Número 235

Julio 2022

JURISDICCIÓN SOCIAL

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

Juezas y Jueces *para la* Democracia

Editorial

Artículos

Legislación

Negociación colectiva

Jurisprudencia

Organización Internacional del Trabajo

Administración del Trabajo y Seguridad Social

El rincón de la contracultura

Carta social europea

ÍNDICE

CONSEJO
DE REDACCIÓN
Belén Tomas Herruzo
José Luis Asenjo Pinilla
Ana Castán Hernández
Carlos Hugo Preciado Domènech
Jaime Segalés Fidalgo
Domingo Andrés Sánchez Puerta
Amaya Olivas Díaz

COORDINACIÓN
Janire Recio Sánchez
Fátima Mateos Hernández

CONSEJO
ASESOR EXTERNO
Antonio Baylos Grau
José Luis Monereo Pérez
Cristóbal Molina Navarrete
Margarita Miñarro Yaninni
Francisco Alemán Páez
Olga Fotino poulou Basurko
Juan Gómez Arbós
Ana Varela
Raúl Maillo

DISEÑO Y MAQUETACIÓN
Teresa Compairé

IMÁGENES
freepik.es
Wikipedia

ISSN
ISSN 2695-9321
Jurisdicción social

EDITADO POR
Juezas y Jueces
para la Democracia

EDITORIAL

ARTÍCULOS
La nueva ley 15/2022 integral para
la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía
Joan AGUSTÍ MARAGALL

Cláusulas compromisorias.
El juez de la unión como juez del contrato de trabajo
Domingo SÁNCHEZ PUERTA

LEGISLACIÓN
Estatal
Europea
Autonómica

NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Estatal
Autonómica

JURISPRUDENCIA
Tribunal Constitucional
Tribunal Supremo
Tribunales Superiores de Justicia
Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

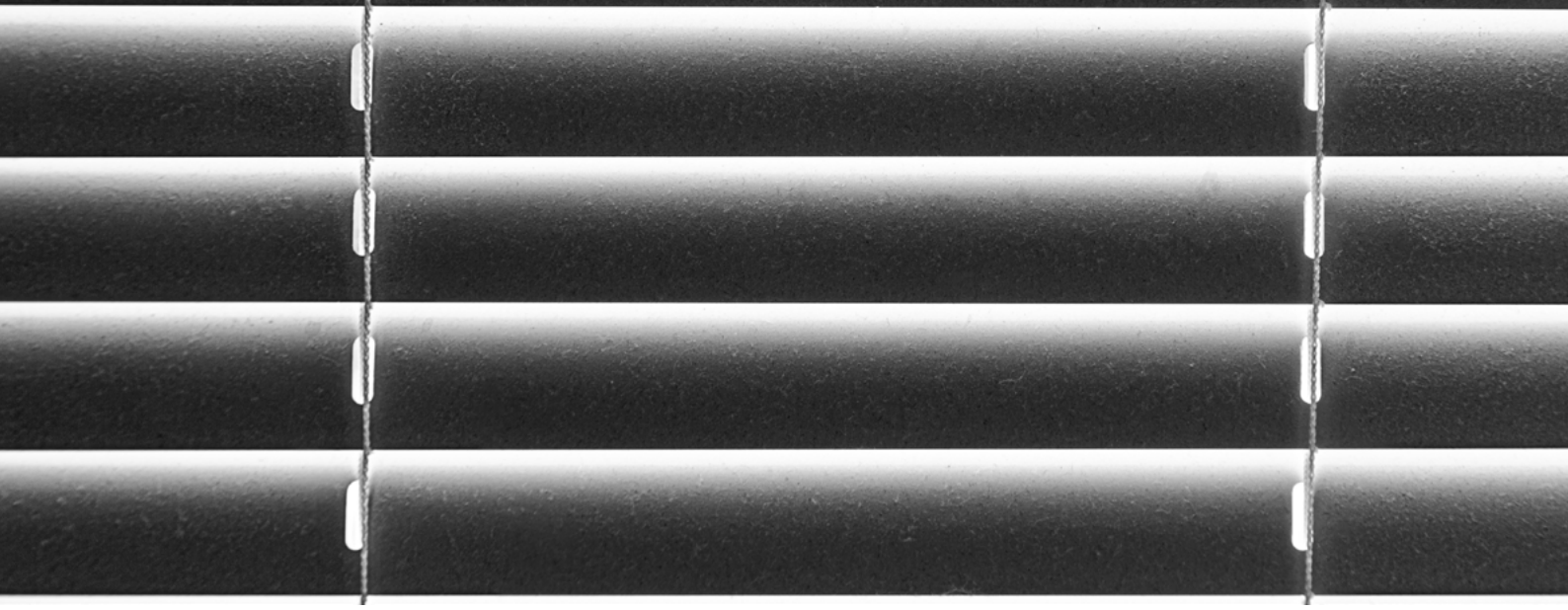
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EL RINCÓN DE LA CONTRACULTURA

CARTA SOCIAL EUROPEA

Portada Obra de: José Enrique Medina Castillo



> **Esperamos que podáis disfrutar de todo ello hasta nuestra vuelta en el mes de septiembre**

EDITORIAL

Finalizamos el año judicial, y con el la última publicación antes de nuestro descanso veraniego, con la satisfacción de incluir entre nuestros contenidos la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Con ocasión de esta importantísima norma, nuestro compañero Joan Agustí ha redactado para nuestra revista un artículo de urgencia para dar noticia de su contenido y de su trascendencia en la ampliación del ámbito de la tutela antidiscriminatoria, así como en el reforzamiento de las garantías e instrumentos para conseguirla.

En dicho artículo, tras dar cuenta de los fundamentos, razones y principios que han justificado la promulgación de la ley, analiza una de las consecuencias más inmediatas y destacables que en el ámbito de la jurisdicción social tendrá la entrada en vigor de la norma, que es la calificación judicial de nulidad de todo despido por causa de enfermedad u otra condición de salud, materia en la que el tesón y empeño del autor de dicho artículo han sido admirables.

Tras realizar un análisis pedagógico de la evolución histórica legislativa y jurisprudencial de la calificación del despido por causa de enfermedad, con el anhelo de que la historia no se repita, concluye que la nueva ley pone fin de forma definitiva a un criterio doctrinal que anteponía el interés empresarial al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

El segundo artículo que os ofrecemos es de nuestro compañero co-coordinador de la Comisión Social, Domingo Sánchez, en el que aborda los problemas relacionados con la aplicación del derecho contractual del trabajo por parte del/la Juez/a de la Unión cuando se ve obligado/a a ello de conformidad con lo previsto en el art. 273 TFUE. En él nos explica el concepto, naturaleza y finalidad de dichas cláusulas, así como las consecuencias y problemas prácticos derivados de su inclusión en los contratos laborales formalizados por las instituciones de la Unión, y lo hace a la luz de las últimas resoluciones dictadas tanto por el Tribunal general como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En sentencias del TJUE este mes destaca en el ámbito laboral, concretamente en materia de seguridad social, la de 30 de junio de 2022, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, que señala que la normativa nacional que considera que la incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen legal de seguridad social constituye una discriminación indirecta por razón de género cuando sí se permite la acumulación de pensiones que corresponden a distintos regímenes.

En la sección de Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia recogemos, por su interés y utilidad, la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que declara la nulidad del despido disciplinario de una gerocultora fundado en su negativa a someterse a los test de antígenos para la detección del Covid a los que obligaba la empresa en cumplimiento de protocolos remitidos por la Consejería de Sanidad y de Política social de la Xunta de Galicia.

Destaca también la Sentencia del TEDH 28-6-2022 (M.D. y otros vs España) que aquí podéis consultar, en la que se declara vulnerado el derecho a la vida privada -personal y familiar- de un grupo de compañeros y compañeras catalanes cuyos datos personales fueron filtrados por la policía a un medio de comunicación con ocasión de una noticia sobre un manifiesto que suscribieron en favor del encaje constitucional del derecho a decidir, sin que tal filtración fuera suficientemente investigada en sede judicial pese a la denuncia y acciones por aquéllos ejercitadas."

A continuación, estudiamos el artículo 31 de la Carta Social Europea, sobre el derecho a la vivienda.

Y como cada mes finalizamos con las recomendaciones del Rincón de la conTracultura, convencidos de que la bella y poética *El cielo sobre Berlín* deleitará alguna de vuestras noches estivales.

Esperamos que podáis disfrutar de todo ello hasta nuestra vuelta en el mes de septiembre.

LA NUEVA LEY 15/2022 INTEGRAL PARA **LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y EL DESPIDO POR ENFERMEDAD O CONDICIÓN DE SALUD**: EL FIN DE LA ANOMALÍA

Joan AGUSTÍ MARAGALL
Magistrado especialista. Sala Social del TSJ de les Illes Balears

Extracto: Recién cumplidas las dos semanas de la publicación de La nueva ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud, el presente artículo no pretende un análisis exhaustivo de la misma, sino –exclusivamente y en clave de urgencia- "dar noticia" de su innegable importancia, especialmente por la ampliación del ámbito de la tutela anti-discriminatoria y por el reforzamiento de las garantías e instrumentos para la misma. Después de dar cuenta de los fundamentos, razones y principios que han justificado la promulgación de la ley, me centraré -de manera más concreta- en una de las consecuencias más inmediatas y destacables de su inmediata entrada en vigor, en el ámbito de la jurisdicción social, como es la calificación judicial de nulidad que, a partir de ahora, corresponderá a todo despido por causa de enfermedad u otra condición de salud, corrigiendo la grave anomalía que ha supuesto, en los últimos años, el criterio jurisprudencial mayoritario en sentido contrario.

I Una gran alegría "legislativa."

No soy de leer el BOE a primera hora de la mañana. De hecho, no soy de leer el BOE en ningún momento salvo que me lo exija alguna necesidad imperativa.

Por ello, cuando una gran amiga y compañera me llamó durante el desayuno del pasado 13 de julio para darme la noticia de la publicación de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación, experimenté, probablemente, la mayor alegría "legislativa" –valga la expresión- de mi vida, exceptuada, claro está, la promulgación de la Constitución.

No pretendo, con estas líneas, proponer un análisis exhaustivo de la nueva Ley. Ni dispongo de tiempo ni soy la persona más adecuada para ello. Me limitaré a señalar los aspectos que me parecen más relevantes de su preámbulo para, más adelante, centrarme en preceptos que determinan, en mi opinión, un cambio radical en una cuestión tan concreta pero, a la vez, tan candente en la jurisdicción social como es la calificación judicial que deba merecer el despido por causa de enfermedad u otra condición de salud.

II Fundamento, razones y principios de la nueva ley.

Empiezo, como ya he dicho, destacando aquellos aspectos del preámbulo que me parecen fundamentales para valorar la importancia de la ley.

En el primer apartado se expone, en forma exhaustiva y rigurosa, el marco regulatorio en materia de igualdad y prohibición de discriminación, desde los distintos ámbitos normativos -constitucional, internacional, Consejo de Europa y comunitario. Destaco que, después de la obligada e inicial referencia al art. 14 de la Constitución, el preámbulo se remita al apartado segundo del artículo 9, que establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva, norma fundamental que inspira la Ley y se proyecta en todos sus aspectos. Y la afirmación conforme "la no discriminación se constituye como un complemento del derecho a la igualdad y como garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas" y su vinculación inmediata con la dignidad de la persona, fundamento, según el artículo 10 de la Constitución, del orden político y de la paz social, que "expresa además el carácter necesario de la igualdad como elemento esencial para la construcción de una sociedad cada día más justa".

Ya en el segundo apartado y bajo el título "justificación de la ley", se explica que la misma "tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto

en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas", añadiendo –en forma significativa- que "no es una Ley más de derechos sociales sino, sobre todo, de derecho antidiscriminatorio específico, que viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas".

A continuación, identifica como segundo propósito "consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, culminando así un proceso de iniciativas legislativas a favor de la igualdad de trato y la no discriminación que se han venido desarrollando y que han situado a España en la vanguardia de los países más avanzados en políticas de igualdad", dando respuesta a una necesidad normativa concreta como es "crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos."

Finalmente, y como tercer propósito, identifica "el de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE", al entender que la efectuada hasta el momento es "insuficiente e ineficiente a la hora de acometer los problemas relativos a la igualdad y la no discriminación en la sociedad española, sobre todo en el actual contexto de crisis sanitaria, social y económica", añadiendo que la ley "no se limita a trasponer las directivas, sino que es más ambiciosa por cuanto pretende colocar la garantía de la igualdad y la no discriminación en el lugar que le corresponde, para situar a España entre los Estados de nuestro entorno que cuentan con las instituciones, instrumentos y técnicas jurídicas de igualdad de trato y no discriminación más eficaces y avanzados."

En tal sentido, son de destacar, por su carácter innovador, las "definiciones" expuestas en el capítulo I, acordes con los avances doctrinales y jurisprudenciales en la materia, que –junto a la clásica distinción entre discriminación directa e indirecta- explican la definición y regulación de conceptos tan modernos y necesarios como el "discriminación por asociación", "discriminación por error", "discriminación múltiple" y "discriminación interseccional", muy relevantes para el desarrollo de las políticas de igualdad dirigidas a las mujeres, especialmente vulnerables a este tipo de discriminación cuando al motivo de discriminación por razón de sexo se le añade cualquier otro motivo previsto en la ley.

III La "incorporación" de las nuevas causas de discriminación y su fundamento constitucional.

Del tercer apartado del preámbulo -que refiere los principios, objetivos, medios y estructura de la ley- me centraré exclusivamente en el que se expone en último lugar y que, a mi modo de ver, es el más importante y el que

explica el carácter "integral" de la Ley, explícito en su denominación, que justifica por la incorporación de nuevas causas de discriminación: "Por lo que respecta al ámbito subjetivo, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo".

Esta incorporación de nuevas causas de discriminación me parece, sin duda, de una importància superlativa. Recordemos que el art. 14 CE identifica sólo seis causas de discriminación - "por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión"- pero añade una cláusula abierta, "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Y lo que ha hecho el legislador, las Cortes Generales, es -gracias a esta cláusula abierta y sin necesidad de la siempre compleja y exigente reforma constitucional- incorporar al mandato de igualdad y prohibición de discriminación consagrados en el art. 14 CE, nuevas "condiciones o circunstancias", ya sean "personales o sociales", que - "por su especial relevancia social"- deben ser identificadas, también, como causas de discriminación y objeto de la tutela inherente a las mismas.

IV Criterios en la interpretación y aplicación de la nueva ley.

Aunque suponga "saltar" ya al texto normativo, entiendo indispensable resaltar el artículo 7, que aborda "La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de los poderes públicos", que "se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales.", añadiendo que " cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes" y especificando que "la presente ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación.

Podría pensarse que este precepto resulta innecesario, por cuanto lo expuesto resulta obligado por nuestro sistema de fuentes, por la integración en la Unión Europea y por la ratificación de multitud de tratados y convenciones en materia de igualdad y no discriminación. Pero la realidad es que pervive todavía en nuestra jurisprudencia una mayoritaria renuencia a dirigir la "primera mirada" a la norma internacional o europea de aplicación prevalente.

V La enfermedad y la condición de salud, reconocidas -nuevamente- como causa de discriminación.

Una de las consecuencias inmediatas de la entrada en vigor, desde el pasado 14 de julio, de la nueva ley es que todo despido por causa de enfermedad o condición de salud (incluyo en estas dos palabras, por brevedad, las cuatro causas discriminatorias por razón de la salud) deberá volver a ser declarado nulo, tal como mayoritariamente se entendía hasta la STS de 29.1.01.

Nunca entendí, ni compartí, ni –por consiguiente- apliqué la doctrina del Tribunal Supremo, inaugurada con la sentencia de 29.1.01, que –modificando el que entonces era el criterio mayoritario en la jurisdicción social- proclamó que "la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación."

Esta doctrina, sumada a la promulgación de la Ley 45/02 que implantó una figura tan anómala –en nuestro marco jurídico- como el "despido improcedente exprés", ha comportado que durante más de 20 años se haya despedido "improcedentemente" a miles de trabajadores/as por la sola causa de su enfermedad o incapacidad temporal (también por accidente de trabajo), por breve que fuera la misma. De tal forma que, hasta la publicación de la ley que hoy celebramos, desde muchos sectores empresariales y profesionales se consideraba –se considera todavía, a la vista de algunos comentarios a la nueva ley- que existía una auténtico derecho a "despedir improcedentemente al trabajador enfermo", por el solo hecho de estarlo.

De ahí mi alegría por la incorporación al ámbito de la tutela anti-discriminatoria, entre otras, de las causas discriminatorias referidas a la enfermedad y a la salud en general. Por la reparación de la que, para mí y en el ámbito de las relaciones laborales, ha constituido un grave error de nuestra jurisprudencia, al anteponer el derecho constitucional del empresario (la legítima aspiración a la rentabilidad económica de la empresa, ex art. 38 CE) al derecho fundamental del trabajador/a a la igualdad y a la no discriminación por enfermedad o por causa de salud.

Debemos tener claro que lo que hace la nueva ley no es "innovar" una nueva causa de discriminación, la enfermedad y la condición de salud, ya que –en el ámbito laboral y desde antaño- siempre se consideró causa de discriminación, sino restituirle la tutela antidiscriminatoria de la que nunca debió ser despojada.

Y a tal efecto, me permito recordar, con cierta prolijidad que confío sea disculpada,

la desafortunada concatenación de circunstancias que propició que, durante más de veinte años, esta causa de discriminación quedara desprotegida, en la esperanza de que no vuelva a repetirse.

VI Un poco de historia (para que la historia no se repita).

1.- La antigua "protección objetiva" de la enfermedad.

Hasta la Reforma Laboral de 1994, los art. 55.6 ET y 102-6 LPL, desde 1980, establecían una tutela específica del trabajador en situación de incapacidad temporal, en términos parecidos a los que dispone el actual art. 55.5 ET en relación con las situaciones vinculadas a los derechos de conciliación, ya que el despido de todo trabajador en suspensión de contrato (como supone la IT) debía ser calificado nulo caso de no resultar procedente.

Así, el artículo 55.6 ET (1980) declaraba que *«el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia".* Y, en consonancia con tal mandato, el artículo 102.2 LPL (1980) establecía que "*Sólo se declarará nulo el despido …. cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente el despido, o en los demás casos establecidos por al Ley».*

El posterior texto procesal, la LPL de 1990, en su art. 108.2.b), no sólo mantuvo la prohibición de despido de *«los trabajadores con contrato suspendido, para el caso de que no se declare su procedencia",* sino que incrementó la protección cuando, en el art. 279.1 LPL, se garantizaba que, en caso de declaración de nulidad del despido, la sentencia se ejecutaría "*en sus propios términos",* no sólo en casos de vulneración de derechos fundamentales sino también cuando *«la declaración de nulidad se fundamente en la suspensión del contrato del trabajador despedido, una vez haya concluido la causa de tal suspensión»*.

La protección del trabajador en situación de incapacidad temporal, pues, era muy clara y plenamente congruente con la prohibición del art. 6 del Convenio 158 OIT, ya ratificado por el Estado Español en 1985, que dispone que "La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo": como ocurre hoy con la denominada "tutela objetiva" de las situaciones "especialmente protegidas" (vinculadas a la maternidad, paternidad, embarazo, etc. y al ejercicio de los derechos de conciliación), un despido en situación de incapacidad temporal, en razón de estar el contrato suspendido, o era calificado de procedente –por concurrir la causa disciplinaria u objetiva invocada- o, necesariamente, debía ser declarado nulo y procederse a la inmediata readmisión. Tal protección llegó a propiciar la

falsa conclusión conforme "el trabajador/a no podía ser despedido estando de baja", cuando –en realidad y como ocurre hoy con la tutela objetiva- lo que no se podía es "despedirlo improcedente", como sí ha acontecido en los últimos 20 años. Como también ocurre hoy en la actual "tutela objetiva" de las "situaciones protegidas", si concurría causa objetiva real y suficiente o grave incumplimiento disciplinario sí que podía ser de despedido/a.

2.- La Reforma Laboral de 1994: la sorprendente desprotección normativa y la posterior –y efímera- protección judicial.

Incomprensiblemente, la Reforma Laboral de 1994, aprobada por Ley 11/94, en la última etapa de aquella primera etapa de gobierno socialista, y bajo el discutible lema de que "hay que proteger al trabajo y no al trabajador", modificó el texto del art. 55 ET y del art. 108 de la LPL, aprobados por los RDL 1 y 2/95, desapareciendo -como supuesto explícito de declaración de nulidad- la situación de suspensión temporal (y, con ella, la de incapacidad temporal).

Ello no obstante, la mayoría de los Tribunales Superiores consideraron que la supresión de tal supuesto de nulidad "automática" solamente respondía -al menos en relación a la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente- al hecho de haber quedado subsumida en la genérica causa de nulidad por discriminación, y siguieron sancionando con la nulidad por discriminación ex art. 14 CE los despidos por causa de la situación en incapacidad temporal. Así, entre otras, destaco –por su relevancia- en la sentencia del TSJ de Catalunya de 28.2.00 (ponente Lourdes Arastey, actualmente en el TJUE), de la que subrayo aquellas afirmaciones que explicitan la convicción judicial –en aquel entonces- del carácter discriminatorio del despido por causa de enfermedad:

> *"Llegados a este punto hay que destacar que no se niega aquí la realidad de la motivación de la empresa, sino que se defiende por parte de ésta que la misma no es lesiva de ningún derecho fundamental. Es de destacar que la empresa ya reconoció en conciliación la improcedencia del despido lo que evidencia la clara voluntad de poner fin a la relación sin más motivación que la apuntada.*
> *No compartimos la tesis del TSJ de Castilla-León (Valladolid) de 16.3.98 que, por otra parte, no constituye doctrina consolidada y uniforme como se sostiene por la empresa.*
> *La Sala considera que existe, desde luego, una elección del trabajador, efectuada con posterioridad al momento del empleo, que atiende a las condiciones personales del mismo y que se concreta en el despido del mismo, atendidas únicamente tales condiciones. No hay duda de que se discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social establecida en las normas laborales y de seguridad social, sin que, por otro lado, se acredite que nos hallamos ante aquel supuesto al que antes hemos aludido del art. 51 a) ET."*

En la misma línea pueden citarse las STSJ Cataluña de 2-4-2001 (AS 2001, 2139) y 26-9-2002 (AS 2002, 3017), STSJ Murcia 24-5-2004 y STSJ Canarias 8-3-2004.

3.- La STS de 29.1.01: un caso extremo genera un cambio de doctrina.

Sin embargo, esta línea doctrinal que aceptaba, de forma natural, que el despido por enfermedad o por incapacidad suponía una discriminación *"por razones de salud* "finalizó bruscamente con la sentencia del Tribunal Supremo de 29.1.01 que, precisamente, revocó la anteriormente referida sentencia del TSJ de Catalunya de 28.2.00, de la que reproduzco el razonamiento central, contenido en el fundamento jurídico cuarto, subrayando su afirmación fundamental:

> "Es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al actor se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad. Pero la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indi-

> ca que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c). 2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador."

Es relevante destacar la especial situación de hecho contemplada por esta sentencia STS de 29.1.01: el cese impugnado consistía en la no renovación o prórroga de un contrato temporal, con efectos 31.12.98, de un trabajador que -salvo una breve interrupción- llevaba nueve meses en situación de incapacidad temporal, circunstancia que llevó al Tribunal Supremo a razonar que "se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses.[1]"

En efecto, con mirada panorámica retroactiva, podríamos aventurar que la doctrina que, afortunadamente, fenece definitivamente con la nueva ley, respondió a dos errores: el generado en la inicial STS de 29.1.01, al establecer una doctrina potente y muy categórica (expulsando la enfermedad como causa discriminatoria, cuando estaba asumida por la mayoría de las salas de suplicación), para un caso extremo en el que, probablemente, para llegar a la solución de la improcedencia no hacía falta la misma, sino que bastaba una solución "casuística", como entender que, simplemente, la no renovación del contrato del trabajador en larga enfermedad no debía ser considerado un "despido" al que le resultara la tutela objetiva entonces establecida. Y, el segundo error, que me parece más grave por su carácter reiterado en el tiempo, fue aplicar acríticamente aquel

---

1 Destaco la singularidad de la situación de hecho que propició el cambió doctrinal a cargo del Tribunal Supremo por cuanto permite entender más, aunque no se comparta, la decisión final de Tribunal Supremo: no es lo mismo que la empresa se abstenga de prorrogar un contrato temporal cuando su titular llevaba un largo período en situación de incapacidad temporal que despedir "improcedentemente", bajo cualquier excusa disciplinaria (bajo rendimiento, habitualmente), por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal.
Por eso creo que la singularidad del caso, y su "levedad fáctica" si se me permite la expresión, pudo inducir -paradójicamente- a conformar en base al mismo la afirmación esencial de la doctrina conforme "La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española". Tal razonamiento, que pudiera ser entendible en el concreto caso que lo generó (aunque no se comparta), siempre me ha parecido incomprensible e inadmisible, por contrario a la a la más elemental tutela anti-discriminatoria, respecto al resto de situaciones que ha resuelto el Tribunal Supremo durante estas dos décadas, referidos a despidos reactivos al sólo hecho de la enfermedad o incapacidad temporal, efectuados bajo la apariencia de causa disciplinaria ficticia.

cuerpo doctrinal a despidos sin otra causa real que la enfermedad o situación de incapacidad temporal, con absoluta impunidad, en la convicción que aquella inicial sentencia, la STS de 29-1-01, había "generado" el derecho a "despedir sin causa" al trabajador/a por el solo hecho de estar enfermo o en situación de incapacidad temporal.

4.- La aplicación mecánica y acrítica de la nueva doctrina.

Prueba de esta aplicación mecánica y acrítica, a cargo del propio Tribunal Supremo, de aquel cuerpo doctrinal generado ante una situación fáctica que exigía un pronunciamiento mucho más ponderado, es que, la "*hipótesis segregacionista"* contemplada en aquella inicial sentencia ("*en determinadas situaciones en los que se apreciara un elemento de segregación, la enfermedad sí pudiera constituir un factor de discriminación"*)- nunca se ha producido, nunca ha sido apreciada en ninguna de las múltiples sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado, ni tan siquiera cuando sí la habían apreciado los Tribunales Superiores, ya fuera ante despidos masivos y aleatorios por "bajo rendimiento voluntario" por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal ([2]), o en el caso del despido inmediato al accidente de trabajo [3].

---

2 Me refiero a las sentencias del TJS de Cataluña de 12.6.06 y 7.9.06, dictadas en Sala General, y a su posterior revocación por las STS de 11.12.07 y 18.12.07: se refieren al despido coetáneo de 41 empleados de la empresa SEAT, todos ellos en situación incapacidad temporal o que lo habían estado recientemente, mediante sendas e idénticas comunicaciones disciplinarias individuales, en las que se invocaba, genéricamente, "*una disminución continuada de su rendimiento laboral, siendo el mismo inferior al pactado*", despidos todos ellos que fueron reconocidos como improcedentes por la empresa pocos días después, procediendo a la consignación judicial de la indemnización de 45 días de salario por año de antigüedad. Las sentencias de la sala ratificaron la declaración de nulidad de las sentencias de instancias, apreciando el "elemento segregacionista" del despido en su carácter aleatorio y masivo: "*entendemos que se identifica un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad, clase a la que reduce o niega importantes derechos, incluido el de ocupación, y a la que da, en consecuencia, un trato de inferioridad que, a nuestro juicio, debe encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 de la Constitución y las prescripciones de los arts. 4.c y 17 del ET".*

Como ya se ha avanzado, dicha sentencia así como las posteriores sentencias de 28.7.06 y 7.9.06, en el mismo sentido, fueron casadas y anuladas por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 11 y 18.12.07 y de 22.1.08, cada una de ellas dictadas por ponentes distintos, pero coincidentes en su argumentación, al concluir que "... *en el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales.*.....".

3 Destaca en este sentido la STS 12.7.12, con destacable voto particular en contra, referida a un trabajador que sufre un accidente de trabajo a las pocas de horas de iniciar su primer día de trabajo, y es cesado "por no superación del período de prueba" al día siguiente. El Tribunal Supremo deniega el carácter discriminatorio de dicho cese afirmando que "e*l desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el*

5.- Validación constitucional de la nueva doctrina: la STC 62/08.

En esta concatenación de errores juega también un papel destacado, en mi opinión, el Tribunal Constitucional, al no haber corregido -hasta el momento- la doctrina del Tribunal Supremo, sino que -bien que "obiter dicta", al tratarse de una situación singular (un trabajador despedido por ocultar su incapacidad en el momento de la contratación- la validó plenamente (y aún la reforzó en su argumentario) en su sentencia STC 62/08, al razonar *"que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE*" y concluir -al final de su fundamentación jurídica- *"que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria."*[4]

---

trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE ni puede ser incluida tampoco en la claúsula final genérica de dicho artículo (" cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas", añadiendo que "*No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal.",* para concluir que "*una vez verificado que el cese del trabajador se ha producido durante el período de prueba, no resulte necesaria, ni siquiera pertinente, una indagación ulterior de los motivos de la decisión empresarial, salvo indicios de conducta inconstitucional, abusiva o fraudulenta; indicios que, insistimos, no concurren en principio en las decisiones de cese a raíz de una situación de incapacidad temporal por enfermedad o accidente*".

4 *A destacar la ignorancia por parte del Tribunal Constitucional, en su razonamiento, de la posible incidencia en de la CDFUE, ni de la Directiva 2000/78, ni del Convenio 158 OIT, aunque sí lo hizo el voto particular en contra para fundamentar su discrepancia y defender el carácter discriminatorio del despido, al afirmar que «existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los artículos 4.2 c) y 17.1 LET (RCL 1995, 997) o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383) y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" del artículo 14 CE máxime cuando, al estar afectado el derecho al trabajo del recurrente del artículo 35.1 CE (RCL 1978, 2836) y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del artículo 43 CE, obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad del que carecen en este caso las resoluciones judiciales (STC 95/2000, de 10 de abril [RTC 2000, 95])».*

Me llama la atención el concepto restrictivo del "factor de discriminación" que expone esta sentencia, al descartar que la enfermedad pueda ser considerada como tal por el solo hecho de que pueda afectar en algún momento de su vida a la mayoría de los seres humanos, cuando el art. 14 CE si bien identifica sólo seis causas de discriminación -"por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión"- añade una cláusula abierta, "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que permite entender –como así lo hecho el legislador con la nueva Ley 15/2022- que si bien las "condiciones" pueden ser personales, las "circunstancias" bien pueden ser "temporales", como ahora la enfermedad o condición de salud.

6.- La determinante intervención del TJUE: la "larga enfermedad" equiparable a la "discapacidad".

Como otras veces en relación con otras causas de discriminación (la STJUE Elbal Moreno, en relación a la discriminación por razón de sexo, o la STJUE Vital Pérez respecto de la discriminación por razón de la edad), ha tenido que ser el TJUE quien, al rescate de un concepto más tutelar de la garantía de igualdad y prohibición de discriminación, ha puesto cierto freno a la impunidad en el "despido improcedente del trabajador/a enfermo".

De alguna manera, ante la inmovilidad de la doctrina del Tribunal Supremo que comentamos (contraria a reconocer, en ningún caso, la enfermedad o accidente de trabajo como "factor de discriminación), algunos/as intentamos encontrar la tutela anti-discriminatoria en la "discapacidad", causa de discriminación recogida en la Directiva 2000/78, ni que fuera forzando sus costuras.

El primer intento fue promovido desde el JS 33 de Madrid en el asunto "Chacón Navas", ya en 2005, respecto a un despido improcedente "exprés" con causa real, aunque oculta, por enfermedad, después de estar seis meses de baja. En aquel momento la UE no había ratificado todavía la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos de las personas con discapacidad, por lo que el TJUE contestará diferenciando claramente "discapacidad" de "enfermedad", y concluirá que "*una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad".* Pero hay que reconocerle a la cuestión el mérito de haber sido el primer intento en de ampliación del concepto "discapacidad".

Con la STJUE HK Danmark (Ring), C-335/11, de 11.4.13, sí se produce una evolución doctrinal importante: es la primera sentencia que se dictó tras la ratificación por parte de la Unión Europea, en 2010, de la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos de las personas con discapacidad y, en razón de ello, el TJUE amplió el concepto de "discapacidad", al equiparar al mismo situaciones de "larga enfermedad" (generadas por patologías no especialmente graves, por cierto, pero sí recurrentes, como la lumbalgia de la Sra. Ring, y la cervicalgia de la Sra. Werge).

El TJUE, recordando que la Unión había ratificado la Convención de la ONU sobre la discapacidad y que, por consiguiente, sus disposiciones formaban parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, estable un nuevo concepto de «discapacidad» -más social, dinámico y flexible- como *"aquellas dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78".*

Con la sentencia Kaltoft (C-354/13) de 18.12.14, referida a un cuidador infantil a domicilio, que es elegido por el ayuntamiento empleador para ser despedido en el contexto de una reducción de plantilla por causas económicas, si bien considera que la obesidad como tal no puede considerarse «discapacidad», declara –ello no obstante- que "en determinadas circunstancias…, si al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78", correspondiendo al órgano judicial promotor comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos.

Finalmente, la STJUE Daouidi de 1.12.16, en respuesta a cuestión promovida desde el JS nº 33 de Barcelona, completará esta evolución doctrina del TJUE, al concretar dos parámetros para discernir cuando una situación de enfermedad o las secuelas de un accidente pueden ser considerados "duraderos" y, por consiguiente, equiparables a "discapacidad": "que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona."

7.- La lenta e insuficiente recepción de la doctrina del TJUE por parte de la jurisprudencia interna.

La recepción de la doctrina del TJUE por parte de los órganos judiciales españoles ha sido muy desigual y, en general, renuente a abandonar el dogma conforme "la enfermedad no es un factor de discriminación sino concurre segregación" (STS 29.1.01). Así, las STS de 22.5.20 y de 15.9.20, si bien formalmente asumen la doctrina "Daouidi", lo hacen con un criterio claramente restrictivo cuando, en ambos casos, razonan que "por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor, las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social."

Ello no obstante, es innegable que la ampliación doctrinal del concepto "discapacidad" como causa discriminatoria del art. 4 de la Directiva 2000/78, especialmente

después de la SJTUE Daouidi 1.12.16, ha supuesto un freno importante al "despido improcedente del trabajador enfermo". Como ya he señalado antes, la doctrina del Tribunal Supremo iniciada con la STS 29.1.01 había generado la "seguridad jurídica" (para el empresario) que siempre podía despedir al trabajador/a enfermo si estaba dispuesto a asumir el coste de la improcedencia, seguridad jurídica que –afortunadamente, en mi opinión, al referirse no sólo a un derecho inexistente, sino inconstitucional- desapareció con la doctrina del TJUE.

En todo caso, la nueva ley acaba definitivamente con esta "inseguridad jurídica" y restituye la cuestión al marco de los derechos fundamentales del que nunca debió desviarse.

VII El nuevo escenario: el despido por enfermedad -o por el resto causas vinculadas a la salud- debe ser sancionado con la nulidad, por discriminatorio.

Sorprende que algunos de los primeros comentarios sobre la nueva Ley 15/2022 planteen dudas respecto a la calificación judicial que deba merecer el despido por causa de enfermedad, IT o condición de salud a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, advirtiendo que la "falta de concreción" del texto normativo va a generar una "fuente de conflictividad" (Economistjurist, 17.7.22).

Considero, por el contrario, que la nueva norma no deja margen para dudas. Y a tal efecto expondré aquellos preceptos de la nueva ley que abocan, indefectiblemente, a tal conclusión.

- En primer lugar, la enfermedad, condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos pasan a ser explícitas causas de discriminación (directa e indirecta).

La claridad y amplitud del art. 2.1 de la nueva ley, al definir el ámbito subjetivo de la misma, me parece evidente:

> "1. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

Es de destacar que no se adjetiva el concepto de "enfermedad" ni del resto de factores como causa de discriminación: no tiene que ser ni grave, ni prolongada o duradera, ni tan siquiera de incierta recuperación. La simple enfermedad, condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, sin más, pueden constituir causa de discriminación. Y en tal caso, se activará la tutela-antidiscriminatoria en los términos ya regulados en la LRJS.

Dicho esto, conviene aclarar –a continuación y por obvio que sea- que no es una "tutela objetiva", de activación automática (como la establecida en los arts. 53.4 ET y 55.5 ET respecto a las situaciones vinculadas a la maternidad, paternidad, conciliación, etc), sino que exigirá la previa alegación o aportación indiciaria en los términos contemplados en los arts. 96-1 y 181.2 LRJS.

-Las "nuevas" causas de discriminación son reconocidas en pie de igualdad a las ya recogidas en el art. 14 CE y en la normativa comunitaria.

Como se explica en el apartado IIIº del Preámbulo de la Ley, según ya hemos visto, y se comprueba al analizar el régimen de garantías y tutelas, las nuevas causas se incorporan al mandato anti-discriminatorio del art. 14 CE en pie de igualdad a las causas o factores de discriminación preexistentes. La nueva ley es "integral" y establece un único régimen de garantías (medidas de protección y reparación frente a la discriminación) y de promoción del derecho a la igualdad para todas ellas, las "originales" y las de "nuevo reconocimiento", si se me permite la expresión.

-Ya en el art. 6, la nueva ley recoge la clásica y necesaria diferenciación entre discriminación directa e indirecta. La tutela anti-discriminatoria, por consiguiente, afectará a despidos producidos "por razón" de enfermedad o condición de salud (discriminación directa, denunciable mediante la alegación o aportación indiciaria) pero también a aquellos despidos que, respondiendo a un criterio o práctica aparentemente neutro, ocasione al trabajador/a enfermo en desventaja (que se pondrá de manifiesto mediante la prueba o razonamiento del "impacto negativo"). Tal será el caso, por ejemplo, de una empresa –como criterio de selección para una reducción de personal- parta de datos de productividad que no tengan en cuenta, descontándolos, los períodos de inactividad por razón de enfermedad o salud. O la exigencia de determinadas pruebas médicas en los procesos de selección de personal.

-Más adelante, en el art. 26, se dispone la nulidad pleno derecho de "las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley."

-En el art. 28 se establece, como no podía ser de otra manera, el "amparo

ordinario" mediante la remisión a la ley procesal que corresponda, al disponer que "la tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal.

Concluyo: El despido por causa –directa o indirecta- de enfermedad o condición de salud debe ser declarado nulo, por su carácter discriminatorio. La nueva ley acaba definitivamente con un criterio doctrinal que, al anteponer el legítimo interés empresarial al insoslayable derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, nunca debió producirse.

TÚ ERES NUESTRO ALTAVOZ

¡SÍGUENOS!

@JpDemocracia

jjpdemocracia

JJpD

Juezas y Jueces para la Democracia

CLÁUSULAS COMPROMISORIAS. EL JUEZ DE LA UNIÓN COMO JUEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO

Domingo SÁNCHEZ PUERTA
Juzgado de lo Social nº 25 de Barcelona

En el presente trabajo pretendemos abordar, los problemas relacionados con la aplicación del derecho contractual del trabajo por parte del Juez de la Unión, cuando se ve obligado a ello de conformidad con lo previsto en el art. 273 TFUE. Así, es importante, afrontar el concepto, naturaleza y finalidad de dichas cláusulas contractuales firmadas por los distintos órganos y organismos de la Unión, y cuáles son las consecuencias y problemas prácticos o teóricos vinculados a su inclusión en contratos laborales por las instituciones de la Unión a la luz de las últimas resoluciones dictadas tanto por el Tribunal general (en adelante TG) como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

1.- INTRODUCCIÓN

El artículo 272 TFUE contempla la posibilidad de determinar la competencia del TJUE para juzgar en materia contractual mediante la inclusión de las denominadas ***cláusulas compromisorias***. Así, el mismo dispone expresamente que "*El*

Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta".

De esta manera, este instrumento que puede estar previsto en el articulado de las cláusulas contractuales que la Unión, sus organismos e instituciones firman con terceros, supone de hecho, vista la previsión del art 274 TFUE[1] una atribución de competencia derogatoria, pues a falta de previsión, en principio la jurisdicción competente para dirimir estas controversias resultará la jurisdicción nacional competente de acuerdo con las normas de derecho internacional privado.

Es por tanto y en principio, de acuerdo con los principios que rigen derecho español, un caso de "sumisión expresa" previsto en el ámbito contractual, cuando una de las partes es la Unión Europea o uno de sus organismos, órganos o instituciones. Una cláusula similar de atribución de competencia que también está prevista en el art 273 TFUE cuando dispone que el Tribunal será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre estados miembros relacionada con el objeto del tratado, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso. Aunque, en este último caso, sólo se ha pronunciado el Tribunal en una ocasión, con la sola problemática de considerar si el contrato en cuestión tenía un vínculo o no con el objeto de los tratados, que finalmente resultan el derecho aplicable a la materia. El art 272 TFUE si bien atribuye igualmente dicha competencia, lo hace en el seno de un contrato entre iguales y sitúa al TJUE en una situación a priori incomoda, pues en puridad aplicando el derecho propio del contrato en cuestión el TJUE se puede situar fuera del derecho comunitario, lo que nos llevará a preguntarnos si, incluso se puede llegar a situar "contra" el propio derecho o los principios generales que rigen el derecho comunitario.

Así, debido a la capacidad jurídica y de obrar que el art 335 TFUE[2] otorga a la Unión para contratar bienes y servicios en otros aspectos, nos encontramos ante una materia que puede plantear numerosos problemas, siendo su uso muy común, pues la Unión recurre a las obligaciones y contratos con frecuencia, tanto para garantizar el permanente funcionamiento de sus instituciones como para la consecución de distintos proyectos por parte de terceros estando su

---

1 "*Sin perjuicio de las competencias que los Tratados atribuyen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los litigios en los que la Unión sea parte no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de las jurisdicciones nacionales*."

2 *"La Unión gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas; podrá, en particular, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles y comparecer en juicio. A tal fin, estará representada por la Comisión. No obstante, la Unión estará representada por cada una de las instituciones, en virtud de la autonomía administrativa de éstas, para las cuestiones relacionadas con el funcionamiento de las mismas."*

respondiendo contractualmente, como recuerda el art 340 TFUE según " *la ley aplicable al contrato de que se trate*"

Es por ello, que los mismos han dado lugar a una importante jurisprudencia, siempre en evolución de la cual, incluso recientemente, se han dictado sentencias no exentas de polémica[3].

2.- NATURALEZA

Algunos autores se han preguntado sobre la naturaleza de las cláusulas compromisorias, ofreciendo las disyuntiva de si nos encontramos ante un pacto arbitral que otorga la potestad para decidir al Juez de la Unión en el seno de un contrato en cuanto árbitro del mismo con capacidad de emitir un laudo; o por otro lado si estamos ante un cláusula atributiva de la competencia jurisdiccional que otorga, en este caso al juez de la Unión, plena competencia jurisdiccional para decidir las controversias surgidas en el seno del mismo.

Dentro de los que consideran la cláusula compromisoria como un pacto arbitral encontramos dos posturas, una, que consideran que nos encontramos ante un puro pacto arbitral que se debe enmarcar en los límites propios (verbi gracia los procedimientos de reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales) del ordenamiento jurídico propio del estado que regirá las relaciones contractuales)[4]; y otra, la propia de los que consideran que estamos ante un arbitraje como el previsto por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI) instituido por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, el cuál vendría caracterizado por estar basado en el mutuo acuerdo entre estados, teniendo fuerza obligatoria por sí mismo, y sin que el laudo resultante este necesitado de un procedimiento explícito para reconocerle los mismos efectos vinculantes que a una resolución emanada del poder judicial.[5]

La postura mayoritaria mantiene, sin embargo, que nos encontramos ante una verdadera cláusula atributiva de la competencia y jurisdicción debido al hecho de que las normas procesales y de competencia aplicables no son disponibles por las partes (una vez otorgada la competencia al tribunal), y que, efectivamente las resoluciones del TJUE son, en este campo de aplicación directa sin necesidad de un procedimiento de *exequatur.*

Desde el punto de vista puramente legal y procesal, pese a que ha sido calificado por algunos como una cuestión sin demasiada relevancia práctica[6], considero que, pese a las confusiones que pueda provocar el término de la versión anglosajona

---

3 Sentencia de 16 de julio 2020 ADR Center C. Commision (C-584/17 P. EU :C :2020 :576). Sentencia 5 de julio de 2018, Jenkinson/Conseil e.a., C-43/17 P, EU:C:2018:531. arrêt du 10 novembre 2021, Jenkinson/Conseil e.a., T-602/15 RENV, EU:T:2021:764

4 Durante, cit. pag. 626 por D' Alessandro, Elena en "*L'art 272del Tratatto sul funcionamento dell?Unione Europea:mero accordo attributivo della competenza giurisdiszionale i coinvenzione arbitrale*?"

5 Birguglio, cit. pág 627 por D' Alessandro, Elena en "ídem".

6 D'Alesandro en la obra citada, pág. 628 establece que ambas tesis finalmente son equivalentes, pues sea cual sea la tesis mantenida, es de aplicación el derecho de la Unión, existiendo de todas maneras el efecto vinculante de las resoluciones judiciales del TJUE.

(*Arbitration clause*), no debiera existir en este momento ninguna duda de que nos encontramos, como ya hemos apuntado más arriba, ante una verdadera atribución de la competencia jurisdiccional que se realiza en virtud de una cláusula incorporada a un contrato, pero que no cambia en absoluto la naturaleza plenamente jurisdiccional del Juez de la Unión. De esta manera, se ha llegado a calificar el término anglosajón "*arbitarion clause*" como de "*engañoso*", estimando que "*donde el Tribunal General pronuncia una Sentencia en virtud de una "cláusula compromisoria" actúa no como un árbitro, sino como un Tribunal que pronuncia sentencias que pueden ser ejecutados directamente*"[7]. Apreciación esta última, que viene plenamente reforzada por la redacción propia del art 274 TFUE que interpretado sistemáticamente con el art 272 TFUE, nos muestra la cláusula compromisoria como una auténtica cláusula derogatoria de la competencia ordinaria del juez nacional en virtud de un pacto de sumisión de ambas partes, similar al previsto para el fuero territorial en el Art 55 de la Ley de enjuiciamiento Civil Española. Si esta afirmación la ponemos en conexión con el hecho de que no existe, en virtud de los tratados, ninguna posibilidad de someter las resoluciones del TJUE a un procedimiento destinado al reconocimiento y ejecución similar al previsto para los laudos arbitrales, llegamos a la conclusión de que cuando acudimos al TJUE ejerciendo la acción prevista en el Art 272 TFUE, este último actúa investido de una auténtica *postestas decidendi* y que nos encontramos ante una verdadera cláusula atributiva de la competencia jurisdiccional.

3.- NORMAS PROCESALES: COMPETENCIA, REQUISITOS DE LA ACCIÓN EJERCITADA Y LEGITIMACIÓN

En relación con las normas de carácter procesal que regulan el ejercicio de la acción derivada del Art. 272 TFU, podemos comenzar señalando que, por lo que respecta a la competencia objetiva para conocer de los asuntos relativas en primera instancia, desde la entrada en vigor el 1 de junio de 2004 de la Decisión del Consejo 2004/407/CE[8], todas las reclamaciones basadas en una cláusula compromisoria son competencia en primera instancia del TG, con posibilidad de recurso de casación ante el TJUE. Con anterioridad al 1 de junio de 2004 la competencia en materia de cláusulas contractuales se hacía depender del demandante, resultando que, si se trataba de la Unión Europea, es decir de unos de sus entidades, órganos u organismo, se producía una asunción de la competencia de modo automático por el TJUE, con la consecuente pérdida de derechos de los particulares ante la imposibilidad de acudir a una segunda instancia. Así, y en virtud del Art 256 TFUE, tras esta modificación el TG conoce sin excepción de la totalidad de las acciones planteadas en esta materia.

---

7 Laenerts, Maselis, Gutman, "Eu procedural Law", pag. 689

8 Decisión del Consejo de 26 de abril de 2004 por la que se modifican los artículos 51 y 54 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia (2004/407/CE, Euratom)

En relación a la acción ejercitada, existe común acuerdo doctrinal en que los requisitos de la acción vinculada al Art. 272 TFUE deben ser los siguientes.

➤ Debe estar prevista en un contrato de derecho público o privado. En este punto, debemos destacar que en materia de cláusulas compromisorias siempre hablamos de responsabilidad contractual, que, en el caso de no estar prevista la cláusula, debería ser competencia como hemos destacado anteriormente de las jurisdicciones nacionales en virtud de lo previsto en el los Arts. 268 y 340 párrafo II TJUE.

➤ Debe ser interpretada restrictivamente en tanto que competencia derogatoria[9]. A este respecto es significativo que el Tribunal General base su competencia en materia contractual en "*un análisis riguroso y razonado, con vistas a respetar la distribución competencia entre los tribunales de la Unión y los tribunales nacionales*"[10].

➤ Debe ser un contrato que vincule a la Unión Europea, entendido como tal cualquiera de sus órganos, organismos, instituciones o entidades con personalidad jurídica para obrar, realizado con un tercero, que puede ser una persona física o jurídica. [11]

➤ Debe estar prevista en el contrato. Está conclusión la podemos extraer del Art. 78.4 del Reglamento de procedimiento del Tribunal General que dispone que si la demanda se presenta en virtud de una cláusula compromisoria prevista en el Art. 272 TFUE deberá ir siempre acompañada de un ejemplar del contrato que contiene dicha cláusula. Sin embargo, este formalismo, es interpretado de manera flexible por el Juez de Unión, llegando a decir que el antiguo art. 44.5 del Reglamente de Procedimiento tiene una finalidad probatoria y que la formalidad que establece debe, por tanto, reputarse cumplida cuando los documentos aportados por la demandante permiten al Tribunal tener un conocimiento suficiente del acuerdo adoptado por las partes del litigio consiste en sustraer a los tribunales nacionales la controversia que les enfrenta en relación con el contrato, para someterla a los tribunales de la Unión[12].También ha aceptado la integración contractual de cláusula compromisoria no prevista en el contrato, si la misma sin embargo lo está en la norma reglamentaria que le da base. Así refiere que "*el artículo 1 del Regla-*

9 A esto se refiere la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435.

10 Neframi, E. "Le contentieux des clauses compromisoires », p. 563 en Mahieu, S. (dir.) *Contentieux de L' Union européenne* »

11 Sentencia ADR center/Commision 20 de julio de 2017, T- 644/14.

12 Sentencia del Tribunal de 8 de mayo de 2007, Citymo/Comisión, T-271/04, Rec. p. II-1375, apartado 56 Sentencia de 19 de septiembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435, p. 146.

mento nº 1799/1999 dispone que el suministro se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento nº 111/1999. En consecuencia, la cláusula que figura en el artículo 16 de este último Reglamento forma parte integrante del contrato de suministro y debe considerarse una cláusula compromisoria en el sentido del artículo 272 TFUE" [13].

Por otro lado, en cuanto al *derecho adjetivo aplicable*, en virtud de la naturaleza de este procedimiento en cuestión, resulta claro que se aplicarán las normas propias del derecho procesal europeo, es decir, los estatutos y protocolos tanto del TG como del TJUE, y en ningún caso las normas procesales de carácter nacional, vista la *potestas iurisdictionis* que ejerce el TG cuando conoce de estos asuntos en primera instancia. En esta línea, el Art 272 TFUE ha sido considerado por el propio TG como el marco procesal específico previsto para dirimir estos litigios de un modo prioritario en relación con las normas procesales nacionales [14].

Asunto distinto será, (y esto no lo contempla la norma aplicable), que el propio contrato no otorgue competencia exclusiva al TJUE, pudiendo darse casos de *lis abili pendens*[15]. Para encrucijadas de este tipo (encrucijadas difíciles de evitar en una materia donde se deben considerar diversas normas, principios y sistemas jurídicos), la seguridad jurídica y el principio de prudencia aconsejan a las instituciones europeas hacer un estudio sosegado y cauteloso del redactado de las obligaciones contractuales que contraen en pos de evitar problemas de competencia o de ejecución.

Por último y por lo que respecta a las partes procesales, del redactado del Art. 272 TFUE se desprende que no es posible demandar a un tercero que no forme parte del contrato[16]. Ahora bien, siendo esto así, el TG ha considerado que, vista la naturaleza de determinadas instituciones de derecho privado como las "estipulaciones en favor de tercero", es posible su estipulación en un contrato entre dos partes entre las que no se incluya una institución de la UE[17].

---

13 Sentencia du 17 janvier 2013, Geodis Calberson GE, C-623/11, EU:C:2013:22, p.29 y

14 Sentencia de 19 de septiembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435, puntos 117 y 118.

15 Laenerts, Maselis, Gutman, "Eu porcedural Law", pag. 692 citando el asunto C-214/08 P Guigard v Commission mencionado a su vez por la Sentencia de 18 de abril de 2013, Commission/Systran et Systran Luxembourg, C-103/11 PEU:C:2013:245, p. 64 y 65.

16 Sentencia de 19 de septiembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435, puntos 117

17 Sentencia de 19 de septiembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435

4.- DE QUÉ HABLO CUANDO HABLO DEL JUEZ DEL CONTRATO (OBJETO DEL PROCESO, DESLINDE CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA)

El Objeto del proceso según la doctrina procesalista tradicional viene determinado tanto por la petición que se plasma en el suplico de la demanda, como por la causa de pedir o *causa paetendi* que se configura por los hechos y los fundamentos jurídicos que sustentan la petición del demandante, y eventualmente las del demandado, que en el marco de la misma relación contractual presente una demanda reconvencional. Por lo que respecta al alcance material de la competencia objetiva y funcional en materia de cláusulas compromisorias, con carácter preliminar debemos decir que a priori la extensión de dicha competencia puede llegar a ser tan ilimitada como ilimitadas son las materias que pueden ser objeto de acuerdo contractual por parte de la Unión en materias tanto de derecho público como derecho privado. Así, el Juez de la Unión está llamado a pronunciarse sobre la validez, aplicación e interpretación de los obligaciones y derechos derivados del contrato, velando por los intereses financieros de las partes, que pueden abarcar, desde la financiación de determinados proyectos hasta la contrata de determinados servicios, entre los que se encuentra desde luego la prestación de servicios por cuenta ajena que regula el contrato de trabajo.

Así pues, vista esta consideración, es necesario determinar caso por caso cuál sea el objeto del proceso, para delimitar el alance competencial del TG en primera instancia, y poder analizar las problemáticas que estamos encontrando en el terreno práctico, tales como la delimitación en relación con la acción de responsabilidad extracontractual o con la ejercida mediante el recurso de anulación del Art. 263 TFUE, o la posibilidad de recalificar la acción ejercitada en el caso concreto.
En relación con la diferenciación apuntada con la responsabilidad extracontractual, el Juez de la Unión debe en el caso concreto examinar las cláusulas contractuales alegadas para poder determinar si en el caso concreto nos encontramos ante la exigencia de responsabilidad derivada del contrato o no. Es básico para ello examinar la conexión entre la reclamación presentada y las normas pactadas que aparecen en las cláusulas contractuales, poniéndolas en consideración de manera global con los elementos de hecho alegados por las partes.

En materia de responsabilidad extracontractual, la competencia ex. Art 340 párrafo II y Art. 268 TFUE es en todo caso del Juez de Unión[18]. De este modo, el TJUE ha mantenido que la alegación de normas jurídicas vinculantes que no han sido respe-

---

ppuntos 133 a 138.

18 EL TJUE en su Sentencia de 18 de abril de 2013, Commission/Systran et Systran Luxembourg, C-103/11 PEU:C:2013:245, p. 66 y 67 mantiene que el TG erró en la interpretación la controversia como no contractual, estimando por ello la falta de competencia del mismo para dirimir la controversia.

tadas por las partes en la ejecución del contrato no puede tener por consecuencia el alterar la naturaleza contractual de la controversia alterando las normas de competencia y jurisdicción[19]. Del mismo modo, el TG ha determinado que en un asunto en el que las demandantes se basan únicamente en la vulneración de obligaciones de origen extracontractual, la mera invocación por la otra parte contratante de obligaciones de origen contractual que no forman parte del objeto del litigio no puede tener por efecto modificar el carácter extracontractual del litigio y así modificar las normas que regulan la atribución jurisdiccional de los asuntos[20]. El TJUE viene a su vez a matizar esta afirmación señalando que cuando la interpretación de uno o varios contratos celebrados entre las partes resulta indispensable para determinar la legalidad o ilegalidad del comportamiento reprochado a las instituciones, el litigio queda fuera de la competencia de los tribunales comunitarios.[21]

En relación con el recurso de anulación, el Art 263 TFUE atribuye al TJUE la competencia para través del mismo para controlar "la legalidad de los actos legislativos, del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros; así como la legalidad de los actos de los órganos y organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros". Prima facie, visto el contenido de dicho recurso de anulación, podemos entender que el mismo está previsto cuando cualquier interesado cuestiona la legalidad de un acto administrativo que emana de las instituciones Europeas en uso de sus prerrogativas de poder público. De esta manera, según reiterada jurisprudencia, esta competencia sólo abarca los actos incluidos en el artículo 288 TFUE que las instituciones deben adoptar cumpliendo los requisitos previstos por el TFUE, haciendo uso de sus prerrogativas de poder público. (en este sentido, los autos del Tribunal de 10 de mayo de 2004, Musée Grévin/Comisión, T-314/03, Rec. p. II-1421, apartados 62, 63 y 81, y Evropaïki Dynamiki/Comisión, citado en el apartado 18 supra, apartado 39)[22]. En buena lógica y de conformidad con el estudio que estamos llevando a cabo, cuando se ejerce la acción propia del Art 272 TFUE, las instituciones en tanto que actores de una relación contractual *inter pares*, actúan desprovistas de las prerrogativas públicas que le son propias, como contratantes particulares (o como empleadores en el caso del contrato de trabajo).

Esta distinción de efectos, a la hora de determinar la extensión de la jurisdicción y

---

19 Laenerts, Maselis, Gutman, "Eu porcedural Law", pag. 692

20 Sentencia de 16 de diicmebre de 2010, Systran et Systran Luxembourg/Commission, T-19/07, EU:T:2010:526, recurrida en casación y anulada al considerar que nos encotrabamos ante una caso de responsabiidad contracutal y no extracontractual por arrêt du 18 avril 2013, Commission/Systran et Systran Luxembourg, C-103/11 P, EU:C:2013:245

21 arrêt du 18 avril 2013, Commission/Systran et Systran Luxembourg, C-103/11 P, EU:C:2013:245, p. 80.

22 ordonnance du 12 octobre 2011, Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commission, T-353/10, EU:T:2011:589, p. 23.

competencia del TJUE no es baladí, ya que, verbigracia, un recurso interpuesto en virtud del artículo 263 TFUE, pero que debería basarse en el artículo 272 TFUE, podría llegar a desvirtuar la competencia jurisdicción del juez de la Unión, estrictamente resultante de la cláusula compromisoria, la que además, a diferencia del recurso de anulación, sólo permite su ejercicio a las partes legitimadas para ello de conformidad con los pactos contractuales.

Sin embargo, la teoría, siempre tan límpida y cristalina, en ocasiones topa de bruces con la cruda realidad que nos muestra como las zonas "grises" se viene presentando de manera inveterada en todo tipo de cuestiones, desde la más profana hasta la aparentemente más técnica.

Y es que no es difícil imaginar que, incluso en el marco del derecho contractual, tanto público como privado, la administración pública no puede desnaturalizarse y por ello, siempre actúa como tal, presentándose casos en los que puede ser complicado diferenciar cuando actúa como poder investido de prerrogativas públicas y cuando en el marco de una relación puramente contractual. No son así, raros los casos que en derecho comparado, nos muestran una administración pública investida de ciertas prerrogativas, lo que nos lleva a preguntarnos, como tratar los asuntos en los que la Unión ha firmado un contrato derecho público o privado con un tercero y pronuncia actos administrativos en el marco del mismo, cuestión que se ha abordado con las denominadas cartas de débito o en el caso de créditos o subvenciones, en los que se adoptan títulos ejecutivos en el marco de un crédito concedido a un tercero.

Para facilitar la diferenciación de los casos en que ambas acciones pudieran confundirse, se trata por parte de la jurisprudencia y doctrina de determinar cuando los actos administrativos, a pesar de dictarse en un contexto contractual pueden ser separables de los efectos propios del contrato (doctrina de los actos separados). Así, el acto separable del marco contractual no solamente es el acto unilateral, sino el acto unilateral separado del contexto contractual el que determina la posibilidad de ejercer el recurso de anulación[23], siendo también importante para determinar la separabilidad del acto, si el mismo es susceptible de producir efecto frente a terceros no vinculados por la relación contractual[24].

En los últimos tiempos la jurisprudencia tanto del TG como del TJUE ha afrontado la cuestión del deslinde entre el recurso de anulación y la acción derivada de una cláusula compromisoria, abordándolos con una orientación pragmática[25]. Así, en

---

23 Autos 10 de mayo de 2014 musée Grévin/Commission , op. cit., points 77 et 78, y auto Trib UE, 12 octobre 2011, Lito maieftiko
Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commission, T-353/10, rec., p. II-7213, point 28.

24 EFRAMI, N. Le contentieux de clauses compromissoire, p. 543.

25 Sentencia TJUE 9 de septiembre de 2015, Lito Maieftikoo Gynaikologkio kai Cheirourgiko Kentroc.

muchas ocasiones, las cartas mediante las cuáles una institución informa a la otra parte solicitando el reembolso de su crédito, así como las notas de débito basado en los términos del contrato han sido consideradas como un acto inseparable del contrato y por tanto no susceptible de ser impugnado por la vía del Art. 263 TFUE. En relación a las notas de débito el Tribunal ha dicho que "*efectivamente, la nota de adeudo debe entenderse como un requerimiento en el que se indican la fecha de vencimiento y las condiciones de pago, sin que pueda asimilarse a un título ejecutivo, aunque mencione la vía ejecutiva del artículo 299 TFUE como una opción posible entre otras de las que dispone la Comisión para el supuesto de que el deudor no cumpla su obligación en la fecha de vencimiento fijada"*[26]. Afirma Pelikanova a propósito de este tipo de asuntos que es importante mantener la diferencia entre derecho contractual y derecho administrativo especialmente cuando el Juez de la Unión actúa como juez contractual generalmente en asuntos en que las personas jurídicas privadas o particulares acuden al tribunal por haberse beneficiado de subvenciones financiadas con cargo al presupuesto de la Unión.[27]
En relación a estos títulos ejecutivos, el Art 299 TFUE (antiguo artículo 256 TCE) dispone que los actos del Consejo, de la Comisión o del Banco Central Europeo que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados serán títulos ejecutivos y que la ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en donde se ejecute. Así pues, encontramos dudas cuando, en el marco de contratos de derecho público o privado que contengan una cláusula compromisoria, la Unión está emitiendo declaraciones de voluntad que puedan ser consideradas actos encuadrables en el Art 299 TFUE y, hasta que puntos pueden ser impugnados por la vía del Art 2727 TFUE o por la vía del recurso de anulación del Art 263 TFUE, y si, en puridad la propia institución está legitimada para dictarlos en marco contractual.

A este respecto, el último gran hito jurisprudencial en cuestión ha sido el asunto ADR/Commision afrontado tanto en primera instancia por el TG, como en segunda por el TJUE y que ha venido a matizar o a abordar nuevos aspectos (según algunos autores a cambiar la orientación respecto a otros asuntos ya resueltos por el mismo como Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commission, C-506/13 P, EU:C:2015:562)

En este orden de cosas, recordar que la Sentencia dictada en el caso de Lito Maieftiko en su punto número 16 refiere que como se desprende de la jurisprudencia constante el recurso de anulación previsto en el Art 263 TFUE se dirige

---

Commision(C-506/13 P, EU:C:2015:562, Sentencia 16 de julio de 2020 ADR Center c. Commision (C-584/17 P, EU:C:2020:576)

26 Sentencia de 9 de septiembre 2015, Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commission, C-506/13 P, EU:C:2015:562, p. 23.

27 Pelikanova «Clauses compromissoires; fin de la distinction entre droit contractuel et droit administratif ? en Jouurnal de droit européen . p. 111.

únicamente a la impugnación de actos de las instituciones que producen efectos frente a terceros y que están previstos en el art 288 TFUE, no pudiendo aplicarse en el marco contractual, razón por la cual la Comisión debía evitar la utilización en el marco contractual de fórmulas ambiguas que pudieran ser percibidas como el ejercicio de un poder unilateral de decisión[28]. En dicha resolución concluía el TJUE que en el caso concreto al tratarse de una simple nota de débito, la Comisión no estaba ejerciendo prerrogativas asimilables al título ejecutivo previsto en el Art 299 TFUE, y que, por lo tanto era inadmisible una acción basada en el recurso de anulación del art. 263 TFUE.

Por otro lado, en el asunto T.644/14, Sentencia ADR/Center c. Commision el tribunal examinó el ejercicio conjunto de un recurso de anulación contra una decisión de las previstas en el Art 299 TFUE formando título ejecutivo y un recurso contractual relativo a la ejecución o inejecución de un contrato relativo a una subvención. Concluyó el TG, así como las conclusiones de la Abogada General M. Kokott y la Sentencia de Casación de 16 de julio de 2020 C- 584/17, que en el caso concreto, si bien mantenía con la misma claridad que la Comisión no podía en el marco de una relación contractual ejercer potestades ejecutivas de carácter unilateral, sí que era conforme a derecho ejercerlas en el caso concreto pues esa potestad en el marco de la relación contractual de subvención estaba permitida en virtud del Art 79 párrafo II de reglamento de Financiación (hoy artículo 100)[29]. Dicha interpretación, lejos de ser considerada pacifica en la doctrina ha llegado a ser tachada de incomprensible y contradictoria[30].

A este respecto y sin ánimo de extenderme mucho en una materia tan compleja como delicada, me gustaría al hilo de esta problemática apuntar tres consideraciones que desearía que fuesen en la medida de lo posible, útiles en el futuro. La primera, como ya he dejado entrever más arriba, que no siempre es fácil que la administración pública cuando actúa en el marco contractual se pueda desembarazar de su propia naturaleza y pueda actuar sin más como una persona cualquiera que ejerce sus derechos en posición de igualdad. Así, no son raros en el marco del derecho comparado los casos en que la administración ejerce prerrogativas en el marco de contratos de derecho público que pueden tener un determinado clausulado (no debemos olvidar que el Art 272 TFUE habla de contratos de derecho público y privado). Otro aspecto, importante entiendo, es abordar esta cuestión partiendo del concepto de competencia administrativa, es decir, considerando los actos administrativos que la administración pública puede dictar en el caso concreto, es decir la legitimación de la que venga investida para actuar, y por lo tanto qué actos puedan ser impugnables ex. Art 263 TFUE sin perjuicio de que el

28 Lito maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commission, T-353/10, rec., p. II-7213, p. 20.

29 Sentencia ADR center c. Commision C- xxx /17, p. 70.

30 I. Pelikanova, «Clauses comprommisoires: fin de la disctinction entre droiit contractuael et droit administratif», en Journal de droit européen, p. 111.

contrato que vincule a las partes pueda estar regido por la ley nacional aplicable. En último lugar, y considerando que la relación contractual se rige por un derecho nacional, y siendo en estos casos la competencia del TJUE derogatoria del mismo, en principio y por coherencia carecería en principio de fundamento sistemático una norma (siempre hablando desde el punto de vista competencial) que otorgue la Unión competencias unilaterales sobre materias de las que en puridad no puede disponer pues son competencia de los órganos jurídicos nacionales.

En cualquier caso, es importante siempre y en todo momento el estudio caso por caso, y, desde luego sería deseable, que al menos en materia de derecho público europeo (v.g en subvenciones) para evitar problemas de carácter dogmático las partes contratantes dejaran claro cuáles son las facultades de las instituciones y cuál es el derecho aplicable[31].

En lo que respecta a la diferenciación entre la acción prevista en el Art 263 TFUE y la del art 272 destacar también que en aplicación de principio *pro actione* se admite la recalificación de la acción cuando ejerciéndose la del Art 263 TFUE, la misma por algunas de las razones expuestas es inadmisible, y sin embargo cumple los requisitos del ART 273 TFUE. Así, señala el Tribunal que "*Por lo que respecta a la posibilidad de recalificar parcialmente el presente recurso como recurso interpuesto sobre la base del artículo 272 TFUE, procede recordar que, según una jurisprudencia consolidada, cuando se le somete un recurso de anulación o un recurso de indemnización, siendo así que el litigio es, en realidad, de naturaleza contractual, el Tribunal procede a recalificar el recurso, si concurren los requisitos de tal recalificación (sentencia de 19 de septiembre de 2001, Lecureur/Comisión, T-26/00, Rec, EU:T:2001:222, apartado 38; auto de 10 de mayo de 2004, Musée Grévin/Comisión, T-314/03 y T-378/03, Rec, EU:T:2004:139, apartado 88, y sentencia de 17 de junio de 2010, CEVA/Comisión, T-428/07 y T-455/07, Rec, EU:T:2010:240, apartado 57). En cambio, en un litigio de carácter contractual, el Tribunal considera que no puede recalificar un recurso de anulación cuando la voluntad expresa de la parte demandante de no basar su recurso en el artículo 272 TFUE se opone a tal recalificación, o cuando el recurso no se fundamenta en un motivo derivado de la vulneración de las normas*

31 Podemos encontrarnos en incluso el caso de no existir cláusulas compromisorias en favor del juez de la Unión ante posibles casos de litispendencia.
Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commission, c-353/10, rec., p. II-7213 señala que (...) La orden de ejecución será consignada, sin otro control que el de la comprobación de la autenticidad del título, por la autoridad nacional que el Gobierno de cada uno de los Estados miembros habrá de designar al respecto y cuyo nombre deberá comunicar a la Comisión y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cumplidas estas formalidades a instancia del interesado, éste podrá promover la ejecución forzosa conforme al Derecho interno, recurriendo directamente al órgano competente. La ejecución forzosa sólo podrá ser suspendida en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, el control de la conformidad a Derecho de las medidas de ejecución será competencia de las jurisdicciones nacionales."

que regulan la correspondiente relación contractual, ya sean cláusulas contractuales o disposiciones de la ley nacional designada en dicho contrato (véase la sentencia CEVA/Comisión, citada en el apartado 58 supra, EU:T:2010:240, apartado 59 y jurisprudencia citada)[32]*"*

En relación al derecho aplicable al contrato, como ya hemos apuntado resulta indiscutible a causa de la naturaleza derogatoria de la acción prevista en el art 272 TFUE que precisamente, la ley aplicable es la ley nacional aplicable al contrato[33]. Así lo ha recordado el Tribunal diciendo que en el marco de la cláusula compromisoria los litigios deben resolverse sobre la base de la ley aplicable al contrato[34]. En relación a la efectiva aplicación e interpretación del contrato es importante destacar dos cosas. Primero, que por más completo y previsor que sea el clausulado contractual siempre debe estar referido a un determinado ordenamiento jurídico pues incluso en derecho privado, hay principios de orden público que pueden convertir una cláusula en nula, según el ordenamiento jurídico o legislación aplicable en la que nos encontremos (y esto no ha sido ignorado por el Juez de la Unión, por ejemplo, en el caso hipotecario). Y segundo, que, en el caso de que el contrato no prevea cual es el derecho u ordenamiento jurídico aplicable habrá que acudir a instrumentos de conflictos de leyes propios del derecho internacional privado, siendo el más destacable en derecho de la Unión el Reglamento de Roma I del año 2008, al que aludiremos más profundamente con motivo de la especial mención del Juez de la Unión como juez del contrato de trabajo. En relación a los instrumentos de conflictos de leyes propios del derecho internacional privado, señalar que es importante siempre abordarlos en primer lugar acudiendo a las normas tradicionales de la hermenéutica contractual, así como a los instrumentos de derecho internacional privado que puedan ser aplicables a los nacionales partes en el contrato[35].

---

32 Arrêt du 6 octobre 2015, Technion et Technion Research & Development Foundation/Commission, T-216/12, EU:T:2015:746

33 Arrêt du 11 juillet 2019, IPPT PAN/Commission et REA, T805/16, non publié, EU:T:2019:496, point 43 et jurisprudence citée)

34 arrêt du 27 octobre 2021, Egis Bâtiments International et InCA/Parlement, T-610/20, non publié, EU:T:2021:735, p. 23 a 25.

35 No existe unanimidad en la doctrina tradicional acerca de alcance que debe asignarse a la autonomía de la voluntad contractual en la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales. Dentro de las principales teorías podemos apuntar la de la localización objetiva de Battifol que determina que es el Juez quien la debe determinar, valorando diversos actos de las partes, otra tesis que apuesta por la plena autonomía de la voluntad, pero con ciertos límites como el orden público, normas de policía y derecho extranjero más conectado con el asunto. Expresión también de esta última es la inglesa denominada "the proper law of the contract" que se identifica con aquella a la que las partes se someten de manera explícita o implícita. Siendo destacable en el ámbito latinoamericano las teorías de Goldschmidt y Boggiano que distinguen entre "autonomía conflictual" y "autonomía material". La primera supone el derecho de las partes de elegir el derecho aplicable al contrato, no siendo impugnable la elección del derecho por la vía del orden público pues la mera elección no puede ser contraria al orden público. La segunda permite excluir las normas incluso las de derecho coactivo, resultando esta teoría de autonomía plena, hasta el punto de admitir que se puede excluir cualquier derecho nacional.

Existe por último una teoría intermedia que sostiene que es posible elegir la ley del contrato, con la condición de que esté vinculado hasta cierto punto con el mismo (Villarroel Barrientos, Carlos y Ga-

En materia contractual, también se ha planteado la posibilidad de aplicar en todo caso, incluso en materia contractual los principios generales de derecho y europeo y la Carta de derechos Fundamentales. En este aspecto debemos destacar, a título preliminar que se ha venido admitiendo dicha posibilidad tanto por el TG como por el TJUE, que han venido a afirmar que las instituciones, órganos y organismos de la Unión no deben quedar sustraídos de la vigilancia en relación con el respecto de los principios rectores de la Unión, aun cuando actúan en el marco del derecho privado[36].Así han llegado a disponer que "*A este respecto, ha de subrayarse que el derecho a ser oído y la obligación de motivación, que invoca la demandante en el marco de sus motivos primero y tercero, se han reconocido en el artículo 41, apartado 2, letras a) y c), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), a tenor del cual las instituciones, órganos y organismos de la Unión están obligados, por una parte, a respetar el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente y, por otra, a motivar sus decisiones…. Así, el Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar que la Carta, que forma parte del Derecho primario, prevé, en su artículo 51, apartado 1, sin excepción, que sus disposiciones «están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad», y que, por ello, los derechos fundamentales están llamados a regular el ejercicio de las competencias que se atribuyen a las instituciones de la Unión, incluso en un marco contractual (sentencias de 3 de mayo de 2018, Sigma Orionis/Comisión, T-48/16, EU:T:2018:245, apartados 101 y 102, y de 3 de mayo de 2018, Sigma Orionis/REA, T-47/16, no publicada, EU:T:2018:247, apartados 79 y 80; véase también, por analogía, la sentencia de 13 de mayo de 2020, Talanton/Comisión, T-195/18, no publicada, recurrida en casación, EU:T:2020:194, apartado 73)*.[37]

Sin ánimo de resolver de *lege ferenda* esta cuestión, apuntar que esta conclusión tiene desde el punto de vista sistemático tanto luces como sombras. Las luces provienen del hecho de que, incluso en el marco del derecho internacional privado la autonomía de la voluntad plasmada en el instrumento contractual viene limitada por principios de orden público, que en el marco del Derecho Europeo vendrían determinados por los principios generales y la carta de derechos fundamentales

---

briel en la *Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales, en Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 17, Nº 2, 1990,)*

36 Sentencia de 14 de abril 2021, SGI Studio Galli Ingegneria/Commission, T-285/19, non publié, EU:T:2021:190 p. 72 que menciona la Sentencia de 16 juillet 2020, ADR Center/Commission, C-584/17 P, EU:C:2020:576, point 86 y arrêt du 16 juillet 2020, Inclusion Alliance for Europe/Commission, C-378/16 P, EU:C:2020:575, point 81

37 Sentencia de 24 de febrero de 2021, Universität Koblenz-Landau/EACEA, T-108/18, EU:T:2021:104

en cualquier caso[38]. Las sombras, sin embargo derivan de las premisas sobre las cuáles venimos fundamentando nuestro trabajo, pues si bien en un derecho tuitivo como el derecho del trabajo pueden encontrar dada la flexibilidad del mismo cierto acomodo, sin embargo en otros campos situados claramente en el marco del derecho privado podría ser discutible, pues no debemos olvidar que nos encontramos ante una competencia derogatoria de un determinado derecho nacional al que puede no serle de aplicación ni la Carta ni los principios generales del Derecho Europeo.

5.- ESPECIAL REFERENCIA AL JUEZ DE LA UNIÓN COMO JUEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO

Una vez determinada el régimen jurídico aplicable a la acción ante el TJUE prevista en el Art 272 TFUE, y su aplicación más reciente, cabe preguntarnos cuales son las cuestiones más importantes que, en el marco de aplicación normativo del contrato de trabajo pueden plantear problemas al Juez de la Unión.

Así, por cuanto antecede, una vez determinado que el Juez de la Unión deviene, en virtud de la cláusula compromisoria Juez del Derecho del Trabajo, y por ende desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español juez de la rama social derecho, debemos centrar este apartado en cuáles son las diferencias de principios a nivel de interpretación y aplicación de las normas jurídicas que rigen el contrato de trabajo con respecto al resto del ordenamiento jurídico contractual, para luego concretar aspectos importantes a tener en cuenta a la hora de elegir la ley aplicable al contrato según los principios ya vistos, y la manera de cohonestarlos con los principios de generales de Derecho del Trabajo internacional, terminando por destacar algunas sentencias interesante en la materia cuando el TG ha actuado como Juez del contrato de trabajo.

Lo primero que debemos recordar es la definición del contrato de trabajo y sus elementos para definir su objeto. Peses los riesgos que puede conllevar vista las diferentes legislaciones abordar una definición podemos intentar definirlos con unas notas generales que bien pueden partir de la propia diferenciación que ha establecido el TJUE diciendo que "… *los contratos de trabajo, de la misma manera que otros contratos relativos al trabajo por cuenta ajena, presentan ciertas particularidades en relación con los demás contratos, …en el sentido de que crean*

38 En los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (los "Principios de La Haya"), el primer instrumento normativo no vinculante elaborado y aprobado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en fecha 19 de marzo de 2015 se establecen en su Art 12 límites señalando que "*Un tribunal judicial puede denegar la aplicación de una disposición del Derecho elegido por las partes únicamente en el caso y en la medida en que su aplicación resulte manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de orden público del foro*."

una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario y en el sentido de que se ubican en el lugar del ejercicio de las actividades, lugar que determina la aplicación de disposiciones de Derecho obligatorio y de convenios colectivos" (*Sentencia du 15 janvier 1987, Shenavai, 266/85, EU:C:1987:11, punto 16)*

Así partiendo de estas notas podríamos definir pues el contrato de trabajo en marco de las instituciones (órganos u organismos de la Unión) de la Unión, como aquél por el cuál uno de ellos contrata a una persona para que preste servicios retribuidos, por su cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de unas de estas instituciones, que actúa como empleador o empresario. Así, el contrato de trabajo aplicable por el Juez de la Unión (sin perjuicio de los matices de cada legislación aplicable al caso como veremos), requiere un trabajo voluntario, personal, retribuido, dependiente por cuenta ajena y que debe excluir eso si la prestación de servicios por los funcionarios públicos.

En este caso, como sucede en ciertos derechos nacionales, es preciso establecer los límites entre el régimen jurídico aplicable funcionario o agente temporal por la Unión y el que puede ser aplicado al personal contratado en régimen laboral por la Unión o sus Instituciones. Así podemos encontrarnos (como puede pasar en derecho español con el personal estatutario-marco de la administración sanitaria en España), en este caso con zonas grises, que a veces pueden ser difíciles de delimitar y que tienen consecuencias verdaderamente importante en los derechos subjetivos tutelables según se aplique el ordenamiento laboral o el Estatuto de la Función Pública (resultando en ambos casos la competencia del TG en primera instancia), y que en sustancia se aplicarán o no según el personal haya firmado un contrato de trabajo, o por el contrario haya obtenido un nombramiento según el Estatuto de la Función pública europea.

Una vez determinado el objeto de la controversia, es preciso abordar una serie de cuestiones a tener en cuenta a la hora de aplicar el derecho laboral del contrato de trabajo, relacionados con la naturaleza y caracteres generales de las normas a aplicar, las normas existentes en el marco del derecho europeo, la elección de la ley aplicable en este contexto, así como la aplicación de esta materia por parte del Juez de la Unión.

5.1 Naturaleza del Derecho del Trabajo

Recuerdo la primera clase de derecho del trabajo a la que asistí, con el Catedrático de la Universidad de Murcia Jesús M. Galiana, y como nos dejó claro desde el principio que el derecho del trabajo es en esencia un derecho de mínimos y que ello conllevaba tener en cuanta una serie de aspectos a la hora de aplicar las distintas fuentes del derecho laboral. Así, una primera cuestión a tener en cuenta antes de aplicar esta rama del derecho es la relativa a su naturaleza mixta pública-privada. El derecho laboral nace como una rama del derecho que se desgaja del derecho privado, en concreto del arrendamiento de servicios con un carácter

eminentemente tuitivo[39]. Así, la misma marca su génesis en la búsqueda de equilibrio entre las relaciones entre empleador y trabajadores, que viene a provocar una intervención del estado que se fructifica en el reconocimiento y tutela de los trabajadores que se concreta en determinados derechos mínimos o necesarios ante sus precarias condiciones[40]. Es por ello, que tanto al afrontar la problemática de elegir la ley aplicable al contrato de trabajo, como a la hora de aplicarlo es necesario siempre tener en cuenta unos principios generales que han sido desatacados por la doctrina a la hora de regular esta rama del derecho y ello con independencia de que puedan encontrarse expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico en cuestión que proceda aplicar.

En este punto, y sin perjuicio de que podríamos mencionar numerosos autores y clasificaciones podemos partir para una primera línea base de principios de derecho del trabajo reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo, con 187 miembros (en delante OIT), para añadir en su caso, principios generales consolidados tanto en derecho comparado como en derecho de la Unión. Así la OIT estableció los principios y derechos fundamentales del trabajo y su seguimiento que fueron adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima reunión tenida lugar el 18 de junio de 1998, que señaló que todos los miembros por el mero hecho de serlo adquieren el compromiso *"de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la constitución,* ***los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios****, es decir:*

> *a) a la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;*
>
> *b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;*
>
> *c) la abolición efectiva del trabajo infantil, yd) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación ….".*

También debemos destacar en el mismo sentido la declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa que se adoptó el 10 de junio de 2008, y que da cumplimiento a todos los valores constitucionales de la OIT, pues este instrumento constituye una brújula para la promoción de una globalización equitativa basada en el trabajo decente con cuatro objetivos básicos que son promover el empleo; adoptar y ampliar medidas de protección social; promover el diálogo social y el tripartismo, y respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

---

39 Ha sido definido como "el ordenamiento jurídico como sistema de paz sea social y moralmente justo" (Alonso Olea)

40 ARREDONDO DEL RÍO, J.L., *El derecho laboral, su génesis, evolución y los poderes del juez de la materia,* en Revista Summa Iuris;vol, 1, No 1, pp 121-140; julio-diciembre.

En relación a los principios reconocidos de modo general en el contexto internacional de derecho comparado según la doctrina, tenemos el principio de indisponibilidad de las disposiciones de derecho necesario de carácter imperativo (que como veremos tendrán influencia en derecho internacional), el principio de la jerarquía normativa, el principio de la condición más beneficiosa, y el principio de "in dubio pro-operario". Estos principios son trasversales en múltiples ordenamientos y resaltan el carácter protector siempre del ordenamiento laboral. El primero establece que el clausulado del contrato no puede contradecir lo que disponga una norma protectora del trabajador de carácter imperativo, derive de ley o de Convenio Colectivo. El Segundo, el de jerarquía normativa que consiste en la aplicación preferencial de las normas mínimas inderogables; y en caso de concurrencia de la norma más favorable (legal, convencional colectiva o contractual individual). El de la condición más beneficiosa se basa en la conservación de derechos adquiridos (aunque puede tener matices según el ordenamiento a aplicar) y por último el "in dubio pro-operario "llama a resolver las dudas en la aplicación de las fuentes del derecho del trabajo a favor del trabajador.

5.2 Normas Laborales en el marco de la Unión. Derecho Laboral Europeo

Más allá de los principios del derecho laboral aplicable, que configurarían el marco internacional privado del mismo, al mismo desde el punto de vista del derecho necesario aplicable, es necesario recordar también la existencia de extenso marco normativo en el marco de la Unión Europea a nivel laboral del que creo las instituciones estarían vinculadas por las razones que diremos.

Para comenzar destacar la Carta Europea de derechos Fundamentales (2000/C 364/01) (publicada el 18 de diciembre de 2000 DOCE) la misma contiene disposiciones a nivel de derecho fundamental en sus arts. 29 a 33 que son directamente aplicables al contrato de trabajo, y relativas entre otras al derecho a la negociación colectiva, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil, conciliación de la vida personal y familiar o protección en los casos de despido injustificado, señalando expresamente en el Art 30 que "todo trabajador tiene derecho una protección adecuada en los casos de despido injustificado".

A su vez a nivel primario o "constitucional" **el título X (Arts 151 a 161) del Tratado Fundacional de la Unión Europea** (en adelante TFUE) tiene por rúbrica "política social" y en el mismo se declara sin ambages de ningún tipo que tanto La Unión y los Estados miembros tienen como objetivo "el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada" teniendo presentes tanto la Carta Social Europea[41] como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamen-

41 Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961

tales de los trabajadores, de 1989. En dicho capítulo amén de establecer la obligación de la Unión de promover el diálogo entre los distintos interlocutores sociales" (Art 152 TFUE), se nos dice que también debe promover la Comisión junto con otros cometidos que figuran en los Arts. 154 a 156 TFUE.

A su vez tiene importancia vital la posibilidad de promover los objetivos señalados en el Art 151 otorgándose a la Unión la facultad de apoyar y complementar la acción de los estados miembros en determinadas materias (entorno y condiciones de trabajo, protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato igualdad…) pudiendo establecer a tal fin "disposiciones mínimas " que habrán de aplicarse progresivamente por todos los estados miembros y entre las que se encuentran desde luego tanto las Directivas como las Decisiones del Consejo (ART 153.2 b) TFUE)[42].Por último en materias propias de derecho del trabajo establece este título la igualdad de retribución entre mujeres y hombres así como la necesidad de coordinar el régimen de vacaciones en todos los países de la Unión.

Así pues, del mencionado título del TFUE se desprende la existencia de un marco comunitario de derecho social y en particular de derecho del trabajo que se ha venido traduciendo en distintas Directivas Europeas que han venido a interpretarse como de aplicación directa en los distintos estados miembros según distintas resoluciones del TJUE, de lo que se desprende claramente como así indica el propio tratado en el apartado 2 letra b) que existe una serie de disposiciones mínimas, que no impiden a los estados miembros "mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados", con lo que claramente podemos entender que dichas disposiciones mínimas son claramente derecho necesario, integrado en el marco de derecho comunitario aplicable al menos tanto a los estados miembros como a las instituciones de la Unión como persona jurídicas responsables.

Desde el punto de vista puramente sustantivo, en el marco de este cuerpo de mínimos de derecho que podríamos considerar "necesario", tanto Parlamento como Consejo con las iniciativas propias de la Comisión han ido promulgando distintas Directivas en diversos campos de derecho material que han tenido una incidencia decisiva en el derecho europeo, llegando incluso a quedar constatado que las propias instituciones pueden verse afectadas por esta regulación. Así, contamos con la Directiva 79/7 relativa al principio de igualdad y que tiene sin duda una eficacia transversal especialmente en materia de derechos retributivos, cobertura y protección social. También especialmente destacable es la Directiva 1999/70/CE acuerdo marco de aproximación Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, que ha provocado por la vía de diversas cuestiones prejudiciales un cuerpo jurisprudencial de influencia decisiva en el ordenamiento español a través de la denominada saga "De Diego Porras". A su vez la Directiva

42 Excluye de estas materias ordenación de la protección social y la exclusión social)

2003/88/CE Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de aplicación, como la primera mencionada, transversal y que tiene relevancia tanto a nivel de retribución de vacaciones, guardias o fijación de tiempos mínimos de descanso por las distintas legislaciones. También existe una importante Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, respecto de la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en reciente Sentencia de **11 de noviembre de 2021 (C-948/19),** [43]en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por Lituania, ha señalado que puede ser aplicable a una agencia de la Unión Europea como le Instituto Europea de Igualdad de Género.[44]

Para concluir este apartado debemos destacar el Pilar Europeo de Derechos Sociales establecido en Goteburgo en el año 2017 que refleja la voluntad por parte del órgano ejecutivo de la Unión de establecer un marco de principios generales mínimos en materia social entre los que se encuentran 20 principios de los que podemos destacar a efectos laborales los relativos a la igualdad de oportunidades, empleo y seguro y estable, protección en caso de despido, empleo seguro y adaptable. Estos principios que conforman el Pilar Social si bien son parte de la *soft*

43 En el caso en cuestión se trataba de un contrato laboral de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una agencia de la Unión Europea que, al no tener una sumisión expresa prevista en el Art 272 TFUE era competencia de los tribunales Lituanos

44 El resumen de la cuestión es: En 2012, fue adjudicataria de un contrato público del Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE), una agencia de la Unión con sede en Vilna (Lituania), que tenía por objeto la prestación de servicios de puesta a disposición de personal con carácter temporal. contratos de trabajo con Manpower Lit y trabajaron en el EIGE como asistente e informático, respectivamente. En sus contratos se precisaba que trabajarían para el usuario, - el EIGE - que les indicaría el miembro del personal responsable de impartir instrucciones. Los contratos establecían asimismo su duración, (hasta la fecha en la que el EIGE dejase de solicitar que se cubriera el puesto correspondiente a las funciones en cuestión). extinguieron entre abril y diciembre de 2018, acudiendo los trabajadores en reclamación de los salarios que consideraban adeudados a la Comisión de conflictos laborales de la sección territorial de Vilna de la Inspección de Trabajo. 1) El artículo 1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva la puesta a disposición del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), por parte de una empresa de trabajo temporal, de trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo con dicha empresa, con el fin de realizar prestaciones laborales en dicho Instituto.2) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que puede considerarse que el puesto de trabajo ocupado por un trabajador puesto a disposición del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE) por una empresa de trabajo temporal constituye el «mismo puesto», en el sentido de dicha disposición, aun suponiendo que todos los puestos de trabajo para los que el EIGE contrate trabajadores directamente incluyan tareas que solo puedan ser desempeñadas por personas sometidas al Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea". Dicha Comisión consideró que los recurridos en el litigio principal ejercían de hecho las funciones de miembros del personal permanente del EIGE y que sus condiciones retributivas deberían corresponder a las aplicadas por este a sus agentes contractuales

law comunitaria[45] sólo ya por existir y por tener previsto un plan de acción para su desarrollo aprobado el 4 de marzo de 2021[46] , podemos señalar que deben al menos tener una eficacia al menos como principios generales del derecho, y desde luego ser considerados también a nivel de interpretación tanto teleológica como sistemática.

5.3 La elección de la ley laboral aplicable al contrato y su posible conflicto con mínimos de derecho necesario "europeo"

En relación a la elección de la ley laboral aplicable, como ya hemos apuntado, es necesario comprobar si en el contrato en cuestión si existe una previsión concreta de cuál es el derecho aplicable. A falta de pacto, entra en juego la normativa de conflicto, que como hemos visto puede variar, pero que, al encontrarnos ante órganos, Organismos e instituciones de la Unión Europea, consideramos que sin perjuicio de la valoración que pueda hacerse caso por caso, los conflictos de leyes en materia de contrato individual del trabajo se deben resolver en un espacio europeo por el Art. 8 del Reglamento Roma I[47] que a su vez desplazó el artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1990.

Dentro de las normas que prevé el Reglamento Roma I para la elección del contrato de trabajo lo primero a destacar es que, si bien sigue el criterio de derecho internacional privado relativo a la libre elección de las partes, de conformidad con el considerando núm. 34 del mismo, dicha elección, siguiendo los principios más básicos de derecho laboral no podrá tener por resultado en virtud de los que dispone el Art 8 derogar disposiciones normativas de carácter necesario.

Comienza en su apartado primero por dar libertad a las partes, poniendo el límite de que la elección "no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, sería aplicable…": Luego establece como "derecho necesario" el del país que resulte aplicable según las reglas siguientes, siempre a falta de pacto.

El apartado segundo del artículo dedicado al contrato individual y se establece que regirá el país en donde se realiza la prestación. De modo expreso habla de "a ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente".

En el tercer apartado señala que se aplicará el del país donde está situado el es-

45 Recomendación 2017 /761 de 26 de abril de 2017 sobre el Pilar europeo de Derechos Sociales.

46 COM/2021/102 Final Plan de acción del pilar Europeo de Derechos Sociales.

47 Sentencia de 10 noviembre 2021, Jenkinson/Conseil e.a., T-602/15 RENV, EU:T:2021:764, p.013

tablecimiento a través del cuál ha sido contratado.

En el apartado 4, establece que "si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país."

La aplicación del denominado derecho necesario en el marco de esta norma conflicto, es importante y a su vez puede presentar problemas interpretativos. Es importante porque como hemos señalado, resalta la importancia del derecho del trabajo como derecho social, protector de los derechos de la parte contractual más débil. A la vez, presenta un criterio que, a la hora de delimitar la autonomía de la voluntad de las partes resulta revelador, pues la elección de la ley, es decir del ordenamiento jurídico nacional aplicable al contrato no podrá excluir las normas de derecho necesario de la ley que sería aplicable según los criterios 2, 3 y 4. Esto es, no sólo establece como límite de la autonomía de la voluntad el denominado orden público del país o del foro que sería aplicable como por costumbre se establece en derecho internacional privado, sino que viene a establecer una ley (al final un ordenamiento jurídico concreto) que debe aplicarse de modo prioritario a la ley elegida por las partes en el caso de que las mismas elijan una ley que perjudique o restrinja derechos reconocidos por la primera.

En este punto, se puede por ello plantear el problema de la ley aplicable en el contrato de trabajo, cuando en aplicación del Reglamento Roma I el resultado fuese optar por una ley que no reconociese derechos básicos al trabajador que estén reconocidos en la Carta de derechos fundamentales o en el marco de los principios del pilar social de la Unión europea. Así, nos podríamos encontrar con el problema de una institución que contrata personal laboral sin prever la ley aplicable en el contrato pudiera llegar a determinar cómo ley aplicable una norma laboral que no reconociera derechos básicos del trabajador. Sin necesidad de poner un ejemplo demasiado peregrino, pero podría, en aplicación de las normas de derecho internacional privado determinarse como derecho aplicable, verbigracia, el derecho estadounidense, el cual contiene instituciones como el despido libre o *employmnent at will*[48], tan arraigadas como contrarias a los principios básicos del derecho europeo.

Ante esta encrucijada, cabe preguntarse: ¿Es posible entonces que el juez de

48 Como expresó la Corte Suprema de Wisconsin en el caso Bammert, el empleo a voluntad es central en una economía de mercado y sirve en interés de ambas partes (empleador y trabajador) porque maximiza la libertad de ambos. Señaló, además, que se puede despedir, incluso, cuando es injusto, desafortunado o duro y que generalmente los trabajadores pueden ser despedidos a voluntad del empleador por cualquier razón, sin causa o una mala causa, salvo que este sea ilegal. Este despido libre o empleo a voluntad hay que señalar que si bien hoy en día continúa siendo la regla general ha conocido excepciones o limitaciones, legales convencionales o jurisprudenciales, llegando a ser denominado por autores norteamericanos como Cyde Summers como un anacronismo jurídico asimilable a la pena capital, como ha afirmado Young.

la Unión como juez del contrato de trabajo aplique un derecho social marco "necesario" protector que impida la aplicación de normas contrarias a los principios básicos del derecho social europeo?

Desde un punto de vista puramente técnico, podría parecer que, en pura aplicación de la técnica contractual ello no sería posible, y habría que aplicar el derecho elegido por las partes o el derecho aplicable de conformidad con el Reglamente Roma I pues en materia contractual no sería aplicable estos derechos fundamentales o los principios de la carta, ya que no estaríamos hablando del ejercicio de potestades públicas por las instituciones.

Sim embargo, considero que ello, en el marco del derecho de contrato de trabajo interpretado a la luz de las resoluciones tanto del Tribunal General como de TJUE, permiten al juez de la Unión, salvaguardar la aplicación de estos principios, y aplicar los derechos fundamentales de la Carta. Así, por ejemplo, considerar inaplicable un ordenamiento que restringiera la libertad sindical, el principio de igualdad o la limitación del derecho a una indemnización adecuado en el caso de un despido sería posible y necesario.

Posible es, desde mi punto de vista pues si leemos con atención el art 8.4 del Reglamento Roma I, vemos que es posible aplicar la cláusula del art 8.4 como cláusula de salvaguarda, lo cual en el caso de un empleador-institución europea nos puede llevar a determinar como aplicable un derecho que permita aplicar los principios básicos del derecho social europeo. Y esta no sería una decisión carente de fundamento ni doctrinal ni jurisprudencial, como vemos en la **Sentencia TJUE de 12 de septiembre 2013 Schelecker c-64/12**[49] donde el Alto Tribunal europeo concluye que "*incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en aplicación del párrafo segundo de dicha disposición, la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país*" y sienta para ello como dice expresamente *la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral* que van desde el país donde se pagan los impuestos, tributos, donde tiene su principal actividad, hasta otros aspectos como el salario o actividad laboral, no siendo por ello baladí determinar cómo derecho aplicable los mínimos de la institución empleadora, en este caso la Unión europea. A su vez esta misma Sentencia señala "*En la medida en que el objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente, como subrayó el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador*". Esta última

49 Dicha Sentencia puntos 39 a 42.

afirmación, a mi juicio, prudente desde el punto de vista iusprivatista, carecería como se desprenderá de las conclusiones de este trabajo de una plena coherencia sistemática en el marco de la aplicación del Derecho Social Europeo[50].

---

50 32. De ese modo, a efectos de determinar el Derecho aplicable, el criterio de vinculación del contrato de trabajo de que se trata al lugar en el que el trabajador realiza habitualmente sus funciones debe tomarse en consideración de modo prioritario y su aplicación excluye que se utilice el criterio subsidiario del lugar del domicilio del establecimiento que contrató al trabajador (véanse, en ese sentido, las sentencias antes citadas Koelzsch, apartado 43, y Voogsgeerd, apartados 32, 35 y 39).

33. En efecto, otra interpretación sería contraria al objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma, que es garantizar una protección adecuada al trabajador. A este respecto, del Informe sobre el Convenio relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales de los profesores Giuliano y Lagarde (DO 1980, C 282, p. 1), se desprende que dicho artículo fue concebido para proporcionar una regulación más apropiada en las materias en las que los intereses de una de las partes contratantes no se hallan en el mismo plano que los de la otra y garantizar [de ese modo] la protección adecuada de la parte que debe considerarse más débil social y económicamente en la relación contractual (véanse las sentencias, antes citadas, Koelzsch, apartados 40 y 42, y Voogsgeerd, apartado 35).

34. En la medida en que el objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente, como subrayó el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador.

35. Según resulta del tenor y de la finalidad del artículo 6 del Convenio de Roma, el juez debe, en un primer momento, determinar la ley aplicable sobre la base de los criterios de vinculación específicos que figuran en el apartado 2, letra a), y, respectivamente, letra b), de dicho artículo, los cuales obedecen a la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales (véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2009, ICF, C 133/08, Rec. p. I 9687, apartado 62).

36. No obstante, como subrayó el Abogado General en el punto 51 de sus conclusiones, cuando de la totalidad de las circunstancias resulte que el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con otro país, corresponde al juez nacional dejar de lado los criterios de vinculación contemplados en el artículo 6, apartado 2, letras a) y b), del Convenio de Roma y aplicar la ley de ese otro país.

37. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el órgano jurisdiccional remitente puede tomar en consideración otros elementos de la relación laboral, cuando los relativos a uno u otro de los dos criterios de vinculación enumerados en el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma, llevan a considerar que el contrato presenta vínculos más estrechos con un Estado distinto del que indican los criterios que figuran en el artículo 6, apartado 2, letras a) o b), de dicho Convenio (véase, en ese sentido, la sentencia Voogsgeerd, antes citada, apartado 51).

38. Esta interpretación también concuerda con el tenor de la nueva disposición sobre las reglas de conflicto relativas a los contratos de trabajo, introducida por el Reglamento Roma I, que sin embargo no es aplicable ratione temporis al asunto principal. En efecto, según el artículo 8, apartado 4, de dicho Reglamento, si de la totalidad de las circunstancias resulta que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del contemplado en el apartado 2 o 3, se aplicará la Ley de ese otro país (véase, por analogía, la sentencia Koelzsch, antes citada, apartado 46).

39. De las consideraciones anteriores resulta que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar la ley aplicable al contrato conforme a los criterios de vinculación definidos en el artículo 6, apartado 2, primera frase, del Convenio de Roma, y en particular al criterio del lugar de ejecución habitual del trabajo, contemplado en ese apartado 2, letra a). No obstante, en virtud de la última frase del mismo apartado, cuando un contrato esté vinculado más estrechamente a un Estado distinto del de la realización habitual del trabajo, procede dejar de lado la ley del Estado de cumplimiento del trabajo y aplicar la ley de ese otro Estado.

40. A tal efecto, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos. Como destacó la Comisión y señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, el juez que debe resolver un caso concreto no puede sin embargo deducir automáticamente que la norma del artículo 6, apartado 2, letra a), debe descartarse por el mero hecho de que, por su número, las demás circunstancias pertinentes, distintas del lugar de trabajo efectivo, indiquen otro país.

41. Entre los elementos significativos de vinculación, procede, por el contrario, tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo.

42. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en aplicación del párrafo segundo de dicha disposición, la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país.

6.- CONCLUSIONES

1. Cuando el Juez de la Unión actúa, con motivo de la previsión contenida en el Art 272 TFUE como Juez del Contrato de trabajo, debe aplicar no sólo los pactos previstos en el contrato de trabajo sino a su vez, en consideración del ordenamiento jurídico que sea aplicable al caso, las previsiones legales de carácter indisponible del ordenamiento en cuestión (derecho necesario)[51].

2. Tal previsión no es contraria a los instrumentos de conflicto de normas previstos en Derecho Internacional Privado, y en concreto al Reglamente Roma I que expresamente dispone que las normas elegidas no pueden tener como resultado la inaplicación de estas normas de derecho necesario.

51 La Sentencia de 1 de julio de 1982 Porta/Commission (109/81, EU:C:1982:253) el Tribunal destaca de un modo indubitado que la ley aplicable al litigio es la italiana y mediante una interpretación de la misma, distingue entre trabajador autónomo y por cuenta ajena, para concluir en su punto 20 en aplicación de la misma que efectivamente la demandante debe beneficiarse de toda ventaja que la ley italiana vincula a un contrato de trabajo por cuenta ajena y de carácter indefinido

3. La cláusula prevista en el Art 8.4 del Reglamento Roma I permite, a la hora de elegir el ordenamiento aplicable al contrato, aplicar el ordenamiento que teniendo en cuenta estos elementos del contrato de trabajo, pudiera tener vínculos más estrechos con el contrato en cuestión. Así lo ha afirmado el TJUE en el caso Schelecker.

4. Esta última previsión, entiendo que otorga al Juez de la Unión la facultad de convertirse en propio y plenamente legítimo juez de derecho del trabajo aplicando en su caso, el principio "in dubio pro operario" que favorecería la elección de la ley más favorable al trabajador. Así la correcta aplicación del artículo 8 del Reglamento Roma I "*requiere en consecuencia, en un primer momento, que el órgano jurisdiccional nacional identifique la ley que habría sido aplicable en ausencia de elección y determine, según esa ley, las normas que no pueden excluirse mediante acuerdo y, en un segundo momento, que ese órgano jurisdiccional compare el nivel de protección que deparan al trabajador estas normas con el que ofrece la ley elegida por las partes. Si el nivel previsto por dichas normas garantiza una mejor protección, estas deben aplicarse.*"[52]. Y concluye el tribunal diciendo que "*cuando la ley que regula el contrato individual de trabajo ha sido elegida por las partes de ese contrato y tal ley es distinta de la que resulta aplicable en virtud de los apartados 2, 3 o 4 de ese artículo, ha de excluirse la aplicación de esta última, a excepción de las «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» con arreglo a ella, en el sentido del apartado 1 del artículo 8, de dicho Reglamento, entre las cuales pueden encontrarse, en principio, las normas relativas al salario mínimo*".

5.- la importancia del derecho social europeo y los principios de la Carta Europea de derechos fundamentales, considero por lo antedicho, hacen impensable y por ende en la práctica inconcebible que eventualmente el TJUE pudiera aplicar a un contrato de trabajo entre un ciudadano y una institución europea un marco jurídico que no reconociera derechos de protección mínimos necesarios establecidos en el ordenamiento jurídico europeo. Piénsese por ejemplo en una hipotética aplicación del derecho americano en particular que en muchos casos no prevé una protección especial en los casos de despido injustificado.

6.- Es por ello que considero que, debido a que el derecho del trabajo es un derecho de mínimos de naturaleza mixta pública-privada y tuitivo, el mismo debería aplicarse por parte de cualquier juez o tribunal de la Unión (incluido el TJUE) respetando esos mínimos, lo que tendría en buena lógica la consecuencia de no aplicar disposiciones contrarias a dicho marco normativo.

7.- Esta solución, lejos de ser incoherente o insostenible desde un punto de vista técnico-jurídico, es realmente y a la inversa todo lo contrario, pues lo que resulta a mi juicio carente de coherencia sistemática sería que el máximo garante de los derechos europeos, y por ende también del marco laboral que ya hemos visto, llegase a conclusiones que no fuesen compatibles con este marco legal.

52 Sentencia de 15 de julio de 2021, SC Gruber Logistics, C-152/20 et C-218/20, EU:C:2021:600, p. 22 y 27 a 32.

BIBLIOGRAFÍA

ARREDONDO DEL RÍO, J.L., *El derecho laboral, su génesis, evolución y los poderes del juez de la materia,* en Revista Summa Iuris;vol, 1, No 1, pp 121-140; julio-diciembre

DÀlessandro. E. « LA Art 272 del Tratatto sul funcionamiento dell'Unione Europea : mero accordo attributivo della compatenzagurisdizionale o convenzione arbitrale ?. *Rivista dell Arbitrato*, nº 4, 2011, paggs. 622 a 628**.**

Gamonal Contrera, S. « El despido libre enn el contrato de trabajo estadounidense » en *REvista Chilena de derecho privado*, julio año 2017, pag-.s 53 a 89**.**

Laenerts. K. Maeselis, I. gutman, K. *Eu procedural Law***,** Oxford University press, pags 686 a 699.

Lasa López, A. "El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo » en Revista de Derecho Comunitario Europeo enero.abril (2019).

Llobera Vila , M. « Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores, en Temas Laborales núm. 108/2011 págs 115-144.

Neframi, E. « Le contentieux de clauses compromissoires », en MAHIEU, S. (dir) « Le contentieux de l' Union européenne, Larcier, 2014, pags 561 a 581.

Pelikanova, E. «Clauses comprommisoires: fin de la disctinction entre droit contractuael et droit administratif », en Journal de droit européen.

Pelikanova, E. «La pretection jurisdictionelle des particuliers pour le Tribunla de preiére Instance des Communaés Européennes" en "*Le droit à la Mesure de l' nhoime en l'honeur de Philippe Léger*.

Villarroel Barrientos, C y G. "la *Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales, en Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 17, Nº 2, 1990*

LEGISLACIÓN
ESTATAL
EUROPEA
AUTONÓMICA

ESTATAL

Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ir a texto

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Ir a texto

Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. Ir a texto

Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual. Ir a texto

Ley 14/2022, de 8 de julio, de modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con el fin de regular las estadísticas de las microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública. Ir a texto

Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio, por el que se modifica la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Ir a texto

Orden ISM/676/2022, de 15 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de subvenciones públicas para la ordenación de los flujos migratorios laborales de trabajadores migrantes en el ámbito de la gestión colectiva de la contratación en origen. **Ir a texto**

Resolución de 27 de junio de 2022, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se modifican los Anexos I, II, III y IV de la Orden APU/2245/2005, de 30 de junio, por la que se regula las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en MUFACE y se establece el procedimiento de financiación de bombas portátiles de infusión subcutánea continua de insulina. **Ir a texto**

UNIÓN EUROPEA

Reglamento (UE) 2022/1034 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2022, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/953 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. **Ir a texto**

Reglamento (UE) 2022/1035 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2022, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/954, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) con respecto a los nacionales de terceros países que se encuentren o residan legalmente en los territorios de los Estados miembros durante la pandemia de COVID-19. **Ir a texto**

Decisión del Comité mixto del EEE n.o 41/2022, de 23 de febrero de 2022, por la que se modifican el anexo V (Libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (Derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE [2022/1109]. **Ir a texto**

Decisión del Comité Mixto del EEE n.o 42/2022, de 23 de febrero de 2022, por la que se modifican el anexo V (Libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (Derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE [2022/1110]. **Ir a texto**

Decisión del Comité Mixto del EEE n.o 43/2022, de 23 de febrero de 2022, por la que se modifican el anexo V (Libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (Derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE [2022/1111]. **Ir a texto**

Decisión del Comité Mixto del EEE n.o 44/2022, de 23 de febrero de 2022, por la que se modifican el anexo V (Libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (Derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE [2022/1112]. **Ir a texto**

Decisión del Comité Mixto del EEE n.o 72/2022, de 18 de marzo de 2022, por la que se modifican el anexo V (Libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (Derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE [2022/1140]. Ir a texto

Decisión del Comité Mixto del EEE n.o 73/2022, de 18 de marzo de 2022, por la que se modifican el anexo V (Libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (Derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE [2022/1141]. Ir a texto

Decisión (UE) 2022/1206 del Consejo, de 12 de julio de 2022, relativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en materia Civil o Mercantil. Ir a texto

Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil o mercantil. Ir a texto

AUTONÓMICA

Aragón

DECRETO 99/2022, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 84/2003, de 29 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el régimen jurídico y retributivo del personal docente e investigador contratado de la Universidad de Zaragoza. Ir a texto

DECRETO 102/2022, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el sistema de compensación de gastos derivados de accidentes de tráfico con ocasión de desplazamientos efectuados por razón del servicio por el personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ir a texto

Asturias

Ley 4/2022, de 1 de junio, de modificación del texto refundido de las leyes de tasas y de precios públicos, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/1998, de 11 de junio. Ir a texto

Ley del Principado de Asturias 5/2022, de 29 de junio, de Actividad Física y Deporte. Ir a texto

Illes Balears

Llei 4/2022, de 28 de juny, de consells insulars. Ir a texto

Canarias

DECRETO 156/2022, de 30 de junio, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2023, y se abre plazo para fijar las fiestas locales. Ir a texto

Castilla La Mancha

Ley 3/2022, de 18 de marzo, por la que se modifica parcialmente el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre. Ir a texto

Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha. Ir a texto

Catalunya

DECRET 131/2022, de 5 de juliol, del Reglament de la Llei de facilitació de l'activitat econòmica. Ir a texto

CORRECCIÓ D'ERRADES a l'Ordre EMT/226/2021, de 3 de desembre, per la qual s'estableix el calendari de festes locals a Catalunya per a l'any 2022 (DOGC núm. 8559, de 9.12.2021). Ir a texto

ORDRE EMT/170/2022, d'11 de juliol, de modificació de l'Ordre EMT/226/2021, de 3 de desembre, per la qual s'estableix el calendari de festes locals a Catalunya per a l'any 2022. Ir a texto

Murcia

Ley 5/2022, de 14 de julio, de modificación de la Ley 1/2022, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2022. Ir a texto

Navarra

LEY FORAL 19/2022, de 1 de julio, de medidas para la realización de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en las Administraciones Públicas de Navarra. Ir a texto

LEY FORAL 23/2022, de 1 de julio, reguladora del canon de uso de las carreteras de Navarra. Ir a texto

LEY FORAL 20/2022, de 1 de julio, para el fomento de un parque de vivienda protegida y asequible en la Comunidad Foral de Navarra. Ir a texto

LEY FORAL 24/2022, de 5 de julio, de reconocimiento de las víctimas de abusos sexuales cometidos en el seno de la Iglesia católica de Navarra. Ir a texto

Euskadi

LEY 5/2022, de 23 de junio, de Gestión Documental Integral y Patrimonio Documental de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Ir a texto

LEY 6/2022, de 30 de junio, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General. Ir a texto

LEY 7/2022, de 30 de junio, de Desarrollo Rural. Ir a texto

NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATAL AUTONÓMICA

ESTATAL

Resolución de 4 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta complementaria sobre retribuciones salariales de 2020 y de modificación del XI Convenio colectivo de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda. Ir a texto

Resolución de 7 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se

registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo del Grupo Unidad Editorial. Ir a texto

Resolución de 7 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial Información General, SL. Ir a texto

Resolución de 7 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial, SA. Ir a texto

Resolución de 12 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Seguros Catalana Occidente, Sociedad Anónima Unipersonal de Seguros y Reaseguros; Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima Unipersonal; Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, Agrupación de Interés Económico; Plus Ultra Seguros Generales y Vida, Sociedad Anónima Unipersonal de Seguros y Reaseguros, Sociedad Unipersonal; Grupo Catalana Occidente, Sociedad Anónima; Grupo Catalana Occidente Gestión de Activos, Sociedad Anónima Unipersonal SGIIC; Grupo Catalana Occidente Activos Inmobiliarios, Sociedad Limitada; Grupo Catalana Occidente Gestora de Pensiones EGFP, Sociedad Anónima Unipersonal; y Grupo Catalana Occidente Reaseguros, Sociedad Anónima Unipersonal. Ir a texto

Resolución de 17 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Randstad Empleo ETT, SAU.
Ir a texto

Resolución de 17 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la modificación del II Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía. Ir a texto

Resolución de 17 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación del Convenio colectivo de Decathlon España, SA. Ir a texto

Resolución de 17 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación del Convenio colectivo de pilotos de Norwegian Air Resources Spain, SL. Ir a texto

Resolución de 27 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas. Ir a texto

Resolución de 14 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta relativo a las tablas salariales definitivas para el año

2020 del Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados. **Ir a texto**

Resolución de 14 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas. **Ir a texto**

Resolución de 27 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024. **Ir a texto**

Resolución de 30 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo sobre condiciones retributivas para el sorteo extraordinario de la modalidad de lotería "Cupón de la ONCE". **Ir a texto**

Resolución de 30 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los Acuerdos de prórroga y revisión salarial para el año 2022 del Convenio colectivo del ciclo de comercio de papel y artes gráficas. **Ir a texto**

Resolución de 30 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la actualización de las tablas salariales para el año 2022 del IV Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. **Ir a texto**

Resolución de 30 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la modificación del XXIII Convenio colectivo nacional de autoescuelas. **Ir a texto**

Resolución de 6 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. **Ir a texto**

AUTONÓMICA

Andalucía

Resolución de 15 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Profesorado de Religión de Andalucía. **Ir a texto**

Illes Balears

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball per la qual es disposa la inscripció i dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears del Conveni col·lectiu autonòmic de Reforma Juvenil i Protecció de Menors de les Illes Balears i la seva publicació en el Butlletí Oficial de les Illes Balears (codi de conveni 07100585012018). **Ir a texto**

Cantabria

SIDEROMETALURGICAS (INDUSTRIAS). Ir a texto

Catalunya

RESOLUCIÓ EMT/2199/2022, de 4 de juliol, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del IV Conveni col·lectiu de treball del cicle integral de l'aigua (codi de conveni núm. 79100125012014). Ir a texto

V/ CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA NISSAN MOTOR IBERICA, S.A. Ir a texto

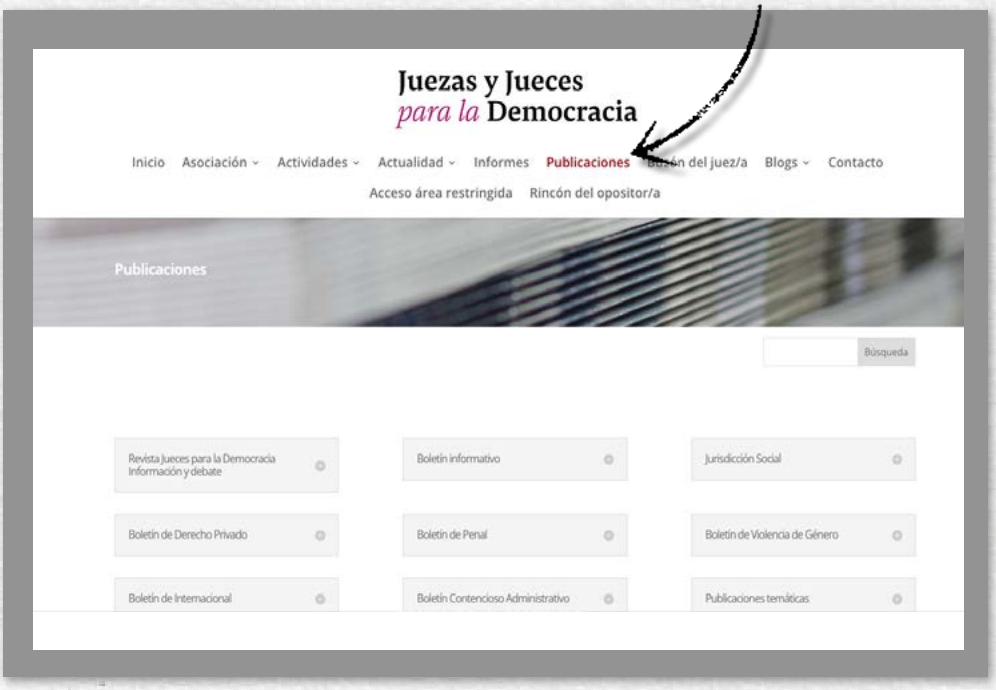
Galicia

RESOLUCIÓN do 10 de xuño de 2022, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se dispón a inscrición no rexistro e a publicación da acta da reunión da Comisión negociadora do convenio colectivo autonómico de centros especiais de emprego de Galicia en que se actualizan as táboas salariais correspondentes ao ano 2022. Ir a texto

Euskadi

RESOLUCIÓN de 20 de junio de 2022, del Director de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone el registro, depósito y publicación del Acuerdo de la Comisión Paritaria del convenio colectivo entre las Empresas Concesionarias de Limpieza y las/los trabajadores que prestan sus servicios en los centros del Gobierno Vasco (código de convenio núm. 860100013012013). Ir a texto

Accede a todas nuestras **publicaciones** a través nuestra web



www.juecesdemocracia.es

JURISPRUDENCIA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PROTECCION DATOS
STC 89/2022. Ir a texto

Resumen: protección de datos personales.

Recurso de amparo 5310-2020. Promovido por don M.J.L., respecto de las sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que estimaron la impugnación de la resolución de la directora de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se instaba a Google, Inc., para que adoptara las medidas necesarias a fin de que el nombre del solicitante no se asociara en los resultados de su motor de búsqueda a tres direcciones de páginas de internet.

Vulneración del derecho a la protección de datos personales: inexistencia de un interés público prevalente en la indexación de opiniones críticas sobre el desarrollo de la actividad profesional de un empresario del sector inmobiliario. Voto particular.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
STC 72/2022. Ir a texto

Recurso de amparo 4968-2020. Promovido por doña María José Romero Suárez en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y un juzgado de lo social de Sevilla en proceso por despido. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción): STC 140/2021 (resoluciones judiciales que impiden la fiscalización en procesos individuales de las causas justificativas del despido colectivo).

JURISPRUDENCIA
TRIBUNAL SUPREMO

ACTOS DE COMUNICACIÓN
STS 8-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2367/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2367
Nº de Recurso: 2120/2021
Nº de Resolución: 534/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Actos de comunicación: Citación a la conciliación y al juicio del demandante. Existe indefensión. En el escrito de demanda se designa como domicilio a efecto de notificaciones, el despacho de un abogado, quien no firma la demanda. El juzgado de lo social efectúa la citación vía Lexnet a la dirección electrónica del letrado. El actor no comparece a juicio y se le tiene por desistido.

El demandante no había otorgado representación a ningún abogado, se trataba de un sujeto interviniente en un proceso que no estaba obligado a emplear sistemas telemáticos. Por ello, no pueden desplegar efectos las citaciones efectuadas por el juzgado vía Lexnet a la dirección electrónica del abogado cuyo domicilio se había designado en la demanda "a efectos de notificaciones". El juzgado debió efectuar la citación del actor en el domicilio designado en la demanda.

Al no haberlo hecho, las citaciones telemáticas vulneraron los arts. 18, 53.2 y 80.1.e) de la LRJS y el art. 24 de la Constitución, causando indefensión al actor, por lo que la sentencia recurrida, que dejó sin efecto el auto recurrido y acordó que se citara nuevamente a las partes a los actos de conciliación y juicio, no ha vulnerado los preceptos legales invocados por la parte recurrente.

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS
STS 7-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2370/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2370
Nº de Recurso: 675/2021
Nº de Resolución: 524/2022
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Resumen: Contratas y subcontratas: los servicios prestados por la empresa subcontratada se corresponden con la propia actividad de la empresa principal, en orden a la aplicación de lo dispuesto a tal efecto en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores.
La trabajadora demandante venía prestando servicios con la categoría de auxiliar de operaciones, realizando tareas de información al público, preparación de salas, atención telefónica y de apoyo a los acomodadores, en los distintos centros culturales del Patronato Sociocultural del Ayuntamiento de Alcobendas.

Tales funciones fueron subcontratadas a la empresa Exceltia, S.A. por el mencionado Patronato.
Reitera doctrina: SSTS rcud. 1817/2021, y de los rcuds. 674/2021 y 677/2021

STS 8-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2382/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2382
Nº de Recurso: 674/2021
Nºde Resolución: 528/2022
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Contratas y subcontratas: los servicios prestados por la empresa subcontratada se corresponden con la propia actividad de la empresa principal, en orden a la aplicación de lo dispuesto a tal efecto en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores.

La trabajadora demandante venía prestando servicios con la categoría de auxiliar de operaciones, realizando tareas de información al público, preparación de salas, atención telefónica y de apoyo a los acomodadores, en los distintos centros culturales del Patronato Sociocultural del Ayuntamiento de Alcobendas.
Tales funciones fueron subcontratadas a la empresa Exceltia, S.A. por el mencionado Patronato.
Reitera doctrina: SSTS rcud. 1817/2021, y de los rcuds. 675/2021 y 677/2021

STS 13-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2446/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2446
Nº de Recurso: 677/2021
Nº de Resolución: 539/2022
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Contratas y subcontratas: los servicios prestados por la empresa subcontratada se corresponden con la propia actividad de la empresa principal, en orden a la aplicación de lo dispuesto a tal efecto en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores.

La trabajadora demandante venía prestando servicios con la categoría de auxiliar de operaciones, realizando tareas de información al público, preparación de salas, atención telefónica y de apoyo a los acomodadores, en los distintos centros culturales del Patronato Sociocultural del Ayuntamiento de Alcobendas.

Tales funciones fueron subcontratadas a la empresa Exceltia, S.A. por el mencionado Patronato.

Reitera doctrina: SSTS rcud. 1817/2021, y de los rcuds. 675/2021 y 674/2021

CONTRATO DE TRABAJO

STS 22-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2530/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2530
Nº de Recurso: 689/2019
Nº de Resolución: 567/2022
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Contrato de trabajo: Existente. Los trabajadores técnicos codemandados (arquitectos, arquitectos técnicos e ingenieros industriales) realizaron por cuenta de la entidad local, trabajos como técnicos municipales con la cobertura jurídica de un contrato de arrendamiento de servicios.

Consta igualmente que la función que desarrollan es de asesoramiento, elaboración de informes intervención en expedientes sobre licencias de aperturas, infraestructuras de alumbrado público y suministros de agua, así como licencias de obras y de primera y segunda ocupación, además del servicio de información al público, disponiendo para el ejercicio de dichas funciones de despacho compartido, con mesa para cada uno de ellos, teléfono, ordenadores, fotocopiadora e impre-

sora, estando sujetos a un horario, organizándose las vacaciones para no dejarse sin servicio al Ayuntamiento, percibiendo cada uno de ellos una cantidad fija mensual independientemente de los expedientes elaborados, facturando mensualmente.

COSTAS
STS 29-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2647/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2647
Nº de Recurso: 1134/2019
Nº de Resolución: 598/2022
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Costas: Abogado del Estado. Para imponérselas no es preciso que esté colegiado. sentencia recurrida al imponer como requisito para generar las costas correspondiente al Abogado del Estado el de su colegiación no se corresponde con las previsiones legales que hemos expuesto anteriormente.

Aunque la sentencia recurrida tan solo hace referencia a la colegiación en su fundamentación jurídica que no en la parte dispositiva de la misma, es lo cierto que, según refiere la misma, ese criterio que ha venido sosteniendo en diferentes resoluciones judiciales (ATSJ 36/2001, de 27 de marzo, y la sentencia que cita, de 25 de junio de 2002, rec. 906/2001), claramente está condenando en costas a la parte vencida en el recurso siempre que se constate la colegiación de quienes, como parte recurrida, actúan en representación del Estado.

Como se obtiene de las normas que rigen el caso, en ningún momento las normas procesales laborales exigen en materia de costas que expresamente se constate la colegiación de los Abogados, en tanto que la misma ya se entiende cumplida desde el mismo instante en el que entran a intervenir en el recurso ya que de lo contrario su participación en él sería indebida. La colegiación no es exigible de los que actúan en defensa del Estado y los organismos que lo integran cuando su habilitación a tal efecto ya viene dada desde su nombramiento y toma de posesión.

DESEMPLEO
STS 1-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2451/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2451
Nº de Recurso: 1568/2019
Nº de Resolución: 506/2022
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Desempleo: concurren las circunstancias que posibilitan el acceso a la prestación de desempleo denegada ya que nos encontramos en el supuesto de un hijo menor de 30 años, no conviviente (según se constata acreditado), contratado por su progenitor, afiliado al RETA, por lo que no está excluido del ámbito de aplicación del ET, lo que determina, como ya se ha adelantado, la estimación del recurso formulado

STS 23-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2549/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2549
Nº de Recurso: 646/2021
Nº de Resolución: 576/2022
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Subsidio de desempleo mayores de 52 años: A efectos del subsidio por desempleo para mayores de 55 años, los periodos de cotización asimilados por parto (art. 235 LGSS) han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de la pensión de jubilación (quince años en total: art. 205.1.b LGSS) cuanto del propio subsidio (seis años por desempleo: art. 274.4 LGSS). A esa conclusión accedemos a partir de una interpretación teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género.

DESPIDO
STS 10-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2529/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2529
Nº de Recurso: 1358/2021
Nº de Resolución: 537/2022
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Caducidad : Inexistente. Inexistencia de la caducidad de la acción de despido. Ausencia de información sobre la vía y el plazo de impugnación de la extinción del contrato de trabajo

STS 28-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2764/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2764
Nº de Recurso: 2300/2019
Nº de Resolución: 586/2022
Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: Despido: despido colectivo declarado nulo tras jubilarse la trabajadora. No es posible la readmisión procede la indemnización por despido. La jubilación ordinaria constituye, por ende, una de las causas que imposibilitan legalmente la readmisión, pero no neutraliza el derecho indemnizatorio sustitutorio en favor de la persona despedida y compensable con la cantidad percibida al tiempo del despido.

EJECUCION
STS 15-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2538/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2538
Nº de Recurso: 1052/2019
Nº de Resolución: 550/2022
Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: Ejecución: en el cálculo de los intereses preceptuados en el art. 576.1 LEC y, más concretamente, en el cálculo referido a los salarios de tramitación, ha de practicarse sobre la cuantía neta (descontadas las retenciones a cuenta del IRPF y cuotas de la Seguridad Social).

ERTE COVID
STS 23-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2541/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2541
Nº de Recurso: 1014/2021
Nº de Resolución: 577/2022
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: ERTES COVID: el plazo de que dispone la Autoridad Laboral para constatar la fuerza mayor en ERTE asociado al Covid-19 no queda automáticamente suspendido durante el tiempo en que se solicita y emite el Informe de la Inspección de Trabajo, aunque el procedimiento se haya iniciado tras la declaración del estado de alarma (RD 463/2020) pero antes de publicarse las normas específicas sobre tales suspensiones (RDL 8/2020).

FGS
STS 13-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2366/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2366
Nº de Recurso: 1859/2019
Nº de Resolución: 518/2022
Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: FOGASA: No es responsable del pago de la prestación derivada de la extinción del contrato por voluntad del trabajador del art. 50.1.b) ET, cuando la sentencia que estimó dicha pretensión condenó de forma solidaria a las empresas del grupo al pago de la indemnización y de los salarios adeudados, y sólo una de ellas ha sido declarada insolvente, habiendo estado las otras dos en concur-

so de acreedores. No se ha aportado por el trabajador, a pesar de que fue requerido por el FOGASA, certificado de la Administración concursal de que su crédito está incluido en la lista de acreedores, por lo que no cumple el requisito establecido en el artículo 33.3, regla primera del ET y, en consecuencia, no procede el reconocimiento de la prestación a cargo del FOGAS

JUBILACION
STS 13-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2373/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2373
Nº de Recurso: 1133/2019
Nº de Resolución: 542/2022
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Jubilación: Hechos causante. La pensión se causa cuando el beneficiario reúne los requisitos o condiciones para que le pueda ser reconocido el derecho prestacional. Las situaciones de no alta no alteran el hecho causante que es el momento en el que se reúnen los restantes requisitos, tal y como se obtiene del art. 161.3 de la LGSS 1994. A partir de ello, el derecho resulta imprescriptible y, por ende, puede ser solicitado en cualquier momento, sin perjuicio de que los efectos económicos puedan verse modificados o alterados consecuencia de una solicitud tardía, que se verán reducidos a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente. Esto es, la pensión causada y los efectos del reconocimiento de la misma no tienen por qué coincidir, Así lo expresa tanto la Orden de 18 de enero de 1967 como la LGSS para los supuestos de alta.

JUBILACION ANTICIPADA
STS 22-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2540/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2540
No de Recurso: 1073/2020
No de Resolución: 568/2022
Ponente: RICARDO BODAS MARTIN

Resumen: Jubilación anticipada: os supuestos de cese, previstos en el art. 207 LGSS, para acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, constituyen un “numerus clausus” y no puede asimilarse a los mismos la extinción del contrato por impago de salarios, promovida por el trabajador, quien fue despedido colectivamente después de la sentencia que declaró la extinción justificada de su contrato de trabajo, sin que el trabajador impugnara dicha decisión empresarial, ni reclamara tampoco la indemnización por despido, aunque cobró del FOGASA la indemnización causada por la extinción de su contrato previa

JUBILACION FORZOSA
STS 31-5-2022. Ir a texto

Roj: STS 2545/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2545
Nº de Recurso: 1518/2021
Nº de Resolución: 540/2022
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Jubilación forzosa: a jubilación forzosa del demandante, que se ha adoptado conforme a las condiciones impuestas por el Convenio Colectivo, cumple con las exigencias de la Disposición Adicional 10a del Estatuto de los Trabajadores (ET) vigente en su momento y el despido debe calificarse como nulo.

JURISDICCION
STS 31-5-2022. Ir a texto

Roj: STS 2364/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2364
Nº de Recurso: 1450/2020
Nº de Resolución: 493/2022
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Jurisdicción: es competente el or-

den jurisdiccional social para conocer de la extinción de la relación laboral de un trabajador que presta servicios de limpieza en la Embajada de Turquía en Madrid, y su contrato está sujeto a la legislación turca, conforme al cual se prevé la extinción del contrato al haber alcanzado los 65 años de edad. No procede aplicar la excepción prevista en el artículo 10.2 d) de la Ley Orgánica 16/2015 sobre Inmunidad de Jurisdicción del Estado Turco.

MODIFICACION SUSTANCIAL CONDICIONES DE TRABAJO
STS 2-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2445/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2445
Nº de Recurso: 230/2021
Nº de Resolución: 515/2022
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen: MSCT: Inexistente. Las medidas adoptadas por la empresa entre 18 de mayo de 2020 y 2 de junio de 2020 se refieren básicamente a la reordenación transitoria de los calendarios de trabajo y la fijación de turnos de trabajo estanco, en atención a la situación excepcional derivada del estado de alarma consecuencia del COVID-19 y disposiciones que la desarrollan. Se trata de una alteración transitoria, explicada antes de su implementación y justificada.
Tales medidas persiguen cohonestar el funcionamiento de la empresa (en circunstancias singulares) con la normativa de prevención de riesgos laborales, tendentes a preservar la vida e integridad de los trabajadores en primer lugar, ante una situación marcadamente excepcional, dentro del adecuado ejercicio del poder de dirección y organización de la empresa. Encuentran su cobertura en la normativa excepcional y perentoria transcrita.
No nos encontramos ante una MSCT en sentido estricto, sino ante la introducción de ajustes en el modo de prestar la actividad que vienen exigidos por las detalladas normas aprobadas por las autoridades sanitarias. No apreciamos que la empresa se haya excedido en la adopción de las medidas, ni que haya vulnerado los derechos fundamentales denunciados,

VIUDEDAD
STS 15-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2550/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2550
Nº de Recurso: 671/2019
Nº de Resolución: 548/2022
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Viudedad: la actora, viuda divorciada del causante, tiene derecho a la pensión de viudedad teniendo en cuenta que no percibía pensión compensatoria, el convenio regulador suscrito es anterior a enero de 2008 y la sentencia judicial de divorcio recae con posterioridad a dicha fecha.

STS 15-6-2022. Ir a texto

Roj: STS 2548/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2548
Nº de Recurso: 925/2019
Nº de Resolución: 549/2022
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Viudedad: la actora tiene derecho a percibir pensión de viudedad por ser víctima de violencia de género, condición que fue alegada una vez que se modificó en este sentido la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), cuando con anterioridad a esa modificación se le había denegado dicha pensión. No hay cosa juzgada

JURISPRUDENCIA
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Rec: 1368/22

DESPIDO NULO. DESOBEDIENCIA. NEGATIVA A REALIZAR EL TEST DE ANTÍGENOS. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL. DESPIDO NULO.

Accede a la sentencia

En esta Sentencia la Sala de lo Social del TSJ de Galicia analiza el despido disciplinario de una trabajadora, gerocultora de una residencia, por su negativa a someterse a los test de saliva y nasofaríngeos establecidos en los protocolos que con ocasión de la pandemia habían sido remitidos por la Consejería de Sanidad y de Política social de la Xunta de Galicia a las residencias, que consistían en una encuesta epidemiológica que incluía la realización periódica de test de antígenos.

Se plantea la colisión entre el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18 CE) con el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y tras analizar la medida sanitaria litigiosa y valorarla atendiendo a los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, concluye que la negativa de la trabajadora a someterse a los test de antígenos estaba amparada en su “ius resistentiae” como medio protector de su derecho a la intimidad personal que la Sala estimó infringido. Consideró que la instrucción dada por la empresa no podía calificarse como común y regular en el ámbito de la relación laboral ordinaria entre las partes litigantes, teniendo en cuenta, además, la omisión de su fundamentación, pues la empleadora no suministró datos bastantes y necesarios para analizar y justificar, desde la perspectiva constitucional examinada, que la prueba de antígenos respondía al principio de proporcionalidad.

CONTRATACION PUBLICA

STJUE 7-7-2022. Ir a texto

Procedimiento prejudicial — Contratación pública — Directiva 2014/24/UE — Ámbito de aplicación — Artículo 10, letra h) — Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios — Servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos — Organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro — Servicio de ambulancia que se califica de servicio de emergencias — Organizaciones de voluntariado — Cooperativas sociales»

En los asuntos acumulados C213/21 y C214/21, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante resoluciones de 18 de enero y de 3 de marzo de 2021, recibidas en el Tribunal de Justicia el 6 de abril de 2021, en los procedimientos entre Italy Emergenza Cooperativa Sociale (C213/21 y C214/21) y Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani (C213/21), Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza (C214/21), con intervención de: Regione Puglia (C213/21), Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia (C213/21), Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze (Organizzazione nazionale di volontariato) — ANPAS ODV (C213/21 y C214/21),

Croce Rossa Italiana — Comitato Provinciale di Cosenza (C214/21),

el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

El artículo 10, letra h), de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que los servicios de transporte sanitario de emergencia y urgencia solo pueden adjudicarse con carácter prioritario mediante convenio a organizaciones de voluntariado, y no a cooperativas sociales que puedan distribuir a sus miembros retornos cooperativos vinculados a sus actividades

STJUE 14-7-2022. Ir a texto

Procedimiento prejudicial — Artículos 49 TFUE y 56 TFUE — Situación meramente interna — Servicios en el mercado interior — Directiva 2006/123/CE — Ámbito de aplicación — Artículo 2, apartado 2, letra j) — Contratación pública — Directiva 2014/24/UE — Concepto de "contratos públicos" — Artículos 74 a 77 — Prestación de servicios sociales de asistencia a las personas — Acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social — Exclusión de los operadores con ánimo de lucro — Lugar de implantación de la entidad como criterio de selección»
En el asunto C436/20, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, mediante auto de 3 de septiembre de 2020, recibido en el Tribunal de Justicia el 16 de septiembre de 2020, en el procedimiento entre Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) y Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:
1) Los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77, siempre y cuando, por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, se respete el principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada Directiva.
2) El artículo 76 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual, en el marco de la adjudicación de un contrato público de servicios sociales contemplados en el anexo XIV de dicha Directiva, la implantación del operador económico en la localidad en la que deben prestarse los servicios constituye un criterio de selección de los operadores económicos, previo al examen de sus ofertas.

CONTRATOS DE DURACION DETERMINADA

STJUE 30-6-2022. Ir a texto

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Cláusula 4, apartado 1 — Principio de no discriminación — No consideración de los servicios prestados por un funcionario interino que adquiere posteriormente la condición de funcionario de carrera a efectos de la consolidación de su grado

personal — Equiparación de esos servicios a los prestados por un funcionario de carrera — Concepto de “razones objetivas” — Consideración del período de servicio para adquirir la condición de funcionario de carrera — Estructura de la carrera vertical de los funcionarios establecida en la normativa nacional»
En el asunto C192/21, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, mediante auto de 9 de febrero de 2021, recibido en el Tribunal de Justicia el 26 de marzo de 2021, en el procedimiento entre D. Clemente y Comunidad de Castilla y León (Dirección General de la Función Pública), El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, a efectos de la consolidación del grado personal, no se tienen en cuenta los servicios que un funcionario ha prestado como interino antes de adquirir la condición de funcionario de carrera.

IGUALDAD DE TRATO POR RAZON DE SEXO

STJUE 30-6-2022. Ir a texto

«Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social — Directiva 79/7/CEE — Artículo 4, apartado 1 — Discriminación indirecta por razón de sexo — Normativa nacional que establece la incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen legal de seguridad social — Compatibilidad de tales pensiones cuando corresponden a distintos regímenes legales de seguridad social — Constatación de una discriminación indirecta sobre la base de datos estadísticos — Determinación de los grupos afectados que se han de comparar — Justificación»
En el asunto C625/20, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona, mediante resolución de 13 de octubre de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de noviembre de 2020, en el procedimiento entre KM e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corres-

ponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

SEGURIDAD SOCIAL MIGRANTES

STJUE 7-7-2022. Ir a texto

Procedimiento prejudicial — Seguridad social de los trabajadores migrantes — Reglamento (CE) n.º 987/2009 — Artículo 44, apartado 2 — Ámbito de aplicación — Pensión de vejez — Cálculo — Consideración de los períodos de educación de los hijos cubiertos en otros Estados miembros — Artículo 21 TFUE — Libre circulación de los ciudadanos»
En el asunto C576/20, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria), mediante resolución de 13 de octubre de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de noviembre de 2020, en el procedimiento entre CC y Pensionsversicherungsanstalt, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 44, 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, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la persona de que se trate no cumple el requisito del ejercicio de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia impuesto por dicha disposición para obtener, a efectos de la concesión de una pensión de vejez, el cómputo, por el Estado miembro al que corresponde abonar dicha pensión, de los períodos de educación de los hijos que hubiera cubierto en otros Estados miembros, dicho Estado miembro está obligado a computar dichos períodos en virtud del artículo 21 TFUE, dado que dicha persona trabajó y cotizó exclusivamente en ese Estado miembro, tanto antes como después del traslado de su residencia a otro Estado miembro en el que transcurrieron los referidos períodos.

TRABAJO TIEMPO PARCIAL

STJUE 7-7-2022. Ir a texto

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 97/81/CE — Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Principio de pro rata temporis — Consideración, a efectos de

calcular la retribución de un bombero profesional contratado a tiempo completo, de la antigüedad adquirida por este como bombero voluntario, según el principio de pro rata temporis»

En el asunto C377/21, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la cour du travail de Mons (Tribunal Superior de lo Laboral de Mons, Bélgica), mediante resolución de 15 de junio de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de junio de 2021, en el procedimiento entre Ville de Mons, Zone de secours Hainaut-Centre y RM, el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, a efectos de calcular la retribución de los bomberos profesionales contratados a tiempo completo, computa, en concepto de antigüedad salarial, los servicios previamente prestados a tiempo parcial, como bomberos voluntarios, según el principio de *pro rata temporis*, es decir, en función de las prestaciones efectivamente realizadas.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA

STDH 28-6-2022 (M.D. y otros vs España). Ir a texto

Art 8 • Vida privada • Falta de base legal que justifique un informe policial sobre un grupo de jueces en activo que firmaron un manifiesto sobre el "derecho a decidir" del pueblo catalán, consistente en información parcialmente extraída de la base de datos de identificación policial • Incumplimiento de obligaciones positivas por indagación insuficiente fuga de datos a la prensa.

Art 10 • Libertad de expresión • Ausencia de represalias por firma del manifiesto o efecto paralizador • Procedimiento disciplinario producto de denuncia de tercero y cerrado sin dictar sanción

STDH 7-7-2022 (Safi vs Grecia). Ir a texto

Art 2 (procesal) • Ausencia de una investigación efectiva por parte de las autoridades nacionales sobre el naufragio de refugiados que provocó la muerte de algunos • Ausencia de examen del contenido de las declaraciones de refugiados que presentaban gravísimas deficiencias antes de su inclusión en el expediente del caso • No hubo una participación adecuada de los solicitantes en el procedimiento • No se siguieron otras vías de investigación claramente necesarias

Art 2 (material) • Obligaciones positivas • Vida • Omisiones y retrasos concretos por parte de las autoridades nacionales en la conducción y organización de la operación de rescate de refugiados • Guardacostas con obligación de medios y no de resultado para lograr el rescate de cualquier persona en peligro en el mar • Decisiones difíciles y rápidas que deben tomar el capitán, generalmente a su discreción, y la tripulación de una embarcación estatal involucrada en el rescate de

personas en el mar y que deben guiarse por el esfuerzo esencial para garantizar el derecho a la vida de personas en peligro.

Art 3 (material) • Trato degradante • Registros corporales de refugiados náufragos, a su llegada a una isla griega, obligados por las fuerzas de seguridad a desnudarse al mismo tiempo y en el mismo lugar, delante de al menos trece personas

DERECHO A UN PROCESO JUSTO

STDH 21-7-2022 (Blelinski vs Polonia). Ir a texto

El caso se refiere a la reducción de la pensión de vejez del demandante en virtud de una nueva ley que entró en vigor vigente en 2009 para ex empleados de los servicios uniformados. Su apelación contra las decisiones de reducción de su pensión, interpuesta en 2017, finalmente le fue desestimada en 2021.

Basándose en el artículo 6 § 1 (derecho a un juicio justo dentro de un tiempo razonable) y el artículo 13 (derecho a una recurso efectivo) del Convenio, el demandante se queja de que la duración del procedimiento en su caso era excesivo y que no había vías legales disponibles para que presentara esta denuncia a nivel nacional También alega en virtud del artículo 6 § 1 que el examen prolongado de los tribunales nacionales de sus apelaciones lo privó efectivamente de su derecho de acceso a un tribunal.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

OIT NEWS

Los trabajadores de las zonas rurales se enfrentan a graves déficits de trabajo decente
Ir a texto

Las mujeres del sector de la salud y de los cuidados ganan un 24 por ciento menos que los hombres
Ir a texto

¿Hay sitio para el duelo en el trabajo? Podcast sobre el futuro del trabajo.
Ir a texto

ADMINISTRACIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Calendario estadístico

Índices de precios de exportación y de importación de productos industriales. Ir a texto

Índice de precios del trabajo. Ir a texto

Índices de producción industrial. Ir a texto

Índices de producción industrial. Mayo 2022. Ir a texto

Vida laboral de las personas con discapacidad. 2020. Ir a texto

IPC-IPCA. Índice de precios al consumo. Índice de Precios al consumo armonizado. Junio 2022. Ir a texto

Indicadores de Confianza Empresarial (ICE). Ir a texto
Segundo trimestre de 2022
El Índice de Confianza Empresarial Armonizado (ICEA) desciende un 4,0% en el segundo trimestre de 2022 respecto al primero
El 14,5% de los establecimientos empresariales prevén un trimestre favorable y el 30,6% son pesimistas sobre la marcha de su negocio

Estimación de defunciones semanales. 30/05/2022 a 03/07/2022. Ir a texto

Estimación mensual de nacimientos. Mayo 2022. Ir a texto

Índice de garantía de competitividad. Mayo 2022. Ir a texto

Indicadores de Actividad del Sector Servicios (IASS). Base 2015. Ir a texto
Abril 2022. Datos provisionales
La variación mensual de la cifra de negocios1 del Sector Servicios de Mercado es del 7,0% si se eliminan los efectos estacionales y de calendario
La tasa anual se sitúa en el 25,4% en la serie corregida de efectos estacionales y de calendario, y en el 24,5% en la serie original

El rincón de la conTraCultura

Silvia Ayestarán y
AG Stakanov

CINE

El cielo sobre Berlín

(128 min.)
Dirección: Win Wenders.
Guion Win Wenders.
Coproducción Alemania del Oeste (RFA)-Francia; Road Movies Filmproduktion, Argos Films. Disponible para suscriptores en Prime Video, Filmin, Apple TV y Rakuten.

Trailer

Toca traer a esta sección un género poco habitual en la gran pantalla pero al alcance de cada uno de nosotros a golpe de mando a distancia. A petición de una compañera lectora os presentamos Cielo sobre Berlín, paradigma de las películas experimentales de los años 80. Un género también llamado de Arte y Ensayo que, no nos olvidemos, tienen una larga tradición en la historia del cine patrio con baluartes como el aragonés Luis Buñuel (Un perro andaluz, 1929), el donostiarra Iván Zulueta (Arrebato, 1979) o el barcelonés José Luis Guerín (Tren de sombras, 1997), mientras que en el ámbito internacional cabe destacar por Suecia a Igmar Bergman (Persona, 1966), por EEUU a David Lynch (Terciopelo azul, 1986) y por la antigua Unión Soviética, aunque sus últimas creaciones fueron en Italia y Suecia, Andrei Tarkovski, cuya película El espejo (1975) afirma haberla visto

más de 20 veces el director danés Lars von Trier, padre del Manifiesto fílmico Dogma 95.

La película que traemos a colación, a medio camino entre la metafísica y la ensoñación, apropiada para que un bicho raro como Nick Cave pueda pasar desapercibido, proporciona un viaje por el Berlín dividido por el muro. Por allí vaga entre las personas un ángel, Bruno Ganz, que observa, escucha, reflexiona y ayuda a descomprimir la melancolía con la que tropieza sin cesar.

A lo largo de su viaje surgirán un hombre sabio y una princesa trapecista a la que rescatar y por la que acabará transformando su naturaleza en humana. Las metáforas y la poesía quedan al disfrute y perspicacia de cada espectador. Entre chapuzón y chapuzón de verano pueden zambullirse también en el universo del cine menos comercial, odiado por unos y amado por otros que, siempre y en todo caso, no les dejará indiferentes.

MÚSICA

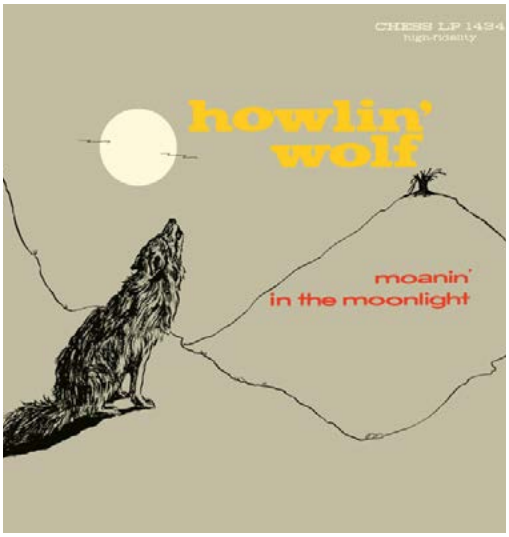
BLUES/ROCK/SOUL. LOS TRES COLORES BÁSICOS…

Howling Wolf

Moaning in the moolight (Chess, Blues, 1959)

Toca referirnos hoy a uno de los precursores del Rock and roll, el imponente bluesman *Howling Wolf*, 2 metros de humanidad y 140 kilos. Un perfil de púgil que encontró su destino lejos de los rings de Detroit y de las plantaciones de algodón a los que su destino (y su madre) parecía querer confinarle. Huyó a pie con 13 años a través de 140 km para encontrarse con su otro progenitor, que había huido a por tabaco algo antes. Esta héjira iniciática forjó una carrera que a buen seguro habría muerto en los campos de

Misisipi antes de nacer siquiera. En gesto coherente, la madre de Howling nunca quiso aceptar un dinero ganado a base de tocar la música del diablo. Quien sabe lo que escucharía esa reverenda señora…



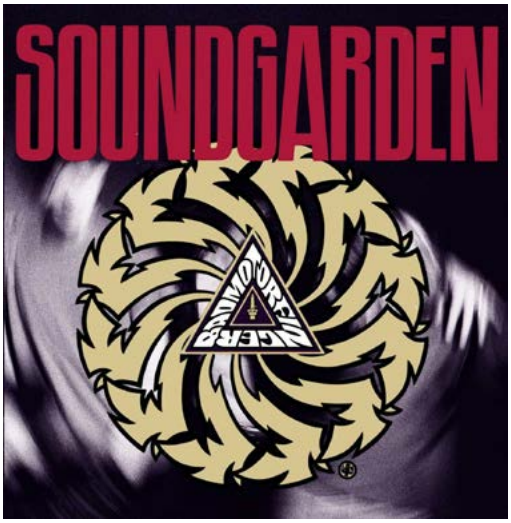
La reivindicación definitiva le llegó, como al gran Muddy Waters, con el desembarco de la invasión británica en 1965 y, principalmente, gracias a la primera gira de los Stones en USA, que lo invitaron a sus conciertos y **apariciones en TV.** Los entonces incipientes Rolling no se explicaban el poco conocimiento que tenía la juventud norteamericana de su producto nacional.

Sus últimos padrinos ya fueron norteamericanos, dejándose querer por los santones de la escena psicodélica (Hendrix, Doors y Grateful Dead). Howling aportó para la posteridad una de las mejores definiciones para el blues, totalmente alejada de ambiciones intelectuales. El maestro dijo: *"Si no tienes dinero, tienes el blues…".* Norma que bien parece haberse confirmado con los propios Stones, que hace ya mucho tiempo que perdieron su rumbo.

…Y SUS DERIVADOS (COMBINACIONES, PERMUTACIONES Y PERVERSIONES)

Soundgarden

"Badmotorfinger"
(A&M, 1991. Hard rock).



El otro día mencionábamos por elipsis al montaje icónico primario de la historia del Show bizz, al tiempo que destacábamos a los verdaderos forjadores del sonido, cuyo trabajo creativo servía de sustento material a los subproductos de la mercadotecnia. Esta historia es la que marcó el inicio del rock en los 50 y fue repitiéndose constantemente a medida que el negocio iba necesitando un revulsivo.

Tras la década perdida de los 80, dominada por los malditos video clips y el triunfo de la aparatosa y comercial MTV sobre las modestas e indies "FM", el rock corría el riesgo de entrar en una fase crítica definitiva. Este es el momento en que las grandes discográficas buscan en los clubes de Londres o en los cir-

cuitos regionales de gira norteamericanos nuevos productos. En Europa surgió el Brit pop de la mano de Oasis, Blur y Suede. En USA fue el momento del Grunge.

¿Qué es el Grunge?, nada más que el nombre que se dio al *hard rock* de los 90, si bien haya que reconocer que sus producciones no llegaban a la ambición barroca de Deep Purple, el glam pop de Whitesnake o Meatloaf, o la aparatosidad inane de Rainbow y sus seguidores MTV (Bon Jovi, Europe, Motley Crue..), ni por supuesto pretendían hacer olvidar la obra de los referentes máximos (Led Zeppelin o Black Sabbath). La escena de Seatle aportaba sonidos gruesos, con secciones rítmicas intensas, pero sin histrionismos (ni a la batería ni a la guitarra). De hecho, la formación más conocida (que tampoco aquí nombraremos) contaba con tres músicos notoriamente limitados, principalmente su estrafalario y suicida líder. En fin, Soundgarden es a Chuck Berry lo que los del disco del nene bajo el agua al Rockabilly de Graceland.

En una era ya poco escrupulosa con el sonido, dominada por el formato digital y la progresiva desaparición de los HIFI domésticos, la clasificación Grunge poco tenía que ver con la música y mucho con la apariencia, teniéndose finalmente por un descriptor de la moda, básicamente conectado a la indumentaria del caído escopeta en mano, a base de prendas outfit ajadas y menesterosas. De todo ese marasmo, no obstante, nosotros destacaremos a estos Soundgarden, a buen seguro la banda mejor dotada. Aquí dejamos un LP oculto por el estallido de Nevermind y esa campaña de imagen global que acabó devorando a su propio protagonista.

JAZZ/EXPERIMENTAL

Dave Brubeck

"Time out" (Columbia, 1959;
West Coast Jazz).

A finales de los 50 cobró protagonismo lo que se vino en llamar el *West coast Jazz*, justo en un momento en que la vanguardia jazz encaraba sus retos definitivos, dudando entre proseguir en el estándar de Charlie Parker (hard bop), abrazarse al mainstream y buscar el gran público (bastardización), o evolucionar por la senda dejada de forma prematura por Coltrane (Free, o New thing). Era el WCJ un formato dominado por blancos, mucho más ligero y a la vez tributario de influencias procedentes de la música clásica.

De entre todos sus artistas hemos de destacar a

Dave Brubeck (piano) y Paul Desmond (saxo), agrupados para la eternidad en el cuarteto del primero, y seguramente conocidos del gran público de la mano de **Take five,** sintonía en **5/8** que constituye un icono sonoro del jazz. Sobre su estructura planea hasta casi rozar el plagio algún **tema** del cancionero inmortal patrio.

Si la hipnótica cadencia de Take five os embarga hasta el punto de colocar vuestro reproductor en bucle, no temáis por que un oscuro aparatchick de discográfica se forre a vuestra costa. De hecho, lo lógico es que estéis contribuyendo con vuestra acción a la Cruz Roja norteamericana, titular de las regalías de la canción desde el fallecimiento de Paul Desmond en 1977.

EL CONTRAPUNTO:

Cierto que el verano no ofrece un buen ambiente para apuntalar importantes carreras artísticas; muy al contrario. De hecho, no se considera que el periodo estival ha empezado de verdad hasta que salta a la red el último petardazo de Leticia Sabater, que funciona a modo de heraldo de otros hits deformes y ominosos. El estiaje es sinónimo de decadencia y poco empeño, período en el que nos dejamos caer por la pendiente de la molicie tras un año de sacrificios y, en ocasiones, de una tan desesperante como improductiva operación bikini.

Aun admitiendo todos estos imponderables, hemos de decir aquí que la Rigobertíssima ha confirmado de forma definitiva la proverbial capacidad del periodo veraniego para destrozar sin remedio cualquier reputación artística. En fin, “apuntarse” al verano constituye toda una declaración de intenciones para un artista, como la de acabar tocando en Las Vegas para contables jubilados o hacer duetos con muertos. La Bandini está ya de rebajas.

Estos improperios los ha suscitado su relectura del clásico infantil **“Los días de la semana”** (Gaby, Fofó y Miliki), perpetrando una fechoría al alimón con otro subproducto catódico rescatado del taller de reparaciones (una tía con barbilla a la moda Habsburgo que estrello el mentón en Eurovisión tras protagonizar con su novio un culebrón de los de antes en el gulag televisado de OT). El que quiera ilustrarse que vaya por Internet, preferiblemente provisto de un barreño de ancho generoso, para así evitar que un espontáneo espasmo acabe arruinando esa alfombra que rescatamos de la casa del abuelo (el rojo no, el otro).

Total, que después de 50 años del lanzamiento de “los días de la semana”, hoy conocida por “Así bailaba, así, así”, aparece este compendio de corrección política en el Telediario veraniego advirtiendo a su público del trauma a que quedó sometida la población femenina infantil de los años 70, torturada de forma sistemática cada sábado por la tarde, cuando a un Clown y dos Augustos les daba por recordar que las niñas, antes de po-

nerse a jugar, debían atender un número de hasta 6 tareas domésticas. Al séptimo día, posiblemente en el interés por no contrariar la sensibilidad de las autoridades entonces encargadas de administrar moral (hoy son otras), la niña difería el placer lúdico a la conclusión de sus oraciones.

Si uno no hubiera vivido los últimos 50 años, cosa que a veces se desea, posiblemente le podrían explicar que toda una generación de niñas de este país, en lugar de aprender cómo se llamaban cada uno de los siete días de la semana (que era el modesto propósito de la canción), hubo de padecer una infancia atroz por culpa de la familia Aragón; condenadas sin remisión al ingrato trajín doméstico bajo la estricta y autoritaria mirada, es de suponer, de su madre, abuelas y hasta de alguna amiga de la casa. Pérfidas responsables de perpetuar los roles de género, ajenas a toda sororidad y quintacolumnistas del peor de los machismos. Además, mientras la niña o niñas reventaban el espinazo, las veteranas se podían entregar al vicio inmisericorde de la briscaza, mientras trasegaban sin contemplaciones un litro de anís del mono.

Dejando estas distopías convenientes a un lado, las chicas de mi generación se arreglan con esas prosaicas tareas más o menos igual que yo, la gran mayoría ha podido estudiar, se ha labrado un futuro más o menos desahogado y ha jugado todo lo que ha querido; y si en alguna medida han debido privarse no ha sido por culpa de su madre, ni de su abuela, ni siquiera de su padre. Tampoco las niñas de aquella generación gozaban de la compañía de ratones aficionados al ajedrez, ni aun las llamadas Susana, ni sus familias estaban siempre unidas, aunque sí fuera cierto que el auto de papá -el que lo tenía- fuera un asiduo del taller de la esquina. En suma, las temáticas de “los Payasos de la TV” se limitaban a cumplir con su tiempo y en ningún momento pretendieron impulsar un proyecto de ingeniería social, aun y cuando contaran con una plataforma de difusión extraordinaria (solo existía una cadena de televisión).

Incluso, ya puestos a analizar la relectura que la Bandini y su socia dan al tema inmortalizado por el venerable Fofó, lo primero que llama la atención es que esta “su niña”, antes de realizar cualquier otra actividad, prefiere bailar, cosa que queda bastante lejos de las preferencias y habilidades de esta suma sacerdotisa de la corrección política, tal y como demostró en la gala de preselección para el Eurofestival, en la que exhibió sin disimulo una destacada preferencia por el rezo (tomando los versículos del nuevo catecismo posmoderno, que tiene también su feligresía y sus púlpitos). En aquella preselección, la única niña que bailaba, cantaba y se divertía era Chanel, mientras que este muestrario de telepredicadoras empoderadas, profetas y divulgadoras de la moral posmoderna -formulario de subvención en ristre-, se limitaba a encajar ripios intrascendentes oscilando entre lo naïf y el arte por encargo. Provistas eso sí de un rictus estático y extático que ni la rotunda Mari Trini exhibió cuando ajustaba cuentas con el machismo setentero cantando **“Yo no soy esa”.**

CARTA SOCIAL EUROPEA

ARTÍCULOS Y JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

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

ARTÍCULO 31
Derecho a la vivienda

Puedes acceder a este y otros artículos de la carta social a través de este link:

Toda persona tiene derecho a la vivienda

Los Estados Partes deben tomar las medidas legales y prácticas necesarias[1]que cumplan con el objetivo de proteger eficazmente el derecho a la vivienda; tienen un margen de apreciación para determinar qué se debe hacer para asegurar el cumplimiento de la Carta, en particular en lo que respecta a la búsqueda del equilibrio entre el interés general y el interés de un grupo específico, así como las opciones a tomar en términos de prioridades de recursos.[2]

El artículo 31 no impone a los Estados Partes una obligación de resultado. Sin embargo, los derechos recogidos en la Carta Social son derechos que deben tomar una forma concreta y efectiva y no teórica. En consecuencia, los Estados Partes tienen la obligación, para que la situación pueda considerarse cumplida[3]:

a) implementar medios (normativos, financieros, operativos), adecuados para permitir un progreso real hacia el logro de los objetivos asignados por la Carta;

---

1 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Bulgaria, denuncia núm. 31/2005, decisión sobre. Fondo de 18 de octubre de 2006, § 35

2 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Bulgaria, denuncia núm. 31/2005, decisión sobre. Fondo de 18 de octubre de 2006, § 35

3 Movimiento Internacional ATD Cuarto Mundo c. Francia, denuncia n ° 33/2006, decisión sobre el bien. Fundada el 5 de diciembre de 2007, §§ 58-60

b) llevar estadísticas dignas de ese nombre que permitan comparar necesidades, recursos y resultados;
c) realizar una verificación periódica de la eficacia de las estrategias adoptadas;
d) definir etapas y no posponer indefinidamente la realización de las actuaciones que les hayan asignado;
e) prestar especial atención al impacto de las decisiones que tomen en todas las categorías de personas afectadas y especialmente en aquellas cuya vulnerabilidad es mayor.

En cuanto a los medios para avanzar genuinamente hacia la consecución de los objetivos asignados por la Carta, la obligación que incumbe a los Estados Partes no es solo tomar iniciativas legales, sino también poner a disposición los recursos y organizar los trámites necesarios con vistas a permitir el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Carta[4].

Cuando la realización de uno de los derechos en cuestión sea excepcionalmente compleja y particularmente onerosa, el Estado parte debería esforzarse por lograr los objetivos de la Carta en un plazo razonable, a costa de progresos mensurables, haciendo el mejor uso posible de los recursos que pueda movilizar.
En cuanto al mantenimiento de estadísticas, esta obligación es particularmente importante en lo que respecta al derecho a la vivienda, debido a la multiplicidad de medios de acción, de la interacción entre estos diferentes medios, así como, de los contraefectos que pueden darse debido a esta complejidad[5]

Sin embargo, las estadísticas solo tienen sentido si permiten comparar los recursos disponibles y los resultados obtenidos o avances con las necesidades observadas. Es importante que los poderes públicos presten especial atención al impacto de sus decisiones sobre los colectivos más vulnerables, en este caso en particular las familias y las personas en situación de exclusión o pobreza.

El artículo 31 se interpreta a la luz de los instrumentos internacionales pertinentes que sirvieron de inspiración a sus redactores o en concierto con los que se pretende aplicar: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, cuyo artículo 11 establece el derecho a la vivienda como parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:

4 Mouvement International ATD Quart Monde c. Francia, denuncia n ° 33/2006, decisión sobre lafundada el 5 de diciembre de 2007, §61

5 Mouvement International ATD Quart Monde c. Francia, denuncia n ° 33/2006, decisión sobre la fundada el 5 de diciembre de 2007, §63

31. 1. a favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente;

Definición y ámbito de aplicación

Los Estados Partes deben garantizar el derecho a una vivienda adecuada para todos[6]. Deben promover el acceso a la vivienda, en particular para las diversas categorías de personas vulnerables, a saber, las personas de bajos ingresos, los desempleados, las familias monoparentales, los jóvenes y las personas con discapacidad (especialmente los enfermos mentales)[7].

El concepto de vivienda de un nivel adecuado debe definirse en la ley. Por "vivienda de un nivel adecuado" nos referimos a:

1. Vivienda saludable, es decir, que cuente con todos los elementos esenciales de confort (agua, calefacción, eliminación de basura doméstica, instalaciones sanitarias, electricidad, etc.) y donde estén controlados determinados factores de riesgo, como el plomo o el amianto.

2. Viviendas no masificadas, es decir, viviendas cuyo tamaño se adapte al número de miembros y a la composición del hogar de quienes residan en ellas;

3. alojamiento con garantía legal de ocupación continuada; este aspecto está comprendido en el artículo 31 §2[8].

La definición debe aplicarse no solo a las nuevas construcciones, sino también gradualmente al parque de viviendas existente, tanto viviendas de alquiler como viviendas ocupadas por sus propietarios[9].

Deben tomarse medidas positivas en el ámbito del alojamiento de personas vulnerables, prestando especial atención a los romaníes y los nómadas. Debido a su historia, los romaníes constituyen un tipo especial de minoría desfavorecida y vulnerable. Por tanto, necesitan una protección especial. Esto implica prestar especial atención a sus necesidades y a su propia forma de vida tanto en el marco regulatorio en consideración como en la toma de decisiones en casos puntuales[10].

Un problema de incumplimiento de esta disposición en varios países se debió a la falta de un número suficiente de áreas de recepción para los Viajeros, así como a las malas condiciones de vida de estos sitios[11].
Asimismo, los programas de realojamiento que dieron lugar a la segregación es-

6 Conclusiones 2003, Francia

7 Conclusiones 2003, Italia

8 Conclusiones 2003, Francia

9 Conclusiones 2003, Francia

10 Centro de Derechos de Vivienda y Desalojos (COHRE) v. Italia. Denuncia n ° 58/2009, decisión sobre el fondo de 25 de junio de 2010, §§ 39 y 40

11 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Francia. Denuncia n ° 51/2008, decisión sobre el fondo de 19 de octubre de 2009, §§ 38, 39, 49

pacial y social de los gitanos (viviendas mal construidas, en las afueras de las ciudades, aisladas del resto de la población), también dieron lugar a violaciones de la Carta[12].

Eficacia

Es responsabilidad de las autoridades públicas asegurarse de que la vivienda sea de un nivel suficiente, recurriendo a varios medios: análisis de las características del parque de edificios, mandamientos judiciales a los propietarios que no respeten sus obligaciones, normativa urbanística, obligación de limpieza impuesta a los propietarios. Los gobiernos también deben evitar la interrupción de servicios esenciales como el agua, la electricidad y los teléfonos[13].
Incluso cuando la legislación nacional confiere a los organismos locales o regionales, sindicatos u organismos profesionales la responsabilidad de ejercer una función determinada, los Estados Partes de la Carta siguen obligados, en virtud de sus obligaciones internacionales, a garantizar que estas responsabilidades se asuman debidamente. La responsabilidad, si no por la implementación de una política, al menos por el seguimiento y regulación de las intervenciones locales, por lo tanto, recae, en última instancia, en el Estado, que debe demostrar que las autoridades locales y él mismo han tomado las medidas necesarias. para asegurar la efectividad de las acciones locales.[14] [15]

Tutela judicial

Para ser efectivo, el derecho a una vivienda de un nivel adecuado debe estar protegido legalmente por garantías procesales adecuadas: el ocupante debe poder interponer acciones judiciales o ante otro tipo de organismos imparciales y asequibles[16]. La acción debe ser efectiva[17].

31.2. a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;

3. a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.

---

12 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Portugal. Queja No. 61/2010 Decisión de fondo de 30 de junio de 2011, §48

13 Conclusiones 2003, Francia

14 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Italia, Queja No. 27/2004, Decisión sobre Fondo de 7 de diciembre de 2005, § 26

15 Federación de Asociaciones Nacionales para el Trabajo con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Francia,
Queja No. 39/2006, decisión sobre el fondo de 5 de diciembre de 2007, § 79

16 Conclusiones 2003, Francia

17 Federación de Asociaciones Nacionales para el Trabajo con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Francia, Queja No. 39/2006, decisión sobre el fondo de 5 de diciembre de 2007, § 80-81

Definición

Las personas sin hogar son personas que legalmente no tienen vivienda u otra forma de alojamiento suficiente en el sentido del artículo 31§1.[18] [19] [20]

La falta de vivienda

Los Estados Partes deben actuar para evitar que las personas vulnerables se queden sin hogar. Además de la implementación de una política de vivienda a favor de todas las categorías desfavorecidas de la población que les permita acceder a la vivienda social (ver artículo 31 §3).[21] [22]

Si bien las autoridades estatales tienen un amplio margen de apreciación cuando se trata de implementar medidas de planificación urbana, deben lograr un equilibrio justo entre el interés general y los Derechos fundamentales de las personas - en este caso el derecho a la vivienda y su corolario, que es evitar que los afectados se queden sin hogar.[23]

El desalojo es la privación de la vivienda ocupada por motivos de insolvencia u ocupación ilícita.[24]Los Estados deben establecer procedimientos para limitar el riesgo de desalojo.
Es probable que la ocupación ilegal de terrenos o viviendas justifique el desalojo de ocupantes ilegales. Sin embargo, los criterios para la ocupación ilegal no deben entenderse de una manera demasiado amplia.

La expulsión debe estar prevista por normas suficientemente protectoras de los derechos de las personas afectadas y llevada a cabo de conformidad con estas normas[25].

La protección jurídica de las personas objeto de una orden de desalojo debe incluir, en particular, la obligación de consultar con las personas interesadas, cuyos objetivos son los siguientes: buscar soluciones alternativas al desalojo, fijando un plazo razonable de preaviso antes de la fecha de expulsión.

---

18 Conclusiones 2003, Italia

19 Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos, Demanda No. 90/2013, Decisión sobre el fondo del 1 de julio de 2014, §138

20 Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTSA) c. Países Bajos, Demanda No. 86/2012, Decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2014, §106

21 Conclusiones 2005, Lituania

22 Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos, Demanda No. 90/2013, Decisión sobre el fondo del 1 de julio de 2014, §136

23 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Bulgaria, denuncia núm. 31/2005, decisión sobre la
Fondo de 18 de octubre de 2006, § 54

24 Conclusiones 2003, Suecia

25 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Grecia, denuncia núm. 15/2003, decisión sobre
Fondo de 8 de diciembre de 2004, § 51

Cuando se produzca la expulsión, ésta deberá realizarse en condiciones que respeten la dignidad de las personas afectadas. La ley debe prohibir realizar el desalojo de noche o en invierno. Cuando el interés general justifique el desalojo, las autoridades deben asegurarse de que sean realojadas o se les proporcione ayuda financiera[26].

Además, la legislación nacional debe prever acciones legales, ofrecer asistencia jurídica a quienes la necesiten para buscar reparación en los tribunales y proporcionar una indemnización en caso de desalojo ilegal.

Derecho a la vivienda

Según el artículo 31 § 2, se debe ofrecer refugio a las personas sin hogar como solución de emergencia. Además, para que se respete la dignidad, el alojamiento temporal también debe cumplir con los requisitos de seguridad, salud e higiene, contar con elementos esenciales de confort como el acceso al agua y la calefacción, y una iluminación suficiente. Otro requisito fundamental es la seguridad del entorno inmediato.[27] [28]

Los Estados deben proporcionar plazas suficientes en los refugios de emergencia[29] y las condiciones de vida en estas estructuras de recepción deben respetar la dignidad de las personas.[30]

Debería prohibirse el desalojo del alojamiento de emergencia sin un alojamiento alternativo propuesto[31].

La provisión de alojamiento temporal, por decente que sea, no puede considerarse una solución satisfactoria y las personas que viven en tales condiciones deben recibir un alojamiento de un nivel suficiente dentro de un plazo razonable. Además, las medidas deben ayudarlos a superar sus dificultades y no volver a caer en ellas.[32] [33]

---

26 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Bulgaria, denuncia núm. 31/2005, decisión sobre la
Fondo de 18 de octubre de 2006, §

27 Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos, Demanda No. 90/2013, Decisión sobre el fondo del 1 de julio de 2014, §138

28 Defensa de los Niños Internacional c. Países Bajos, denuncia No. 47/2008, decisión sobre el fondo de 20 de octubre de 2009, § 62

29 Federación de Asociaciones Nacionales para el Trabajo con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Francia,
Queja No. 39/2006, decisión sobre el fondo de 5 de diciembre de 2007, § 107

30 Federación de Asociaciones Nacionales para el Trabajo con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Francia,
Queja No. 39/2006, decisión sobre el fondo del 5 de diciembre de 2007, § 108-109

31 Conclusiones 2015, Observación interpretativa del artículo 27 § 2

32 Conclusiones 2003, Italia

33 Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos, denuncia n ° 90/2013, decisión sobre el fondo del 1 de julio de 2014, §140

El derecho a la vivienda está estrechamente vinculado al derecho a la vida y es fundamental para el respeto de la dignidad humana de todas las personas. De acuerdo con el artículo 31 § 2 de la Carta, los Estados Partes están obligados a brindar alojamiento adecuado a los niños y adultos en situación irregular en su territorio siempre que estén bajo la jurisdicción de ese país[34] [35] [36]

Debe prohibirse la expulsión de los lugares donde se alojan personas en situación irregular en el territorio de un Estado Parte, ya que coloca a los afectados, en particular a los niños, en una situación de extrema angustia, contraria al respeto de la dignidad humana. Los Estados Partes no están obligados a ofrecer a los migrantes en situación irregular una solución alternativa de alojamiento en forma de alojamiento permanente en el sentido del artículo 31[37] §1.

31.3 a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes

La vivienda es asequible cuando el hogar que la ocupa puede asumir los costos iniciales (garantía, alquiler anticipado), el alquiler actual y otros costos (costos de operación, mantenimiento y administración, por ejemplo) durante un largo período, manteniendo un nivel mínimo de vida, tal como lo entiende la comunidad en la que opera[38]. Con el fin de establecer que se tomen medidas para hacer accesible el costo de la vivienda a las personas que no cuentan con recursos suficientes, corresponde a los Estados Partes de la Carta demostrar, no cuál es la tasa promedio de esfuerzo requerido de todos los solicitantes de vivienda, sino que la tasa de esfuerzo de los demandantes de vivienda más desfavorecidos es compatible con su nivel de recursos.[39]

Los Estados Partes son responsables de:

- tomar las medidas adecuadas para promover la construcción de viviendas, en concreto viviendas sociales; [40] dichas viviendas deben dirigirse, en particular, a los más desfavorecidos;[41]

---

34 Defensa de los Niños Internacional c. Países Bajos, denuncia No. 47/2008, decisión sobre el fondo de 20 de octubre de 2009, § 47

35 Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos, denuncia n ° 90/2013, decisión sobre el fondo del 1 de julio de 2014, §§128-129

36 Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con las personas sin hogar (FEANTSA) c. Países Bajos, denuncia núm. 86/2012, decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2014, §§60, 110

37 Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTSA) c. Países Bajos, denuncia núm. 86/2012, decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2014, §§60, 110

38 Conclusiones 2003, Suecia

39 FEANTSA c. Eslovenia, demanda No. 53/2008 decisión sobre el fondo del 8 de septiembre de 2009, § 72. 155

40 Conclusiones 2003, Suecia

41 Movimiento Internacional ATD Cuarto Mundo c. Francia, denuncia n ° 33/2006, decisión sobre la Fondo de 5 de diciembre de 2007, §§ 98-100

- tomar medidas para reducir períodos de asignación excesivamente largos. Deben existir recursos judiciales o de otro tipo en caso de plazos de asignación excesivos; [42]

- proporcionar asistencia para la vivienda a personas de bajos ingresos y categorías desfavorecidas de la población.[43] El subsidio para vivienda es un derecho individual: todos los hogares que tienen dicho derecho deben recibirlo; En caso de denegación del subsidio, deben preverse tutela judicial.[44]

Todos los derechos así garantizados deben serlo sin discriminación, en particular contra los romaníes o los nómadas[45].

---

42 Movimiento Internacional ATD Cuarto Mundo c. Francia, denuncia n ° 33/2006, decisión sobre la Fondo de 5 de diciembre de 2007, §§ 131

43 Conclusiones 2003, Suecia

44 Conclusiones 2005, Suecia

45 Movimiento Internacional ATD Cuarto Mundo c. Francia, denuncia n ° 33/2006, decisión sobre la Fondo de 5 de diciembre de 2007, §§ 149