució, en els termes i amb els efectes especificats a la part dispositiva d'aquesta resolució. **Ir al texto**

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball, de 14 de maig de 2020, per la qual es constata l'existència de la causa de força major en els procediments incoats per les empreses incloses en l'annex adjunt a aquesta Resolució, en els termes i amb els efectes especificats a la part dispositiva d'aquesta resolució. **Ir al texto**

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball i President de l'Ibassal, de 14 de maig de 2020, per la qual s'actualitzen les mesures establertes a la Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball i President de l'Ibassal, de 4 de maig de 2020, per la qual es va aprovar el protocol d'actuació en matèria de salut laboral, en el marc de l'estratègia de resposta a la infecció pel COVID-19, en el sector de perruqueries i centres d'estètica. **Ir al texto**

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball, de 15 de maig de 2020, per la qual es constata l'existència de la causa de força major en els procediments incoats per les empreses incloses en l'annex adjunt a aquesta Resolució, en els termes i amb els efectes especificats a la part dispositiva d'aquesta resolució. **Ir al texto**

Canarias

ORDEN de 21 de abril de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras del procedimiento de concesión directa de subvenciones destinadas a complementar la prestación extraordinaria por suspensión de actividad para los afectados por declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. **Ir al texto**

DECRETO ley 9/2020, de 7 de mayo, de modificación del Decreto ley 6/2020, de 17 de abril, de medidas urgentes de carácter social dirigidas a las personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. **Ir al texto**

Cantabria

Decreto 28/2020, de 2 de mayo, por el que se incorpora, sustituye y modifican sendos programas de ayuda del Plan de Vivienda de Cantabria 2018-2021, reguladas en el

Decreto 4/2019, de 7 de febrero, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se Adoptan Medidas urgentes Complementarias en el Ámbito Social y Económico para hacer frente al COVID-19. **Ir al texto**

Castilla y León

ORDEN EYH/353/2020, de 24 de abril, por la que se modifica la Orden EYH/959/2017, de 31 de octubre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Castilla y León. **Ir al texto**

ORDEN EEI/355/2020, de 27 de abril, por la que se modifica la Orden EMP/1371/2018, de 17 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para la extensión de la reducción de las cuotas de la Seguridad Social para la consolidación del trabajo autónomo. **Ir al texto**

Catalunya

Decreto-ley 3/2020, de 11 de febrero, sobre el incremento retributivo para el año 2020 para el personal del sector público de la Generalidad de Cataluña. **Ir al texto**

Decreto-ley 4/2020, de 10 de marzo, por el que se establece un régimen transitorio para la concesión de las indemnizaciones y ayudas para mujeres víctimas de violencia machista, previstas en el Decreto 80/2015, de 26 de mayo. **Ir al texto**

Decreto-ley 5/2020, de 12 de marzo, de modificación de la Ley 29/2010, del 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña. **Ir al texto**

Decreto-ley 6/2020, de 12 de marzo, de medidas urgentes en materia asistencial, presupuestaria, financiera, fiscal y de contratación pública, con el fin de paliar los efectos de la pandemia generada por el coronavirus SARS-CoV-2. **Ir al texto**

Decreto-ley 7/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, de salud y gestión de residuos sanitarios, de transparencia, de transporte público y en materia tributaria y económica. **Ir al texto**

DECRET LLEI 14/2020, de 28 d'abril, pel qual s'adopten mesures en relació amb el Sistema sanitari integral d'utilització pública de Catalunya, en l'àmbit tributari i social, per pal·liar els efectes de la pandèmia generada per la COVID-19 i d'adopció d'altres mesures urgents amb el mateix objectiu. **Ir al texto**

DECRET LLEI 17/2020, de 12 de maig, de mesures complementàries en relació amb el Sistema sanitari integral d'utilització pública de Catalunya per fer front a la COVID-19. **Ir al texto**

DECRET 55/2020, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei 14/2017, de 20 de julio, de la renda garantida de ciutadania i es modifica el Decret 123/2007, de 29 de maig, pel qual es determina el règim aplicable a la sol·licitud i concessió de les prestacions socials de caràcter econòmic de dret subjectiu, i es concreten els requisits per al reconeixement del dret a les prestacions creades, en desplegament

de la Llei 13/2006, del 27 de juliol, de prestacions socials de caràcter econòmic. **Ir al texto**

RESOLUCIÓ TSF/981/2020, de 8 de maig, per la qual s'adopten mesures extraordinàries i de flexibilització de les actuacions subvencionables relatives a la Resolució TSF/928/2020, de 20 d'abril, per la qual s'obre la convocatòria per a l'any 2020 per a la concessió de subvencions destinades a les entitats sense ànim de lucre per a la realització del Programa de mesures actives d'inserció per a persones destinatàries de la renda garantida de ciutadania (DOGC núm. 8127, de 6.5.2020, ref. BDNS 503477), derivades de les mesures adoptades en relació amb la crisi sanitària ocasionada per la COVID-19. **Ir al texto**

ACORD GOV/64/2020, de 2 de maig, pel qual es crea la Comissió per a l'elaboració del Pla per a la reactivació econòmica i protecció social com a conseqüència de la crisi de la COVID-19. **Ir al texto**

Extremadura

Decreto-ley 8/2020, de 24 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias para el mantenimiento y recuperación del empleo frente a la crisis ocasionada por el COVID-19. **Ir al texto**

Resolución de 6 de mayo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se modifica el anexo de la Resolución de 28 de octubre de 2019, en la que se determinan las fiestas locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2020. **Ir al texto**

Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se modifica el anexo de la Resolución de 28 de octubre de 2019, en la que se determinan las fiestas locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2020. **Ir al texto**

Resolución de 12 de mayo de 2020, de la Asamblea de Extremadura, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto-ley 6/2020, de 17 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la tramitación de las bases reguladoras y normativa específica de subvenciones, la ejecución de determinadas prestaciones de contratos administrativos y la selección de personal temporal mediante bolsas de trabajo, como consecuencia de la crisis ocasionada por el COVID-19. **Ir al texto**

Resolución de 18 de mayo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se modifica el anexo de la Resolución de 28 de octubre de 2019, en la que se determinan las fiestas locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2020. **Ir al texto**

Galicia

ORDE do 24 de abril de 2020 pola que se regula o procedemento e se aproba e se dá publicidade ao modelo de comunicación dos anticipos regulados no Convenio de colaboración entre a Xunta de Galicia, a través da Consellería de Economía, Emprego e Industria, e diversas entidades financeiras para a formalización de anticipos de prestacións por desemprego con orixe en expedientes de regulación

temporal de empleo consecuencia da crise económica provocada polo COVID-19 (código de procedemento TR820X). **Ir al texto**

Madrid

Resolución de 20 de mayo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se modifica parcialmente la Resolución de 5 de diciembre de 2019, por la que se declaran las fiestas laborales de ámbito local en la Comunidad de Madrid para el año 2020. **Ir a texto**

Murcia

Orden de la Consejería de Empleo, Investigación y Universidades, de bases reguladoras de subvenciones dirigidas a trabajadores autónomos para paliar las pérdidas económicas ocasionadas por el COVID-19. **Ir al texto**

Navarra

ORDEN FORAL 157/2020, de 5 de mayo, de la Consejera de Derechos Sociales, por la que se modifica la Orden Foral 130/2020, de 17 de marzo, de la Consejera de Derechos Sociales, por la que se adoptan medidas preventivas y recomendaciones en el ámbito de Servicios Sociales de Base (SSB), Centros de Servicios Sociales (CSS), Equipos de Incorporación Sociolaboral (EISOL), Equipos de Atención a la Infancia y Adolescencia (EAIA), Equipos de Atención Integral a Víctimas de Violencia de Género (EAIV), Equipos de Incorporación Social en el ámbito de la Vivienda (EISOVI) y Servicios de Acogida para Personas sin Hogar a aplicar durante el periodo de estado de alarma como consecuencia de la evolución epidemiológica del coronavirus (COVID-19) y se insta a la adopción de medidas preventivas para la protección de personas residentes o usuarias de los servicios sociales y del personal que los presta. **Ir al texto**

ORDEN FORAL 158/2020, de 6 de mayo, de la Consejera de Derechos Sociales, por la que se modifica la Orden Foral 132/2020, de 17 de marzo, de la Consejera de Derechos Sociales, por la que se adoptan medidas preventivas y recomendaciones en el ámbito de las personas mayores, personas con discapacidad y ámbito de menores a aplicar durante el periodo de estado de alarma como consecuencia de la evolución epidemiológica del coronavirus (COVID-19). **Ir al texto**

ORDEN FORAL 59/2020, de 14 de mayo, por la que se regula la reincorporación gradual de las personas empleadas públicas al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos a los centros de trabajo de manera presencial, en el marco del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad. **Ir al texto**

ORDEN FORAL 77/2020, de 18 de mayo, de la Consejera de Desarrollo Rural y Medio Ambiente, por la que se ajusta, para el ámbito territorial de la Comunidad Foral de Navarra, el criterio de proximidad previsto en el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario. **Ir al texto**

RESOLUCIÓN 31E/2020, de 27 de marzo, de la Directora Gerente del Instituto Navarro para la Igualdad/Nafarroako Berdintasunerako Institutua, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones a conceder en el año 2020, a empresas y

entidades sin ánimo de lucro, con actividad en la Comunidad Foral de Navarra, para la implantación de sus Planes de Igualdad entre mujeres y hombres. Identificación BDNS: 501286. **Ir al texto**

Euskadi

DECRETO 56/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2021. **Ir al texto**

DECRETO 8/2020, de 10 de mayo, del Lehendakari, por el que se establecen normas para la aplicación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de las modificaciones, ampliaciones y restricciones acordadas con el Gobierno español, en relación con la flexibilización de las restricciones establecidas tras la declaración del estado de alarma, en aplicación de la fase 1 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, con el fin de adaptarlas a la evolución de la emergencia sanitaria en Euskadi. **Ir al texto**

DECRETO 9/2020, de 15 de mayo, del Lehendakari, de modificación del Decreto 8/2020, de 10 de mayo, del Lehendakari, por el que se establecen normas para la aplicación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de las modificaciones, ampliaciones y restricciones acordadas con el Gobierno español, en relación con la flexibilización de las restricciones establecidas tras la declaración del estado de alarma, en aplicación de la fase 1 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, con el fin de adaptarlas a la evolución de la emergencia sanitaria en Euskadi. **Ir al texto**

ORDEN de 17 de abril de 2020, de la Consejera de Salud, por la que se modifica la Orden de 18 de marzo de 2020, por la que se crea el Comité de Dirección que gestionará y coordinará todos los recursos sanitarios, de gestión y de voluntariado disponibles en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco para hacer frente a la crisis provocada por el coronavirus (Covid-19). **Ir al texto**

RESOLUCIÓN de 30 de abril de 2020, del Director General de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, por la que se procede a la publicación de las medidas excepcionales para hacer frente al impacto del Covid-19 en materia de formación profesional para el empleo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobadas por el Consejo de Administración de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo. **Ir al texto**

Valencia

DECRET 38/2020, de 20 de març, del Consell, de coordinació i finançament de l'atenció primària de serveis socials. [2020/3210]. **Ir al texto**



NEGOCIACIÓN COLECTIVA



ESTATAL

Resolución de 10 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el acuerdo de modificación del artículo 10 del XII Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil.

[Ir al texto](#)

Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo estatal del corcho. [Ir a texto](#)

Resolución de 14 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación del VII Convenio colectivo estatal de gestión y mediación inmobiliaria. [Ir a texto](#)

Resolución de 14 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la actualización salarial para 2020 del Convenio colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes. [Ir a texto](#)

Resolución de 14 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican las tablas salariales para el año 2020 del VI Convenio colectivo de general de ferralla. [Ir a texto](#)

AUTONÓMICA

Murcia

Resolución de la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del acuerdo de convenio colectivo del sector Industrias Siderometalúrgicas. [Ir al texto](#)

Navarra

RESOLUCIÓN 38C/2020, de 13 de marzo, de la Directora General de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo del Sector Comercio del Metal de Navarra. [Ir al texto](#)

RESOLUCIÓN 39C/2020, de 13 de marzo, de la Directora General de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Convenio Colectivo del Sector de Panadería de Navarra. [Ir al texto](#)

Valencia

RESOLUCIÓ de 4 de març de 2020, de la Subdirecció General de Relacions Laborals, per la qual es disposen el registre i la publicació del text del conveni col·lectiu de treball per al sector privat de residències per a la tercera edat, serveis d'atenció a les persones dependents i desenvolupament de la promoció de l'autonomia personal, a la Comunitat Valenciana, codi 80000265011996. [Ir al texto](#)





JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional



Pleno del Tribunal Constitucional. Acuerdo de 6 de mayo de 2020

Acuerdo sobre cómputo de los plazos procesales y administrativos que fueron suspendidos por Acuerdo de 16 de marzo de 2020, durante la vigencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Ir al texto

Libertad de reunión y manifestación. Auto TC de 30 de abril de 2020

Resumen: Libertad de manifestación: el TC desestima el recurso de amparo interpuesto por la Central Unitaria de Trabajadores frente a la STSJ Galicia (cont), por la que se confirma la prohibición de la celebración de la manifestación del 1 de Mayo en Vigo.

El sindicato recurrente sostiene que el derecho de manifestación no puede quedar suspendido por la declaración del estado de alarma. El TC considera que la discusión sobre si el decreto de declaración del estado de alarma supone o no, de facto, y por derivación, de la limitación de la libertad deambulatoria del art. 19 CE, una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada, ni siquiera a efectos dialécticos en este momento procesal ni siquiera en este recurso de amparo.

El TC se centra en el análisis de la sentencia del TSJ de Galicia que valida la prohibición administrativa, si bien con mayor y más razonada motivación que la resolución administrativa.

El TC considera que el derecho a la vida, integridad física y salud están tan "intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado", y que constituyen

ellos, y no el orden público, la justificación constitucionalmente legítima de la medida restrictiva del derecho de manifestación operada por el acto administrativo.

La finalidad de la prohibición de la manifestación es la evitación de la propagación del virus. En suma, la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente, se erigen en fin constitucionalmente legítimo para prohibir la manifestación.

En cuanto al juicio de proporcionalidad estricto, el TC descarta que exista desproporción. Los convocasteis proponían medidas como la participación en vehículo particular, restringida los miembros listados por el sindicato, con una persona ocupando cada fila de asientos del vehículo, etc.

Sin embargo, el TC considera que no se prevén por los organizadores medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podrían producirse si existiera una masiva respuesta de la convocatoria.



JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo



CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

STS 18-2-2020. [Ir al texto](#)

Roj: STS 834/2020-ECLI: ES:TS:
2020:834

No de Recurso: 969/2018
No de Resolución: 150/2020

Ponente: ÁNGEL ANTONIO BLASCO
PELLICER

Resumen: ENAIRE: la decisión de la empresa ENAIRE de extinguir el contrato de trabajo de un controlador aéreo por

jubilación forzosa resulta ajustada a derecho y no es, por tanto un despido.

Hay dos circunstancias de las que se parte. La primera de ellas es que el trabajador, en el momento de cumplir los sesenta y cinco años y recibir la comunicación extintiva, tenía cotizados 39 años, 4 meses y siete días, siendo dicha edad la ordinaria de jubilación para él, y habiendo percibido la correspondiente prestación por jubilación. La segunda aclaración es la relativa a la aplicabilidad de la cláusula convencional alegada por la empresa en su comunicación extintiva. Al respecto, conviene recordar que el II Convenio colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (art. 175) había finalizado su vigencia había perdido su vigencia y no resultaba aplicable, por lo que la única justificación jurídica que pudiera asistir a la empresa en su decisión de extinguir el contrato del actor era la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 9/2010 de 14 de abril que en su apartado tercer establece textualmente: "Los controladores civiles de tránsito aéreo deberán jubilarse de manera forzosa a los 65 años de edad "

Dicha norma cumple con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 280/2006, entre otras) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE de 16 de octubre de 2007, C-411/05 y STJUE de 12 de octubre de 2010, caso Gisela Rosenblatt) en relación a las condiciones que deben establecer los convenios colectivos para poder considerar válidas las cláusulas de jubilación forzosa, básicamente, la posibilidad de acceso a la pensión de jubilación y que la medida esté conectada con medidas coherentes de política de empleo.

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

STS 6-2-2020. [Ir al texto](#)

Roj: STS 846/2020 - ECLI: ES:TS:2020:846
No de Recurso: 651/2017
No de Resolución: 111/2020

Ponente: MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Resumen: Contratas y subcontratas: Art. 18 Convenio Contact Center.

La empresa entrante debe asumir el 90% de la totalidad de la plantilla que atendía el servicio objeto de la contrata que le ha sido adjudicado, conforme a las previsiones del Convenio Colectivo La empresa entrante se opuso a la subrogación de todo el personal de la empresa saliente, sometido al proceso de selección, por no ser personal de operaciones, como es el caso del aquí demandante, siendo que en los hechos probados se ha dejado acreditado de forma clara que el ahora demandante tenía tal condición, es evidente que la empresa entrante, que no ha asumido a trabajador alguno de la empresa saliente que se sometió al proceso de selección, ha incurrido en un fraude de ley, constituyendo aquella decisión un despido carente de justificación cuyas consecuencias legales deben recaer sobre la misma y no sobre la empresa saliente

Reitera doctrina: SSTS de 15 de julio de 2013, rec. 1377/2012, SSTS 1 de marzo de 2018, rcud 2394/2016 y de 27 de septiembre de 2018, rcud 2747/2016, 31 de enero de 2020, rcud 3634/2017.

CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA

STS 3-3-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 870/2020 - ECLI: ES:TS: 2020: 870

No de Recurso: 566/2017

No de Resolución: 194/2020

Ponente: CONCEPCIÓN ROSARIO URESTE GARCÍA

Resumen: Contratos de duración determinada: Contrato de obra y servicio determinado vinculado a una contrata, que se prorroga durante 14 años. Cabe preguntarse si un contrato válidamente celebrado como temporal por estar vinculado a la contrata puede entenderse transformado en una relación laboral de carácter indefinido cuando la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota dado el mantenimiento inusual y particularmente largo de la adscripción del trabajador a la atención de las mismas funciones que se van adscribiendo a sucesivas modificaciones de la misma contrata inicial. Y la respuesta a tal interrogante es que se excede y supera así la particular situación de la mera prórroga de la contrata, desnaturalizando la contratación temporal y pervirtiendo su objeto y finalidad.

Reitera doctrina: SSTS (Pleno) de 19 julio 2018 (rcud. 824/2017, 1037/2017, 972/2017 y 823/2017).

STS 3-3-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 905/2020 - ECLI: ES: TS: 2020:905

No de Recurso: 61/2018

No de Resolución: 196/2020

Ponente: MARÍA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Contratos de duración determinada: la regulación contenida en el art. 15.5 ET, que viene a establecer un criterio objetivo de limitación de contratos temporales a un tope máximo sin necesidad de que haya que apreciar circunstancias indiciarias de abuso ni menos de fraude de ley, debe aplicarse a los contratos temporales de los artistas, puesto que, de no ser así, se llegaría al inaceptable incumplimiento de la Directiva por parte del Estado español al obviar a estos trabajadores temporales.

Relación especial de Artistas: Aplica doctrina TJUE: STJUE de 25 octubre 2018, Sciotto, C-331/17

DAÑOS Y PERJUICIOS

STS 4-3-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 876/2020 - ECLI: ES: TS: 2020:876

No de Recurso: 769/2017

No de Resolución: 201/2020

Ponente: MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen: Indemnización de daños y perjuicios: en el supuesto de reclamación de daños y perjuicios por el viudo y los hijos de la trabajadora fallecida, a consecuencia de enfermedad profesional, habiéndose aplicado el RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y Resolución de 15 de marzo de 2015 de la Dirección General de Seguros

y Fondos de Pensiones, en concreto la tabla I del Anexo,- que fija la indemnización atendiendo a la edad de la víctima- no procede aplicar un coeficiente reductor atendiendo precisamente a la avanzada edad de la víctima en el momento del fallecimiento - 89 años-

Si en la propia tabla ya está contemplada la indemnización por fallecimiento fijando su cuantía en atención a la edad de la víctima fallecida, no procede realizar ponderación alguna sobre dicho importe razonando que la edad de la víctima es muy avanzada -89 años- siendo así que la Tabla I del Anexo fija la indemnización atendiendo a la circunstancia de que el trabajador fallecido tiene más de 80 años cuando fallece, siendo irrelevante la calidad de vida que tenga ya que tal dato no aparece contemplado en modo alguno.

DESPIDO OBJETIVO

STS 20-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 819/2020 - ECLI: ES:TS:2020:819
No de Recurso: 3870/2017
No de Resolución: 163/2020

Ponente: ÁNGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Despido objetivo: a concurrencia de causas económicas en las administraciones públicas según la definición de las mismas que incorpora la Disposición Adicional Decimosexta ET (anterior DA Vigésima). Interpretación de la expresión insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente.

En el caso concurre una verdadera "insuficiencia presupuestaria" para hacerles frente; que al arrastrarse, en

términos cuantitativos y cualitativos trascendentes desde ejercicios presupuestarios anuales anteriores que no lograron enjugar el déficit real a pesar de posibles equilibrios presupuestarios aparentes, y denotan un carácter de persistencia hacia el pasado; insuficiencia presupuestaria que, en el momento de los hechos, al no poderse solventar por ni siquiera teóricos endeudamientos externos suficientes y que por imperativo de la normativa presupuestaria vigente obligan a adoptar las "medidas preventivas" oportunas (de todo tipo, incluidos también, en su caso los despidos, como ha efectuado la Corporación demandada) para intentar evitar la aplicación de las consecuentes medidas correctivas, cabe configurarla en dicho momento como "sobreenvenida" (STS de 2 de diciembre de 2014, Rec. 29/2014).

Reitera doctrina: STS de 24 de febrero de 2015, Rec. 165/2014, en la que, con cita de la SSTS, del Pleno, de 16 de abril de 2014, Rec. 57/2013.

STS 21-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 863/2020 - ECLI: ES:TS:2020:863
No de Recurso: 3229/2017
No de Resolución: 166/2020

Ponente: ÁNGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: despido objetivo: constituyen salario y, por tanto, integran el salario regulador a efectos de calcular la indemnización por despido, el importe del alquiler de vivienda y las primas del seguro de salud y accidente, abonados por la empresa al trabajador expatriado.

DISCAPACIDAD

STS 19-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 844/2020 - ECLI: ES:TS:2020:844

No de Recurso: 2927/2017

No de Resolución: 156/2020

Ponente: RICARDO BODAS MARTIN

Resumen: Discapacidad: a partir de la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, los perceptores de pensiones de Seguridad Social por encontrarse en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez no ostentan automáticamente a todos los efectos tal condición de personas con minusvalía (sic) o personas con discapacidad, con los derechos y ventajas de distinta naturaleza que ello comporta.

La doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, aunque allí se aplicó el art. 1.2 de la Ley 51/2003, en su versión inicial, que era la norma vigente en aquel momento, en la que se estableció claramente que la declaración del 33% de discapacidad a los pensionistas de gran invalidez, invalidez permanente absoluta o total producía únicamente efectos dentro de esa ley y no con carácter general. - Es así, porque el art. 4.2 RDL 1/2013, de 29 de noviembre carecía de eficacia jurídica, al conceder eficacia general a la declaración del 33% de discapacidad, desde la entrada en vigor de la norma, una vez constatado que el Real Decreto Ley excedió la delegación legislativa, encomendada por la D.F. 2a de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, como hemos mantenido en las sentencias de pleno de 29-11-2018, rec. 239/2018, 3382/16 y 1826/2017. - Consiguientemente, constatado que la sentencia recurrida estimó la pretensión

del demandante con base a lo dispuesto en el art. 4.2 del RDL 1/2013, reconociéndole el 33% de discapacidad a todos los efectos, aunque dicho precepto carecía de eficacia jurídica en este concreto extremo, procede mantener la misma doctrina jurisprudencial acuñada por el Tribunal Supremo en la interpretación del art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, reproducido esencialmente por el art. 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que limitaban la declaración de minusvalía a los efectos de la propia ley, debiendo seguirse, por tanto, el procedimiento previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 26 de diciembre, sin que quepa la equiparación automática entre la declaración de incapacidad permanente total y el grado de minusvalía del 33% a todos los efectos.

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

STS 3-3-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 903/2020 - ECLI: ES:TS:2020:903

No de Recurso: 190/2020

No de Resolución: 190/2020

Ponente: MARÍA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Discriminación por razón de género: inexistente. Art. 30 del Convenio colectivo de Grandes almacenes. régimen de descansos: El precepto establece que a) que quienes trabajan cinco días por semana -de promedio- adquieren el derecho a que su régimen de descansos se nutra con seis fines de semana -sábado y domingo-; y b) que para computar esos seis fines de semana no se tendrán en cuenta los que coincidan con el periodo de vacaciones anuales.

No es un precepto que suponga una discriminación indirecta por razón de género.

La no exclusión de los sábados festivos tiene un impacto pernicioso sobre las mujeres por ser éstas las que integran mayoritariamente el colectivo de trabajadores afectados.

Una u otra interpretación del precepto afectará al colectivo al que va dirigida la regulación y que, si éste es mayoritariamente femenino, habrá un superior número de trabajadoras que trabajadores afectadas por una u otra interpretación. Mas no es eso lo que permite hablar de discriminación si la norma convencional no provoca una distinción con relevancia sobre derechos constitucionales. Y no lo hace porque a lo que se limita es a determinar que seis descansos al año se harán en fines de semana, con independencia de la consideración o no de festivo de los sábados y, por tanto, con independencia de las circunstancias personales de los trabajadores afectados, quienes -todos ellos- tienen un régimen de jornada cuya distribución no garantiza, fuera de este derecho del art. 30, que el descanso semanal sea en sábados y domingos. En suma, la cláusula es neutra, pero también lo es el impacto.

De hecho, la Sala no acierta a comprender la postura de la parte recurrente que parece partir de la idea de que la conciliación de la vida familiar y profesional es netamente femenina. Por el contrario, el mantenimiento de la insinuación de que los derechos de conciliación son derechos de las mujeres perpetúa los mecanismos de discriminación. De ahí que consideremos que resulta perfectamente ajustado a los fines de lograr la igualdad de oportunidades el que el citado precepto del convenio atribuya el beneficio sin distinción, fomentando así la corresponsabilidad familiar mediante

el otorgamiento de medidas de conciliación no sesgadas.

FOGASA

STS 25-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 849/2020 - ECLI: ES:TS:2020:849

No de Recurso: 4308/2017

No de Resolución: 169/2020

Ponente: MARÍA LUZ GARCÍA
PAREDES

Resumen: FOGASA: Las prestaciones de garantía que son responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) no comprende los salarios de tramitación con cargo al Estado.

Las obligaciones que se derivan del art. 33 y del art. 57 del ET, vigentes al momento de dictarse la sentencia que declaró el despido improcedente, son diferentes y atienden a distintas finalidades de manera que no es posible entender que un organismo, en este caso, FOGASA, pueda subrogarse en la posición del trabajador, para reclamar de otro organismo, Dirección Gral. de Relaciones con la Administración de Justicia, aquello por lo que éste debe responder.

En estos casos, el trabajador debe reclamar los salarios de tramitación que excedan de sesenta días hábiles desde la fecha del despido a la de la sentencia que declare su improcedencia (noventa días hábiles desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012) al Estado, que es el único responsable, con fundamento en la responsabilidad directa de éste por el deficiente funcionamiento de la Administración de justicia, que no resolvió el pleito por despido en el citado plazo.

MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

STS 27-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 891/2020 - ECLI: ES:TS:
2020:891

No de Recurso: 201/2018

No de Resolución: 185/2020

Ponente: MARÍA LUISA SEGOVIANO
ASTABURUAGA

Resumen: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo realizada por el BANCO DE SABADELL SA mediante circular publicada en la intranet del Banco el 2 de marzo de 2018, por la que se modifica la normativa 7362. La reducción del periodo durante el que se va a abonar el "plus de desplazamiento" -de cinco a tres años- constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo ya que afecta de forma directa al importe de los emolumentos que va a recibir el trabajador en el supuesto de que tenga derecho a percibir el "plus de desplazamiento" puesto que pasa de percibirlo cinco años a percibirlo únicamente durante tres años, y a que a partir de dicho momento se le considere local y al centro al que fue desplazado como "centro de referencia"

PRESTACIONES

STS 18-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 843/2020 - ECLI: ES:TS:
2020:843

No de Recurso: 3247/2017

No de Resolución: 149/2020

Ponente: CONCEPCIÓN ROSARIO
URESTE GARCÍA

Resumen: Síndrome tóxico

Prestación establecida por el RD 1276/1982 de 18 de junio: la prestación se creó para garantizar unos ingresos mínimos mensuales a la unidad familiar. Los únicos requisitos condicionantes son: afectado por el síndrome tóxico calificado como tal y carencia de ingresos conforme a la misma normativa. No se exige que la carencia de ingresos esté vinculada al padecimiento del síndrome.

PRUEBA

STS 19-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 848/2020 - ECLI: ES:TS:
2020:848

de Recurso: 3943/2017

No de Resolución: 155/2020

Ponente: RICARDO BODAS MARTIN

Resumen: Prueba ilícita: constituye prueba ilícita, a la que no puede atribírsele valor jurídico alguno, la actuación de un detective privado, que provocó simuladamente a un trabajador para la realización de actividades que le estaban vedadas a iniciativa de la empresa.

La prueba de detectives no es documental, sino testifical no apta para revisar hechos probados en suplicación. La sentencia recurrida modificó el hecho probado quinto de la sentencia de instancia e introdujo un nuevo hecho probado con base a documentos específicos y distintos al informe de detectives, procede devolver las actuaciones a la Sala de procedencia,

para que, con libertad de criterio, valore los hechos acreditados, sin tomar en consideración el informe de detectives por las razones ya expuestas

RECURSO DE SUPPLICACIÓN

STS 19-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 852/2020 - ECLI: ES:TS:2020:852

No de Recurso: 3820/2017

No de Resolución: 161/2020

Ponente: JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ

Resumen: Recurso de suplicación: Admisión del recurso por afectación general en un supuesto de diferencias en base reguladora que no alcanzan los 3000 euros.

Se aprecia afectación general teniendo en cuenta que la situación que aquí resolvemos viene también referida a una diferencia de la base reguladora de la prestación, a su vez determinada por la existencia de contratación a tiempo parcial y la afectación que ello produce sobre la integración de lagunas con bases mínimas parciales, aunque sea muy breve el periodo de tiempo de dicha contratación, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el INSS para casar y anular la sentencia recurrida, declarar la admisibilidad del recurso de suplicación por afectación general.

La interpretación que hace el INSS provoca que todos aquellos contratados a tiempo parcial van a verse afectados por una integración de lagunas con bases mínimas parciales por más breve que sea el periodo de tiempo de dicha contratación. Así lo indicábamos en

nuestra STS/4a de 28 octubre 2014 (rcud. 79/2014) que, precisamente, se ofrece como sentencia de contraste por la Entidad recurrente, se hacía eco de la citada STS/4a de 9 diciembre 2003 (rcud. 87/2003) -que se ofrecía en aquel caso, a su vez, de sentencia referencial... Finalmente, hemos de añadir que, tal y como sostuvimos en las citadas STS/4a de 19 junio y 16 octubre 2006 -rcud. 2615/2005 y 1175/2005, respectivamente-, 5 diciembre 2007 -rcud. 3180/2006- y 16 enero 2008 -rcud. 483/2007-, "... al ser la afectación múltiple un concepto jurídico, en aquellos casos en los que esta Sala ha declarado de modo reiterado que una determinada cuestión afecta a un gran número de trabajadores, tal declaración tiene el valor de doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión"

SALARIOS (IGUALDAD DE TRATO)

STS 27-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 912/2020 - ECLI: ES:TS:2020:912

No de Recurso: 139/2018

No de Resolución: 184/2020

Resumen: Igualdad de trato: no se infringe el derecho a la igualdad de trato por el convenio colectivo. Los trabajadores de la empresa demandada con la titulación de Técnico en Emergencias Sanitarias (TES) no deben estar encuadrados en la categoría profesional de Técnico en Transporte Sanitario (TTS), ni percibir al menos la retribución previstas para estos últimos en el Convenio Colectivo sectorial de aplicación.

La desigualdad retributiva tiene su razón de ser en el hecho de que los

trabajadores que ostentan la categoría profesional de TTS conforme a las exigencias que impone el Convenio Colectivo del sector, son aquellos que disponen de la específica titulación o certificación oficial otorgada por la Generalitat de Catalunya, hasta el punto de que incluso la propia normativa convencional contiene una disposición transitoria mediante la que habilita una fórmula para que los trabajadores puedan acceder a dicha titulación, manteniendo sus retribuciones hasta la siguiente convocatoria oficial de las pruebas que permiten la obtención del título y perdiendo el complemento en caso de no superarlas, hasta en tanto lo obtengan.

Se evidencia con ello que el complemento retributivo de los trabajadores que disponen de esa titulación trae causa de la mayor cualificación y preparación profesional que supone el reconocimiento oficial de la condición de TTS, lo que es sin duda un dato diferencial muy relevante que justifica de manera razonable y objetiva el diferente trato aplicado a quienes carecen de la misma.

VACACIONES

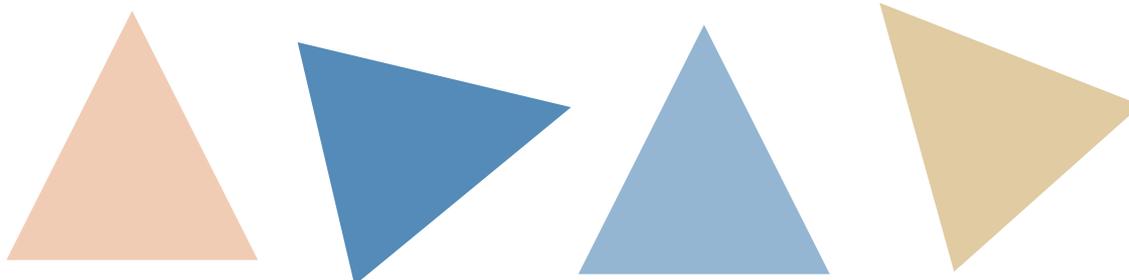
STS 25-2-2020. [Ir a texto](#)

Roj: STS 911/2020 - ECLI: ES:TS:2020:911

No de Recurso: 177/2018
No de Resolución: 170/2020

Ponente: CONCEPCIÓN ROSARIO
URESTE GARCÍA

Resumen: Vacaciones: anula sentencia TSJ Cataluña de 10/11/2018 (Autos 27/2017), en el sentido excluir de la retribución de vacaciones del colectivo afectado por el conflicto colectivo el plus de fidelidad al estar afectada su declaración en la instancia por una incongruencia extra petita, y desestimando la repercusión de los pluses de compensación de ayuda familiar y festivos especiales postulados en demanda y estimados por la recurrida. Se confirma la resolución impugnada en el extremo que incluye como conceptos computables en el cálculo de la retribución de vacaciones los complementos de horas extraordinarias y plus de nocturnidad, declarando el derecho de quienes perciban tales complementos seis o más meses de entre los once precedentes (en la misma proporción si la prestación de servicios fuese inferior), a que en la retribución de vacaciones se le abone el promedio satisfecho por tales conceptos, y manteniendo el resto de sus pronunciamientos.





JURISPRUDENCIA

Juzgados de lo Social



Sentencia Juzgado de lo Social 33 de Madrid

Accede a la Sentencia

En esta sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en el que la parte actora impugna la resolución de la por la que se deniega la concurrencia de fuerza mayor derivada del COVID, el Magistrado aprecia la concurrencia de silencio positivo, al haber resuelto la Administración pasados los cinco días preceptivos para resolver desde la solicitud del ERTE.

Sentencia Juzgado de lo Social 15 de Madrid

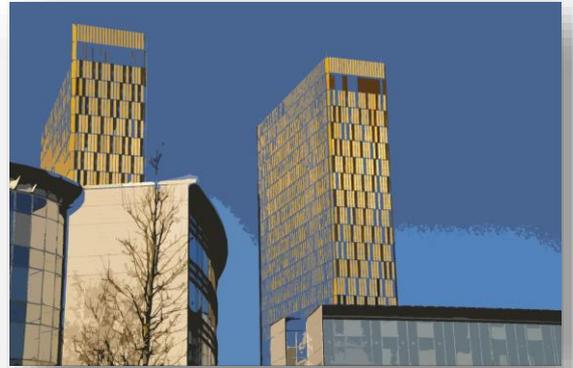
Accede a la Sentencia

Estado de Alarma y prevalencia de Derechos Fundamentales (Libertad Sindical). ERTE Suspensivo y Libertad Sindical. Derecho preferente de representantes de los trabajadores y liberad@s sindicales a mantener el desarrollo laboral como fórmula efectiva de labor sindical. Afectación del Derecho Fundamental con indemnización adicional. Previsiones de los artículos 47.3; 51.5; 51.7 y 68 del ET y 10 de la LOLS.



JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea



SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

STJUE 30-4-2020 (C-211/19). [Ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Política social — Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Directiva 2003/88/CE — Ámbito de aplicación — Excepción — Artículo 1, apartado 3 — Directiva 89/391/CEE — Artículo 2, apartado 2 — Actividades de las fuerzas policiales de intervención»

En el asunto C-211/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Miskolci Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Miskolc, Hungría), mediante resolución de 21 de febrero de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de marzo de 2019, en el procedimiento entre UO y Készenléti Rendőrség el Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

El artículo 1, apartado 3, 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, debe interpretarse en el sentido de que el artículo 2, puntos 1 y 2, de esta Directiva es aplicable a los miembros de los cuerpos de seguridad que ejercen funciones de vigilancia en las fronteras exteriores de un Estado miembro en caso de afluencia de nacionales de terceros países a dichas fronteras, salvo cuando, a la vista del conjunto de circunstancias pertinentes, se ponga de manifiesto que las misiones llevadas a cabo lo son en el marco de acontecimientos excepcionales, cuya gravedad y magnitud requieren la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud y de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran respetarse todas las normas contenidas en dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

SEGURIDAD SOCIAL MIGRANTES

STJUE 14/5/2020 (C-17/19, Bouygues). [Ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Trabajadores migrantes — Seguridad social — Reglamento (CEE) n.º 1408/71 — Legislación aplicable — Artículo 14, puntos 1, letra a), y 2, letra b) — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Artículo 12, apartado 1 — Artículo 13, apartado 1, letra a) — Trabajadores desplazados — Trabajadores que ejercen una actividad en dos o más Estados miembros — Reglamento (CEE) n.º 574/72 — Artículo 11, apartado 1, letra a) — Artículo 12 bis, puntos 2, letra a), y 4, letra a) — Reglamento (CE) n.º 987/2009 — Artículo 19, apartado 2 — Certificados E 101 y A 1 — Efecto vinculante — Alcance — Seguridad social — Derecho del trabajo»

En el asunto C-17/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), mediante resolución de 8 de enero de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de enero de 2019, en el proceso penal contra Bouygues travaux publics, Elco construct Bucarest, Welbond armatures, El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 11, apartado 1, letra a), y el artículo 12 bis, puntos 2, letra a), y 4, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, así como el artículo 19, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, deben interpretarse en el sentido de que un certificado E 101, expedido por la institución competente de un Estado miembro, con arreglo al artículo 14, punto 1, letra a), o al artículo 14, punto 2, letra b), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, a trabajadores que ejercen sus actividades en el territorio de otro Estado miembro, y un certificado A 1, expedido por dicha institución, con arreglo al artículo 12, apartado 1, o al artículo 13, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, a tales trabajadores, son vinculantes para los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro únicamente en materia de seguridad social.

JURISPRUDENCIA



Tribunal Europeo de Derechos Humanos



DERECHO A UN PROCESO JUSTO

STDH 30-4-2020 (Keaney/Irlanda) TEDH 2 de abril de 2020. Caso Hhorbadzhiyski y Krasteva c. Bulgaria. [Ir al texto](#)

Resumen: Derecho a un proceso justo (art.6.1 CEDH). Violación existente.

El caso trata sobre la duración de procedimientos que siguieron la declaración de una empresa en concurso. El caso ha sido elegido por el TEDH como un lead case en relación con la cuestión de los recursos internos efectivos en Irlanda para las demandas sobre la duración excesiva de los procesos.

El TEDH considera, por unanimidad, que ha habido violación del art.6.1 CEDH (derecho a un juicio justo en un plazo razonable).

A pesar de la conducta del demandante, que contribuyó claramente a la demora ante los Tribunales Supremo y Supremo de Irlanda, la duración de los procedimientos de apelación ante este último tribunal fue excesivos.

El TEDH también considera, por unanimidad, que había habido una violación del Artículo 13 (derecho a remedio eficaz). El Tribunal tuvo dificultades para aceptar que el principal recurso propuesto por el Gobierno, una acción en daños y perjuicios por violación del derecho constitucional a un proceso justo, fue eficaz en teoría y en la práctica. A pesar de los recientes esfuerzos de la Corte Suprema de Irlanda para aclarar en qué condiciones dichos daños deberían ser satisfechas, sigue habiendo problemas en la rapidez de la satisfacción y en el de que la definición de los parámetros relevantes para tratar tales reclamaciones no se ha establecido aún. También se hace hincapié en que los problemas relacionados con la existencia de un recurso efectivo para retrasos irrazonables se habían marcado desde 2003 y había reiterado en los casos civiles y penales desde entonces.

DERECHO DE PROPIEDAD

STDH 12-5-2020 (Nechayeva/Rusia). [Ir al texto](#)

Resumen: Derecho de propiedad (art. 1 Protocolo 1 CEDH). Violación existente.

La demandante, la Sra. Yelena Nechayeva, es una ciudadana rusa que nació en 1978 y vive en Moscú. Casada y madre de cuatro hijos, trabajó de 2002 a 2015 como funcionaria en el Departamento de Trabajo y Empleo. El caso se refería a la aplicación de un mecanismo para la reducción de una asignación que le habían otorgado para ayudar con la compra de vivienda.

En el momento que resulta relevante, la Sra. Nechayeva vivía con su familia en una habitación en un piso comunal. Ella poseía esa habitación y una habitación en otro piso, con un área total de 66.37 metros cuadrados. En diciembre de 2010 le pidió al jefe de su departamento que la incluyera en la lista de funcionarios elegibles para la ayuda para la vivienda. En una decisión de 18 de marzo de 2011, el jefe del Departamento de Trabajo admitió la solicitud, de conformidad con el Decreto del Gobierno no. 63 de 29 de enero de 2009 y a una decisión de 15 de febrero 2011 por un comité de ese Departamento creado para examinar las concesiones de subsidios a los funcionarios públicos.

En Diciembre de 2013, el comité determinó qué funcionarios públicos eran elegibles para la ayuda y decidió aplicar un coeficiente de reducción a la cantidad otorgada a los candidatos que trabajan en Moscú "en vista de recursos presupuestarios limitados". Seleccionó trece funcionarios, incluida la demandante, que fueron elegibles para la subvención, y fijó el coeficiente de reducción.

El 23 de diciembre de 2013, el jefe del Departamento de Trabajo otorgó a la demandante de ayuda para la compra de viviendas por un monto de 4, 353, 927 rublos (RUB). En septiembre de 2014 La Sra. Nechayeva celebró un contrato para la compra de un piso en Moscú con una superficie de 26,5 metros cuadrados

El 9 de octubre de 2014, la suma de 4.353.927 rublos fue transferida a su cuenta bancaria.

En abril de 2014, la Sra. Nechayeva presentó una apelación administrativa impugnando el monto otorgado a ella. En particular, consideró que tenía derecho a RUB 24, 486, 105. Ella argumentó que aplicando un coeficiente no previsto por la ley rusa, el comité había sobrepasado sus poderes.

El 4 de julio de 2014, el Tribunal de Distrito de Simonovsky de Moscú dictó sentencia validando el cálculo del subsidio efectuado por el comité. En cuanto al coeficiente de reducción, el tribunal señaló que el comité había justificado su solicitud por falta de fondos. Apreció que en tales circunstancias, la decisión de aplicar un mecanismo de reducción fue "legal y justificada". Por lo tanto, desestimó la apelación de la Sra. Nechayeva.

El 16 de octubre de 2014, el tribunal de Moscú confirmó la sentencia de apelación del Tribunal de Distrito.

La Sra. Nechayeva recurrió ante el Tribunal Supremo de Rusia, que, el 6 de julio de 2015, que inadmitió el recurso.

Basándose en el Artículo 1 del Protocolo No. 1 (protección de la propiedad), la demandante alega que la aplicación del coeficiente de reducción al monto de la asignación a la que tenía derecho recibir había sido una medida arbitraria incompatible con los requisitos de ese artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

STDH 28-4-2020 (ATV/Hungría). [Ir al texto](#)

Resumen. Libertad de expresión (art. 10 CEDH). Violación existente. Se prohíbe a una empresa de Televisión describir a un partido político como "de extrema derecha" sobre la base de la aplicación imprevisible de la prohibición legal de la comunicación de cualquier "opinión" por parte de un lector de noticias: violación

Hechos - La Sección 12 de la Ley de Medios prohibió la comunicación de cualquier "opinión" por parte de un lector de noticias. La compañía demandante era propietaria de un canal de televisión que violaba la Ley al describir, en un programa de noticias, el partido político Jobbik como "extrema derecha". Se prohibió repetir dicha declaración. La empresa demandante apeló sin éxito, argumentando que el término "extrema derecha" fue ampliamente utilizado en relación con Jobbik, que tenía una base científica en ciencias políticas y sociales, y que reflejaba la posición de Jobbik en el Parlamento.

Ley - Artículo 10: La cuestión principal en el caso no era si el artículo 12 de la Ley de Medios de Comunicación era en principio suficientemente previsible, en particular en el uso del término "opinión", sino si, al publicar la declaración que contenía el término "extrema derecha", la empresa demandante sabía o debería haber sabido que esa expresión representaría una "opinión" en esas circunstancias.

La cuestión de si la conclusión de los tribunales nacionales era razonablemente previsible está estrechamente relacionada con el problema de si en una sociedad democrática es necesario prohibir el término "extrema derecha" en un programa de noticias, en las circunstancias y a la luz del objetivo legítimo perseguido por la restricción.

La noción de "opinión" en la sección 12 de la Ley de Medios de Comunicación parece ser muy amplia, abarcando todo tipo de adjetivos. Ante esa falta de precisión en la legislación, se exigió a los tribunales nacionales que garantizase que la disposición impugnada abarcara solo expresiones que pudieran alterar la información equilibrada e imparcial sobre asuntos de interés público y que pudiera ser razonablemente restringida, siempre que no se convierta en una herramienta para

suprimir la libertad de expresión, afectando actividades e ideas protegidas por el art. 10 CEDH.

A lo largo del proceso, los tribunales nacionales sugirieron diferentes elementos de análisis para decidir sobre la naturaleza del término impugnado. El Gobierno tampoco había demostrado la existencia de una práctica común. Así las cosas, hay una duda sobre si la interpretación ofrecida por los Tribunales supremos nacionales en el caso de la empresa demandante a saber, que una declaración que contenga el término "extrema derecha" es una opinión, era razonablemente previsible.

Más importante aún, no había indicios de que los tribunales nacionales hubieran tratado de considerar, al evaluar la naturaleza de la expresión impugnada, que se suponía que la legislación debía promover contenidos informativos equilibrados. Aunque el Tribunal Constitucional se había referido al derecho del público a la información objetiva e imparcial, al adoptar su decisión se limitó a afirmar que la opinión pública podría verse influenciada por el uso de un adjetivo, sin demostrar si en las circunstancias del caso concreto el término específico empleado (extrema derecha) había sido capaz de alterar la presentación objetiva de un asunto de interés público.

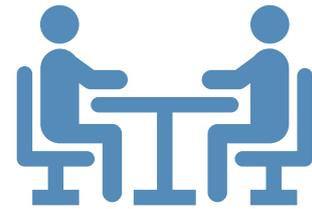
El Tribunal valoró especialmente el argumento más general de la empresa demandante, de que los partidos políticos se definían con frecuencia con adjetivos (partido verde, partido conservador, etc.) que simplemente se referían a sus objetivos y programas políticos y no constituían una opinión o valorar el juicio sobre ellos, capaz de crear sesgos en la audiencia.

La empresa demandante también se había basado en las circunstancias de hecho del caso, a saber, que el término discutido se había expresado en relación con una manifestación provocada por un comentario antisemita de un miembro de Jobbik. En esas circunstancias, el Tribunal consideró que tales elementos de hecho eran relevantes para la afirmación de que el término "extrema derecha" no se refería a una evaluación de la conducta de alguien en términos de su moralidad, o un sentimiento personal del hablante, sino la posición de un partido dentro del espectro político en general y en el Parlamento en particular. Sin embargo, los tribunales nacionales no habían considerado las circunstancias que rodearon la información que formó el objeto de la denuncia, sino que el Tribunal Constitucional sostuvo que las disposiciones de la Ley de Medios no exigían que una opinión tuviera una base fáctica, por lo que implícitamente se considera irrelevante cualquier defensa por parte de la empresa solicitante basada en la veracidad y exactitud objetiva del término empleado.

Teniendo en cuenta los criterios divergentes de los tribunales nacionales para distinguir los hechos de las opiniones, el objetivo de las disposiciones pertinentes de la Ley de Medios y las circunstancias del caso, la empresa solicitante no podría haber previsto que el término "extrema derecha" calificar como una opinión. Tampoco podría haber previsto que la prohibición de su uso en un programa de noticias sería necesaria para proteger la información imparcial. Por lo tanto, la restricción impuesta a la empresa solicitante en el uso del término impugnado fue una restricción desproporcionada en su derecho a la libertad de expresión.



ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO



OIT NEWS

COVID 19 Y EL NUEVO SIGNIFICADO DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. [Ir al texto](#)

Apoyo a las “dobles víctimas” del COVID-19

La propagación del COVID-19 en Estados frágiles divididos por los conflictos y la inseguridad política está convirtiendo a millones de personas vulnerables en víctimas por partida doble de la pandemia. [Ir al texto](#)

COVID-19 y organizaciones de trabajadores: Entrevista con Sharan Burrow
¿Qué medidas de política deberían adoptarse para relanzar la economía mundial tras la pandemia de COVID-19? Sharan Burrow, Secretaria General de la Confederación Sindical Internacional (CSI), comparte su opinión sobre las necesidades y expectativas del movimiento sindical en cuanto a la forma de abordar y rebasar la crisis de COVID-19. Asimismo, pide mayor solidaridad y subraya la necesidad de reforzar el multilateralismo. [Ir al texto](#)

El contagio o el hambre, el dilema de los trabajadores informales durante la pandemia del COVID-19. [Ir al texto](#)

El sector de la construcción puede ayudar a liderar la recuperación económica
Puede que el sector de la construcción tenga la clave de la reactivación de las economías arrasadas por la crisis de la pandemia del COVID-19. [Ir al texto](#)

Apoyo a las “dobles víctimas” del COVID-19. [Ir a texto](#)

La OIT analiza el riesgo que conlleva la falta de protección social en los países en desarrollo para facilitar su recuperación frente al COVID-19. [Ir al texto](#)

COVID-19: Las naciones del G7 deben hacer efectiva la igualdad de género para que el futuro de las mujeres en el trabajo sea mejor: Según una reunión de alto nivel sobre el papel de la mujer en el futuro tras el COVID-19, la lucha contra la profunda desigualdad de género debe formar parte de la respuesta de los países a la crisis. [Ir al texto](#)

La ecologización del sector del transporte en la etapa de recuperación tras la COVID-19 podría propiciar la creación de 15 millones de empleos en todo el mundo. [Ir al texto](#)

La OIT publica orientaciones para una vuelta al trabajo que garantice la seguridad y la salud durante la pandemia de la COVID-19

El enfoque de las políticas de regreso al trabajo debe centrarse en las personas, situar los derechos y las normas internacionales del trabajo en el meollo de las estrategias económicas, sociales y medioambientales, y apuntar a que las directrices de política general estén integradas en los sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo (SST). [Ir al texto](#)



ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL



MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social aprueba una moratoria de cotizaciones sociales para 12 sectores económicos. [Ir al texto](#)

El Ministerio de Trabajo y Economía Social y las entidades de crédito acuerdan anticipar las prestaciones por desempleo. [Ir al texto](#)

El Ministerio de Trabajo y Economía Social acuerda con Cultura la incorporación del colectivo de artistas no protegido por ERTE a una prestación especial por desempleo. [Ir al texto](#)

El Gobierno y los agentes sociales han suscrito hoy, en el Palacio de La Moncloa, el Acuerdo Social en Defensa del Empleo, un conjunto de medidas que ahondan en la protección de los puestos de trabajo ya iniciada en los anteriores reales decretos leyes, aprobados desde el inicio de la incidencia de la crisis sanitaria de la Covid 19. [Ir al texto](#)

Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG)

Año 2018

El número de mujeres víctimas de violencia de género aumentó un 7,9% en el año 2018, hasta 31.286

La tasa de víctimas de violencia de género fue de 1,5 por cada 1.000 mujeres de 14 y más años

El número de víctimas de violencia doméstica creció un 6,9%. [Ir al texto](#)

CALENDARIO ESTADÍSTICO

IPC (Indicador Adelantado Abril). [Ir al texto](#)

IPCA (Indicador Adelantado Abril). [Ir al texto](#)

Índices de precios de consumo Mayo. [Ir al texto](#)

Índice de precios de consumo armonizado Mayo. [Ir al texto](#)

EPA

Flujos en valores absolutos respecto del trimestre anterior.

El flujo total de entrada a la ocupación en el cuarto trimestre de 2019 es de 1.383.600 personas, cifra inferior en 1.000 a la del mismo trimestre del año anterior.

Por su parte, el flujo de salida de la ocupación es de 1.395.100, lo que supone 2.200 más que en el mismo trimestre de 2018.

Las pernoctaciones en alojamientos turísticos extrahoteleros disminuyen un 63,2%1 en marzo respecto al mismo mes de 2019. [Ir al texto](#)



CULTURA Y TRABAJO

Que sean fuego las estrellas. II

Sobre locks out, y listas negras: las de entonces y las de ahora

Amaya Olivas Díaz
Magistrada del Juzgado Social I de Madrid

Las conquistas conseguidas tras los hechos acaecidos en La Canadiense no fueron aceptadas de buen grado por la patronal catalana. Las tensiones en las fábricas iban en aumento: no se respetaba la jornada de 8 horas, se procedía a despidos masivos, y se recurría de forma sistemática a las “listas negras” para no contratar a la población trabajadora más comprometida.

Finalmente, esta situación llevó a adoptar una medida extremadamente violenta por parte de las familias propietarias de las empresas: el lock out. (Nos dice Taibo II con ironía que el vocablo en inglés resultaba más elegante a la burguesía que su denominación española, el cierre patronal).¹

¹¹ Texto recomendado sobre el Congreso Patronal que propició el lock out: <https://vientosur.info/spip.php?article14812>

El primer lock out se produjo el 3 de noviembre de 1919, afectando a 30.000 obreros de 928 empresas en Barcelona. Otros 15. 000 trabajadores habían sido despedidos. En los días siguientes, el paro aumentó de forma masiva, hasta llegar a 40. 000 personas. La CNT adoptó una política defensiva, llamando a la calma, y tratando de mediar en las negociaciones con el gobierno, aunque cuando la situación se hizo insostenible, Seguí declaró: “No se puede transigir más”.

Hasta ahora no hemos hablado de Salvador Seguí, uno de los mayores protagonistas de este periodo. Conocido como el “Noi del sucre”, fue un anarcosindicalista empeñado en llevar la cultura a las clases trabajadoras. Impulsor de la creación de Solidaridad Obrera, formando parte del consejo directivo (como vocal) durante un tiempo. En 1916 inició las negociaciones para un pacto de unidad de acción entre la CNT y la UGT como frente único del movimiento obrero español que comportó inicialmente una huelga general de 24 horas como protesta por el aumento de precio de subsistencias y que continuó con una huelga general indefinida, en 1917, en petición al Gobierno español de un sistema que garantizara a la población el desarrollo de actividades emancipadoras y mínimas condiciones de calidad de vida.

El 10 de marzo de 1923, en plena maduración por promover entre los trabajadores la idea de la emancipación como motor de una sociedad existente, fue asesinado de un tiro en la esquina de la calle Cadena con Sant Rafael, en el barrio del Raval de Barcelona, por pistoleros blancos del Sindicato Libre, como represalia, según Ricardo de la Cierva, por el asesinato del dirigente del Libre José Martí Arbonés, empleado de banca, ocurrido pocos días antes. Se acusa al Sindicato Libre de haber estado al servicio de la patronal catalana, protegida por el Gobernador Civil de Barcelona Martínez Anido, y agrupada en torno a la Lliga Regionalista.

Pues bien, Seguí participó activamente en las negociaciones con la patronal, llegando finalmente a un pacto estructurado en varias medidas mínimas para acabar, por el momento, con las huelgas y cierres patronales. El Noi declaró una frase hermosa: “la vida de los sindicatos ha sido reconocida”.

Por otro lado, el pacto fue incumplido de forma grosera por la patronal: en múltiples fábricas no se dejaba entrar a los obreros, se rompían los carnets de los delegados sindicales, o se despedía a los militantes más destacados.

Las tesis de Seguí al respecto fueron las más apoyadas por CNT: resistencia pacífica e impedir las provocaciones empresariales que querían conseguir la declaración del estado de guerra. Ello no obstante, la finalidad del lock out era de una extrema violencia: Acabar con los sindicatos estrangulando económicamente a los trabajadores.

Comenzó de nuevo en las calles un periodo de batallas campales, petardos, bombas, explosiones y daños... (“ruido con sentido”, que diría Quevedo), mientras Seguí acudía a Madrid para proteger el acuerdo alcanzado y continuar la negociación. También lo hacía Graupera, representante del ala más dura de la

patronal. Sin embargo, este último no obtuvo el apoyo del gobierno, por lo que se decidió realizar un segundo lock out, el 1 de diciembre.

Cabe añadir, al respecto del tema de la violencia, que muchos de los atentados fueron cometidos por bandas armadas vinculadas precisamente a la patronal para generar un clima de desestabilización de la vida pública (destaca en este sentido la llamada banda König).

Por su parte, las fuerzas de seguridad aplicaban **la ley de fugas** de forma sistemática (La llamada "aplicación" de la ley de fugas es un tipo de ejecución extrajudicial o paralegal que consiste en simular la evasión de un detenido, especialmente cuando es conducido de una prisión a otra, para, violando todo derecho de habeas corpus, poder así suprimir la vigilancia de la fuerza que lo custodia y encubrir el asesinato del preso tras el precepto legal que permite hacer fuego sobre un fugitivo que no obedece al «¡alto!» conminatorio de los guardias).

Y no podemos dejar de recordar, al hilo de ello, el estado de miseria de la clase obrera en Catalunya, quizás más sangrante si recordamos las ganancias enloquecidas de la burguesía del 1914 a 1918. Nos dice Taibo: "La vida cotidiana era así un pequeño infierno, en casas desvencijadas, derruidas, sin agua caliente, llenas de cristales rotos y rendijas, con constantes carencias alimenticias y de vestuario, con la necesidad de que los hijos laboraran desde muy jóvenes sin poder tener una educación, sometidos al riesgo del accidente sin asegurar, y sobre todo, a las continuas presiones causadas por las persecuciones y los desempleos, las represiones, las fugas precipitadas, y los encarcelamientos".

Pensemos que, por ejemplo, Seguí solo pudo trabajar una semana durante 1919, entre cárceles, boicots, periodos de clandestinidad, o listas negras. Al igual ocurría con el resto de los cuadros. Es por ello que fascina la solidaridad recíproca y desinteresada entre estos hombres, única forma de resistir.

Esta es la sociedad que en la que iba a repercutir el segundo lock out. El paro llegó casi a 90. 000 personas en el día 9. El gobernador Amado, eterno mediador, acudió a Madrid para entrevistarse con el Ministro de Gobernación. Se generó una crisis de gobierno que dio lugar a la renuncia de Amado, haciendo fuertes las tesis de Graupera y la Federación Patronal.

De forma paralela, se celebró el segundo Congreso de la CNT, con números espectaculares (437 delegados representaban a 700. 000 obreros organizados), donde se debatieron temas como la perspectiva insurreccional, la necesidad de una alianza con UGT, o, muy importante, la forma de extender el cómbate más allá de lo estrictamente laboral para generar un poder paralelo en la sociedad: promover la lucha *inquilinaria* y el abaratamiento de las subsistencias.

Llegando al final del lock out, la Federación Patronal de Barcelona creó **una oficina de contratación, es decir, una bolsa de trabajo cuya función más destacada sería la de romper huelgas. La oficina dispondría de un fichero, donde obligatoriamente figurarían todos los datos personales de los asalariados de los patronos federados.**

Estamos, así, en el comienzo de las listas negras.

Si hacemos un salto en el tiempo que nos lleve al momento actual, vemos que también las listas negras se siguen utilizando, y la gran dificultad al respecto radica en la forma de impedir su uso por el avance de las nuevas tecnologías.

Nuestro compañero Carlos Hugo Preciado ha abordado este tema de forma minuciosa en sendos manuales sobre Derechos Digitales de las Personas Trabajadoras, en los que se basan estas reflexiones².

El Grupo de Trabajo del Art. 29 fue un organismo creado en el seno de la Unión Europea para aplicar de forma uniforme las Directivas de Protección de Datos, y en concreto, la Directiva 95/ 46, antecesora del actual Reglamento de Protección de Datos de 27 de abril del 2016.

Pues bien, el referido Grupo definió a las listas negras como: “La recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, elaborada de conformidad con determinados criterios dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas, al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación”.

El Grupo concluye que resulta crucial el derecho que asiste al interesado a ser informado acerca del tratamiento de sus datos personales. Si se viola este principio, se produce una total indefensión del ciudadano, ya que ni siquiera tiene conocimiento del registro de sus datos personales en una lista negra, al no ser él la fuente de los mismos, lo que le impide el ejercicio efectivo de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Esta materia tiene una indudable importancia en el ámbito del trabajo. La existencia de ficheros con datos adversos sobre trabajadores, sobre su estado de salud, su comportamiento social o político, genera un impacto directo en la vida de las personas.

Resulta especialmente interesante, y conecta con la primera parte de esta reflexión, las estrategias que pueden adoptar las empresas para configurar listas negras y utilizarlas en la selección de personal, para evitar contratar a trabajadores sindical y/o políticamente comprometidos.

El investigador Llorens tiene un estudio muy interesante sobre el uso de Facebook **en los procesos de selección de personal y protección de los derechos de los candidatos**³.

² Preciado Domenech, C. *El Derecho a la Protección de Datos en el Contrato de Trabajo y Los Derechos Digitales de las Personas Trabajadoras*. Ambos en Ed. Aranzadi.

³ Llorens Espada, J. *El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos*. *Revista de Derecho Social* nº 68. Ed. Bomarzo.

Así, el papel jugado por **Facebook** se puede dividir en dos funciones relacionadas entre sí: el uso de la red como plataforma virtual para buscar individuos y seleccionarlos, de un lado, y de otro, utilizarla como un recurso para obtener información sobre cada candidato.

En relación con lo primero, los procesos de selección han sufrido una completa transformación con la aparición de la Web. 2. 0 y las redes sociales, lo que se conoce como “e-recruitment” o “**reclutamiento 2. 0**”. Así, han proliferado rápidamente diversas aplicaciones (apps) que funcionan a modo de agencias de selección, destacando LinkedIn (creada específicamente para la divulgación de perfiles profesionales) seguida por Facebook.

En relación con lo segundo, la cuestión principal reside en la cantidad ingente de información disponible sobre cada candidato (edad, estudios, política, tendencia sexual, opiniones personales, etc.): al difuminarse la barrera entre lo público y lo privado, se erige una amenaza para la protección de varios derechos. Efectivamente, como comenta Llorens, ello propicia nuevos instrumentos con los que ejercer su dominio para, al más puro estilo orwelliano, crear un concepto de “fábrica panóptica” en que “trabajadores transparentes” son presa de un “feudalismo virtual” con cada vez más difusos límites a su vasallaje.

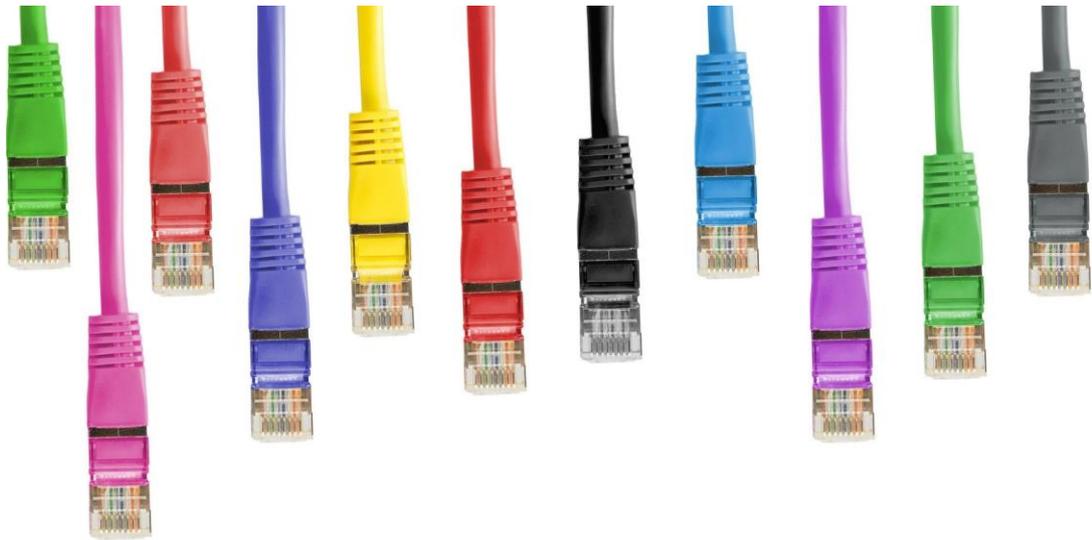
De ello se deduce un inmenso peligro para los derechos del trabajador, dada la facilidad del empresario para obtener una cuantía ingente de información sobre aquel. El desequilibrio que dio lugar al nacimiento de los ordenamientos laborales se consolida de forma poderosa.

Frente a ello, debemos recordar los derechos dirigidos a garantizar la protección de la persona del trabajador (Art. 4. 2 y 17 del ET) y reforzar una tutela preventiva como mejor garantía, prohibiendo los actos discriminatorios que pueden ser el indagar la *privacy* de la población trabajadora, y destacar el derecho a la protección de datos, cuyo origen se encuentra en la labor jurisprudencial del TC: El “*Habeas Data*” o libertad informática es el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático.

Así, la Ley Orgánica 3/ 15 de 5 de diciembre de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales añade un nuevo artículo 20 bis al ET, sobre los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y la desconexión.

Volviendo al tema de la selección del personal y la posibilidad de confeccionar listas negras gracias a la utilización de Facebook, no cabe duda de que determinadas prácticas empresariales consistentes en solicitar durante la entrevista de trabajo al candidato que entre en su perfil de Facebook (*shoulder surfing*), o solicitarle su amistad, deben ser absolutamente rechazadas.

De hecho, en EEUU varios Estados ya han abordado el tema en sus legislaciones, y en Alemania existe igualmente una ley al respecto. Es por ello urgente que el Estado Español aborde esta materia, no solamente a través de las correspondientes reformas normativas, sino implantando códigos y protocolos al



respecto en las empresas, y aconsejando efectuar la selección por medio de empresas externas.

Efectivamente, la inmensa vulnerabilidad del trabajador en estos momentos (en un contexto marcado por el paro y la precariedad) y la alta expectativa de inmunidad del empresario conduce a que aquel esté más preocupado en no hallarse incluido en una lista que en denunciar su existencia.

Sin embargo, ya en la STST de 5 de julio de 1984 prosperó la demanda de conflicto colectivo, referida a la ilegalidad de confección de un censo en el sector de la Hostelería de la provincia de Vizcaya, en el que se incluían personas despedidas, para efectuar informes que compartían las empresas asociadas.

La Agencia Española de Protección de Datos (Informe 2010- 0201) ha resuelto en el mismo sentido la consulta sobre la creación a través de una web de una base de datos común a la que solo tendrían acceso las empresas asociadas a la consultante para aportar datos personales de sus trabajadores, abarcando aspectos como la causa de extinción del contrato, afiliación sindical, o reclamaciones interpuestas contra las empresas.

Para terminar, la STS (Sala I) nº 609/ 2015, de 12 de noviembre, haciendo gala un de una cultura sensible sobre la carga de la prueba, basando su argumentación en la declaración de un miembro del Comité de Empresa, y del propio seleccionador, considera que se vulneraron derechos fundamentales de un trabajador que había sido vetado por las empresas del grupo Telefónica, por haber sido incorporado a un fichero de personal calificado como conflictivo.

En conclusión, hemos hablado de dos épocas en apariencia muy distintas, pero a las que une la necesidad de proteger de forma efectiva los derechos de la población trabajadora, lo que solo puede tener lugar mediante el estudio de las nuevas normas y la interpretación de las existentes en favor, siempre, de la parte más débil.

El rincón de la contracultura

Silvia Ayestarán y AG Stakanov

Cine



Este mes: Comportarse como adultos (*Adults in the room*, 124 min. Constantin Costa-Gavras. Wild Bunch, Odeón, France 2 cinema, KG productions, Canal +. 2016). Disponible en plataformas: *Filmin*.

A sus 86 años un ágil Costa-Gavras presentó el año pasado su último film, basado en el libro autobiográfico del ex ministro de finanzas griego, Yanis Varoufakis (AKA “mochilakis”), en el que ajusta cuentas contra tios y troyanos a cuenta de su medio año al servicio de un gobierno griego al borde del ataque de nervios.

La película se justifica ya a los 10 minutos cuando revela la primera reacción del líder de SYRIZA y su guardia pretoriana ante la victoria de 2015, dramatizando con un escalofriante y coral “...ahora, ¿qué hacemos?” la insoportable gravidez del momento de la verdad; como si el haber presentado un programa de máximos a su electorado permitiera muchas alternativas. A pesar de esto, Costa-Gavras explica cómo SYRYZA barajó durante medio año todas las opciones posibles e imposibles, desde la continuidad servil a las instituciones comunitarias (eso que se llama Troika), o la entrega incondicional a Moscú. Aquí radica el *quid* del título y, aunque el resto de la película no insistirá expresamente en la cuestión, hace de ella un *leit-motiv* subconsciente para confirmar, a modo de corolario, que Tsipras y los suyos alcanzaron al poder con un desconocimiento palmario de las únicas opciones para evitar el Grexit.

Costa Gavras desgrana un docudrama de autor (Varufakis) “avant la lettre”, complaciéndose en el retrato de la inanidad servil (Jeroen Dijsselbloem), la fría

condescendencia desde un poder incontestable (Wolfgang Schäuble), o la “empatía contenida” vestida de *Chanel* (Christine Lagarde); precisamente esta última, preocupada por disimular ocultas derivas autoritarias, instará al Eurogrupo a comportarse como adultos, haciendo entrar en el guion al título de la obra.

El ministro bloguero y catedrático desafía con desparpajo a todo ese entramado, a pesar de sus malas cartas, amparado en su carisma ante los medios y su talante *outsider*, sin dejar de sospechar que su improbable triunfo no daría más que para convertirle en el héroe sacrificial de los PIGS. Su lucha (agonía es el término griego) en la defensa de la dignidad, aun dispuesto a desembalar la máquina de pintar Dracmas (cumpliendo así la principal promesa de los gorilas de *Amanecer Dorado*), está condenada a un destino de tragedia (también griega). Desenlace que “evitará” su compinche, tras sucumbir al cortejo de un tenebroso “Sirtaki”, ofrecido en su honor por un cuerpo de baile compuesto por los primeros ministros europeos bajo la dirección artística de Frau Merkel; recurso fantasmagórico a modo de cubo de tinta roja sobre este tapiz de *cinema verité* que domina el conjunto y que escenifica, en poco más de un plano secuencia, la meteórica trasfiguración socialdemócrata de Tsipras.

EL CONTRAPUNTO. El hombre solo contra el Estado. “*Estamos solos y debemos resistir solos*”, advierte Costa-Gavras, cuyo compromiso social asoma en cada uno de sus thrillers políticos: “Z”, “La confesión” o “Estado de Sitio”. Jack Lemmon y Sissy Spacek buscando al hijo-marido desaparecido en la dictadura de Pinochet en “Missing; Jessica Lange como abogada criminalista en “La caja de música”; Debra Winger descubriendo el fascismo en el sur de EEUU en “El sendero de la traición”..., metáforas de la resistencia en solitario (varufakiana) ante siniestras y complicadas maquinarias.

Blues/Rock/Soul. Los tres colores básicos...



Este mes: Nina Simone. “*Work from home*” (UMG, 2020. *Soul*) En Spotify.

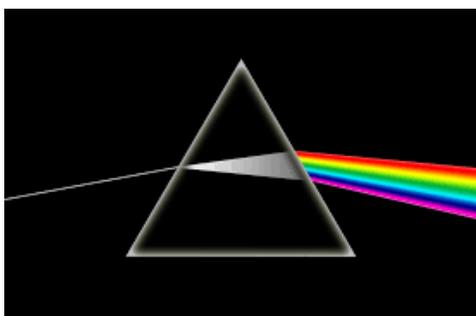
Eunice Waymon compendia en su carrera toda la épica de la cantante afroamericana, aunque incorporando como valor propio una altanería proporcional a su extraordinario crédito. Niña prodigio del piano, tuvo que abandonar la formación clásica al haber sido rechazada -por su color- en el Instituto Curtis de Filadelfia (esperaron hasta 2003 para presentar públicas disculpas). La discriminación acabó por orientarla hacia géneros más profanos, cosa que hizo sin tener que descender a infierno alguno. Es aun hoy en día la referencia en el jazz piano vocal y se le considera, sin debate alguno, la Alta Sacerdotisa del Soul.

La voz de Nina destaca de entre otras divas del género al moverse en una tesitura baja (contralto), encajando en mejores términos con ritmos más rápidos por contraste con cantantes de tesituras más agudas. En este formato de medio tiempo contamos con joyas intransferibles como *Sinnerman* (la oímos en la BSO de *El secreto de Thomas Crown*; en las dos), el inspirador himno *Ain't got no – I got life* o el conocidísimo *My babe*

just cares for me (un tesoro escondido que rescató Chanel para uno de sus anuncios). Y eso sin traer a colación baladas como *Loves you Porgy* o su incontestable *Feeling good*, piedra roseta de todas las canciones compuestas al servicio de su majestad, James Bond.

Estos temas bastan como tarjeta de presentación de uno de los pocos artistas que justificarían, por sí solos, la invención del fonógrafo; pero es que la extraordinaria producción artística de la Sacerdotisa admite parangón con su abnegada contribución en el contexto de los derechos civiles así como en la consecución de la igualdad entre sexos. Es de esta dimensión de la que se ocupa el documental "What Happened Miss Simone" (Netflix) que también recomendamos.

...y sus Derivados (combinaciones, permutaciones y perversiones)



Este mes: Pink Floyd. "*Dark side of the moon*" (Harvest, 1973; *Rock Progresivo*)

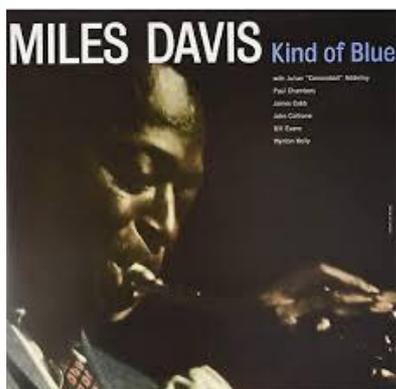
El que para muchos constituye el disco más influyente y determinante del rock progresivo fue producido entre 1972 y 1973 en los estudios Abbey Road por un entonces desconocido Alan Parsons, más tarde famoso por perpetrar subproductos de laboratorio orientados a listas de éxito. "Su" *Dark Side of the moon* ostenta el record de haber permanecido en listas durante más de 900 semanas seguidas (casi 20 años), alcanzando el top three de ventas, sólo por detrás de *Thriller* (Michael Jackson) y *Back in Black* (ACDC).

Ello lo convierte en el disco más vendido de todos los tiempos dentro del formato conceptual, categoría reservada a aquellas grabaciones que presentan un mensaje único desde el primer al último corte; una fórmula disruptiva para la industria, habituada a publicar LP's a base de acumular varios éxitos antes ofrecidos en forma de single. De hecho, el sencillo que sirvió para presentar *Dark side* en las emisoras norteamericanas fue *Money*, una rareza absoluta en términos musicales (por sostenerse en un compás de 7/4, del que únicamente queda al margen ese solo de guitarra a 12/8, imposible de encajar en aquel corsé). El tema es, además, un Salmo keynesiano destilado de ironía marca "Waters", que escupe con su verso preciso contra todo aquel que demanda solidaridad a cargo del peculio ajeno: "*Money, it's a crime. Share it fairly but don't take a slice of my pie...*"

El carácter uniforme del disco impide destacar tema alguno, por lo que hablaremos de momentos estelares, como si de una obra completa se tratara. Al margen de la épica *The Great Gig in the sky*, improvisada por una cantante a sueldo de la compañía que pasaba por ahí, o de la ya citada *Money*, querría destacar el momento final sostenido en la amalgama entre *Brain damage* y *Eclipse*, tema éste inicialmente escogido para titular la obra.

La mística de este trabajo (hay gente que dice que cada vez que lo oye encuentra algo nuevo) ha generado no pocas elucubraciones *new age*, debiéndose destacar la que sostiene que *Dark side* fue concebido como banda sonora alternativa para “*El Mago de Oz*”. En la red hay demostraciones prácticas en las que se aprecia cierta sincronía entre la película y la grabación caso (ver [Dark side of the Rainbow](#)). Tanto Gilmour como Waters han atribuido siempre la ocurrencia al exceso de tiempo libre, pero el arranque de *On the run* tras la caída de Dorothy en el gallinero, la espectacular conjunción de *The Great Gig* y la tormenta “con giro de objetos”, o ese latido que aporta *Eclipse* cuando auscultan al Hombre de lata (que no tenía corazón), que podemos citar entre otros fenómenos psicodélicos, dan para pensar un rato (si se tiene tiempo para ello, claro).

Jazz/Experimental



Este mes: Miles Davis. “Kind of blue” (Columbia, 1959; *Jazz modal*)

Pocas veces 10 horas -repartidas en dos sesiones (2 de marzo y 22 de abril)- resultaron ser más productivas que las que emplearon Miles Davis y sus colaboradores en la grabación de *Kind of Blue*, el disco de jazz más influyente de todos los tiempos. La obra, además, supone un retrato fotográfico del que para muchos es el mejor de los combos liderado por el monstruo de Illinois, al intervenir con el trompetista otros dos compositores capitales en la cima de su carrera, como es el caso del pianista Bill Evans o del saxofonista John Coltrane, a los que se añade el saxo alto Julian “Cannonball” Aderley y los *juniors* Wynton Kelly (Piano), Paul Chambers (B) y Jimmy Cobb (Bat.).

Kind of Blue representa un salto en el jazz hacia otros modelos narrativos, al incorporar en sus solos la transición entre los diversos modos y superar el corsé de la escala tradicional (recurso explotado hasta el exceso en los paradigmas del *be bop* y *hard bop*, hasta entonces en boga). El “modo” representa una forma distinta de organizar las notas musicales (esto es cosa de los griegos), permitiendo la posibilidad de crear distintas escalas, escogiendo algunas notas de entre todas, para dotar a cada una de personalidad propia. Este recurso llevó a que los críticos identificaran *Kind of Blue* como la piedra angular de una nueva era para el género, el Jazz modal, si bien su influencia se ha dejado notar más allá de esos confines, alcanzando el Rock. El propio Richard Wright (Pink Floyd) tomó prestado para *Breathe (Dark Side of the moon)* una transición modal tomada de este álbum.

El álbum ha inaugurado las colecciones de Jazz de muchos aficionados, sirviendo de pórtico introductorio a la escucha de las obras de algunos de los músicos que allí participaron, de entre las que podremos destacar “Something Else” (1958) de “Cannonball” Aderley, “Portrait in Jazz” de Bill Evans (1960) o “Impressions” (1963) de John Coltrane, todos ellos con una textura similar al álbum de Miles y responsables, junto con *Kind of Blue*, de lanzar el Jazz hacia nuevos horizontes creativos.

CARTA SOCIAL EUROPEA: ARTÍCULOS Y JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Digesto de la carta social europea 2018. Partes I, II, III, IV.



Traducido por **Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH**
Magistrado especialista del Orden Social. Doctor en Derecho

Artículo 8. Derecho de las mujeres empleadas a la protección de la maternidad.

Las trabajadoras, en caso de maternidad, tienen derecho a protección especial.

8

.1 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres empleadas a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a garantizar que sus trabajadoras, antes y después del parto, tengan un descanso total de al menos catorce semanas, ya sea por licencia pagada, por beneficios de seguridad social apropiados o por fondos públicos

El artículo 8§1 reconoce a las trabajadoras el derecho a:

a. licencia de maternidad

El derecho al permiso de maternidad de al menos catorce semanas debe estar garantizado por la ley¹. Este derecho tiene como objetivo proteger a las mujeres que trabajan durante la maternidad y tener en cuenta el interés general de la salud pública.² En consecuencia, debe garantizarse para todas las categorías de empleadas³ y la licencia debe ser por maternidad y no por enfermedad.

¹ Conclusiones III (1973), Observación interpretativa sobre el Artículo 8§1

² Conclusiones XIX-4 (2011), Observación interpretativa sobre el Artículo 8§1

³ Conclusiones XV-2 (2001), Addendum, Malta

La legislación nacional puede permitir que las mujeres opten por un permiso de maternidad más corto siempre que el permiso postnatal de al menos seis semanas sea obligatorio y que la persona en cuestión no pueda renunciar a él.^{4 5}

b. prestaciones de maternidad

El permiso de maternidad debe ir acompañado del mantenimiento de las retribuciones o del pago de prestaciones de la seguridad social o ayudas públicas.

Las modalidades de prestación quedan en el margen de apreciación de los Estados Parte y pueden tomar la forma de licencia pagada (pago continuo de salarios por parte del empleador), prestación de maternidad por la seguridad social, o cualquier otra forma de pago de fondos públicos o una combinación de prestaciones de este tipo. Cualquiera sea la forma de pago, el nivel de la prestación debe ser apropiado⁶.

No debe haber una reducción sustancial del salario anterior, es decir, debe ser al menos el 70% de ese salario⁷.

Además, la cantidad mínima de compensación no debe ser inferior al umbral de pobreza, que se establece en el 50% del ingreso medio ajustado, calculado sobre la base del umbral de pobreza de Eurostat⁸.

En el caso de salarios altos, una reducción significativa en los salarios durante la licencia de maternidad no es, como tal, contraria al Artículo 8§1 de la Carta. Para evaluar la razonabilidad de la reducción, se tienen en cuenta varios elementos, como el monto del tope máximo, su posición en la escala salarial o el número de mujeres que reciben un salario por encima del tope⁹.

Además, incluso si el derecho a los beneficios puede estar sujeto a condiciones como el requisito de un período mínimo de contribuciones y / o empleo, estas condiciones deben ser razonables. El derecho a compensación puede estar sujeto a condiciones tales como el requisito de un período mínimo de contribuciones o empleo. Sin embargo, estas condiciones no deberían ser demasiado restrictivas; en particular, cuando se planifica un período de pasantía, debe tener en cuenta las interrupciones en la carrera profesional.¹⁰

8

.2 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a considerar ilegal que un empleador despidiera a una mujer durante el período entre el momento en que notifica su embarazo a su empleador y el final de su licencia de maternidad, o en una fecha tal que el período de notificación expire durante este período.

⁴ Conclusiones VIII (1984), Observación interpretativa sobre el Artículo 8§1

⁵ Conclusiones XIX-4 (2011), Observación interpretativa sobre el Artículo 8§1

⁶ Conclusiones 2015, Observación interpretativa sobre el Artículo 8§1

⁷ Conclusiones 2015, Observación interpretativa sobre el Artículo 8§1

⁸ Conclusiones XVII-2 (2005), Letonia

⁹ Conclusiones XV-2 (2001), Bélgica

¹⁰ Conclusiones 2015, Observación interpretativa sobre el Artículo 8§1

Anexo: Esta disposición no puede interpretarse como la imposición de una prohibición absoluta. Puede tener excepciones, por ejemplo, en los siguientes casos:

- a. si la trabajadora ha cometido un error que justifica la terminación de la relación laboral;**
- b. si el negocio en cuestión deja de funcionar;**
- c. si el plazo previsto en el contrato de trabajo ha expirado.**

El artículo 8§2 establece la ilegalidad de despedir a una trabajadora durante el período comprendido entre el momento en que notifica a su empresario su embarazo y el final de su licencia de maternidad.

Este artículo se aplica tanto a las trabajadoras con un contrato de trabajo indefinido, como a las que tienen un contrato de duración determinada.¹¹

La notificación del despido por parte del empleador durante el período de protección no constituye, como tal, una violación del Artículo 8§2, siempre que el período de notificación y los procedimientos se suspendan hasta el final del período de protección.¹² La misma suspensión debe tener lugar en caso de notificación de despido antes del inicio del período de protección.

Sin embargo, el despido de una mujer embarazada cuando ha cometido una falta que justifica la terminación del contrato de trabajo no es contrario a esta disposición,¹³ cuando la empresa cesa su actividad o cuando el plazo previsto en el contrato de trabajo ha expirado¹⁴ Estas excepciones se interpretan de forma estricta.

En caso de despido contrario a esta disposición de la Carta, la legislación nacional debe proporcionar recursos adecuados y efectivos, para que las trabajadoras que creen que no se han respetado sus derechos puedan emprender acciones legales.

En caso de despido contrario a esta disposición, la reincorporación de la trabajadora a su trabajo debe ser la regla general.¹⁵ Excepcionalmente, cuando no sea posible la reincorporación (por ejemplo: cese de actividad de la empresa) o cuando la trabajadora no lo desee, se debe pagar una compensación suficiente a la trabajadora. En la legislación nacional, las normas no deben impedir que los tribunales (u otros organismos competentes) otorguen una indemnización, cuyo monto es lo suficientemente disuasorio para el empresario y totalmente compensatorio para la víctima del despido. Limitar la compensación a un nivel demasiado bajo para ser lo suficientemente restaurador y disuasorio es contrario a la Carta. Además, si existe un límite en la compensación por daños materiales, la víctima también debe poder reclamar daños no cubiertos por daños inmateriales por otros medios legales. Finalmente, los tribunales competentes para

¹¹ Conclusiones XIII-4 (1996), Austria

¹² Conclusiones XIII-4 (1996), Observación interpretativa sobre el Artículo 8§2

¹³ Conclusiones X-2 (1990), España

¹⁴ Conclusiones 2005, Estonia

¹⁵ Conclusiones 2005, Chipre

decidir sobre el pago de una indemnización por daños materiales e inmateriales deben decidir dentro de un plazo razonable¹⁶.

8

.3 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres trabajadora a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a proporcionar a las madres que amamantan a sus hijos los descansos adecuados para este propósito.

Según el Artículo 8§3, todas las trabajadoras que amamantan a sus hijos (incluidos las trabajadoras domésticas¹⁷ y las trabajadoras a domicilio) tienen derecho a descansos adecuados para este propósito.

Los descansos para lactancia deberían tener lugar en principio durante el tiempo de trabajo y, por lo tanto, deben considerarse como horas de trabajo y pagarse como tales.¹⁸ Sin embargo, la posibilidad de trabajo a tiempo parcial puede considerarse suficiente si la pérdida de ingresos se compensa con una asignación parental u otro beneficio¹⁹.

Los descansos para lactancia deben garantizarse hasta que el niño tenga nueve meses de edad²⁰.

Las disposiciones prácticas para implementar esta disposición se evalúan caso por caso: legislación que establece dos descansos diarios durante un año para permitir la lactancia materna, dos descansos de media hora cada uno cuando el empleador proporciona las madres, una guardería o una sala de enfermería²¹, descansos de una hora por día,²² así como la autorización para comenzar más tarde o dejar de trabajar antes, son situaciones que se han considerado conformes con la Carta.²³

8

.4 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a regular el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, las mujeres que han dado a luz recientemente o que están amamantando

El Artículo 8§4 exige que los estados regulen el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, mujeres que han dado a luz recientemente o que están amamantando, a fin de limitar sus efectos nocivos sobre su salud. No se aplica a todas las mujeres.

La normativa debe:

- autorizar el trabajo nocturno solo cuando sea necesario, teniendo en cuenta las condiciones específicas del lugar de trabajo y la organización de los servicios en la empresa en cuestión;²⁴

¹⁶ Conclusiones 2011, observación interpretativa relativa a los artículos 8§2 y 27§3

¹⁷ Conclusiones XVII-2 (2005), España

¹⁸ Conclusiones XIII-4 (1996), Países Bajos

¹⁹ Conclusiones 2005, Suecia

²⁰ Conclusiones 2005, Chipre

²¹ Conclusiones I (1969), Italia

²² Conclusión I (1969), Alemania

²³ Conclusiones 2005, Francia

²⁴ Conclusiones 2003, Francia

- determinar las condiciones bajo las cuales se puede realizar el trabajo nocturno, como la posible obtención de una autorización de la Inspección de Trabajo y la fijación de horarios, descansos y días de descanso períodos de trabajo nocturno, el derecho a transferirse a un turno de día en caso de problemas de salud relacionados con el trabajo nocturno, etc.²⁵

8

.5 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres empleadas a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a prohibir el empleo de mujeres embarazadas que hayan dado a luz recientemente o que estén amamantando a sus hijos en trabajos subterráneos en minas y todo otro trabajo peligroso, insalubre o arduo, y tomar las medidas apropiadas para proteger los derechos laborales de estas mujeres.

El artículo 8§5 se aplica a todas las mujeres embarazadas que hayan dado a luz recientemente o estén amamantando a sus hijos en un empleo remunerado, incluidos los funcionarios públicos. Solo los trabajadores independientes están excluidos.

1- Se prohíbe el empleo de mujeres embarazadas que hayan dado a luz recientemente o que estén amamantando a sus hijos en trabajos subterráneos en minas. Esta prohibición solo se refiere al trabajo minero, en sentido estricto; no concierne a las mujeres:

- que ocupan un puesto directivo y no realizan trabajos manuales;
- que trabajan en servicios sociales y de salud;
- que realizan breves períodos de entrenamiento en las partes subterráneas de una mina.²⁶

Esta prohibición debe ser establecida por la ley.

2- Otras actividades concretas, en particular aquellas que involucran exposición al plomo, benceno o radiación ionizante, altas temperaturas o vibraciones, o incluso agentes virales, deben estar prohibidas o estrictamente reguladas para las mujeres afectadas, dependiendo de los riesgos involucrados, tareas realizadas. La legislación nacional debe garantizar a las mujeres a quienes aplica un nivel adecuado de protección contra todos los peligros conocidos para su salud y seguridad²⁷.

La legislación nacional debería prever la reasignación, sin pérdida de salarios, de trabajadoras embarazadas o de enfermería si sus funciones son incompatibles con su condición; Si esto resulta imposible, las trabajadoras afectadas deben poder tomar vacaciones pagadas. Deben conservar el derecho de volver a su publicación original en una fecha posterior²⁸.

²⁵ Conclusiones X-2 (1990), Observación interpretativa sobre el Artículo 8§4

²⁶ Conclusiones X-2 (1990), Observación interpretativa sobre el Artículo 8§5 (es decir, 8§4 b) de la Carta de 1961)

²⁷ Conclusiones 2003, Bulgaria

²⁸ Conclusiones 2005, Lituania