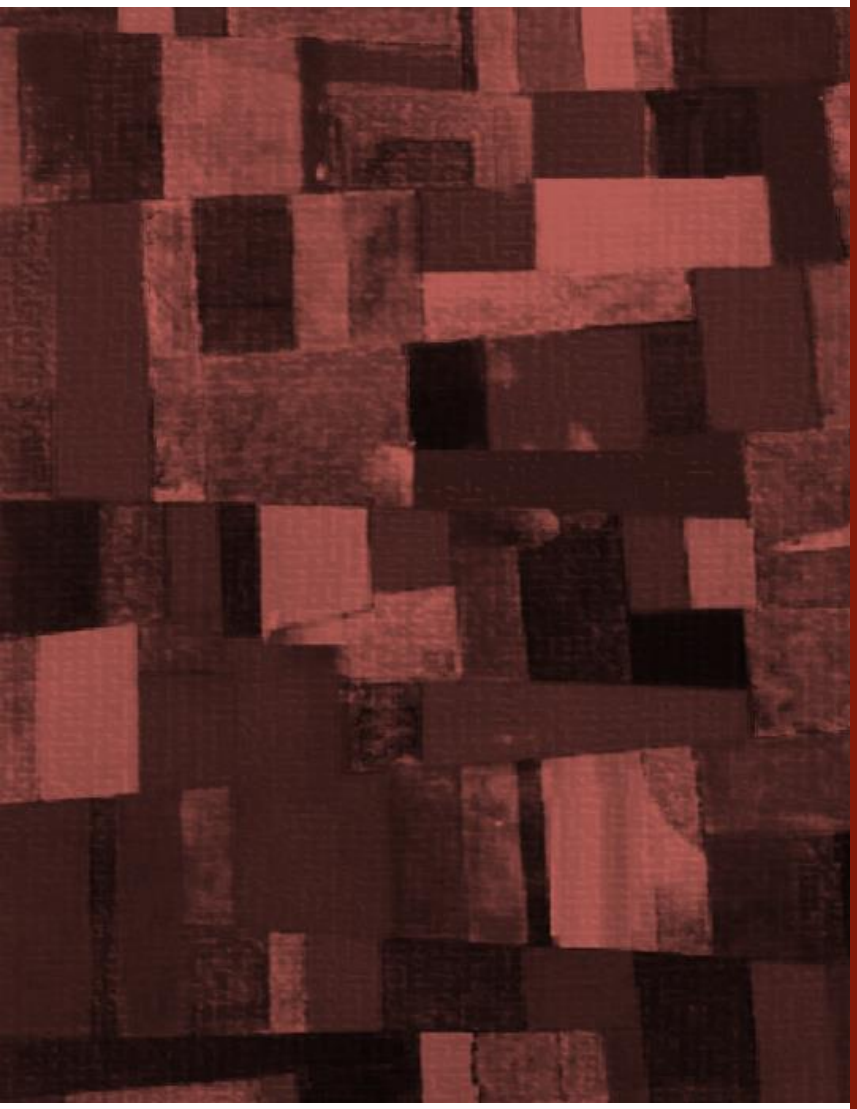
Número 216

JURISDICCIÓN SOCIAL

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

Noviembre 2020



Editorial

Artículos

Legislación

Negociación colectiva

Jurisprudencia

Organización Internacional del Trabajo

Administración del Trabajo y Seguridad Social

Cultura y trabajo

Carta Social Europea

Juezas y Jueces
para la Democracia

Comisión de lo Social
Juezas y Jueces para la Democracia
www.juecesdemocracia.es

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

EDICIÓN Y MAQUETACIÓN

Alba Bódalo Pardo
Fátima Mateos Hernández

CONSEJO ASESOR EXTERNO

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

ISSN

ISSN 2695-9321
Jurisdicción social
Editado en Madrid por Juezas y Jueces para la Democracia

ÍNDICE

EDITORIAL

ARTÍCULOS

- La extinción del contrato en el marco del COVID-19 y su calificación judicial. Joan AGUSTÍ MARAGALL

LEGISLACIÓN

- Unión Europea
- Estatal
- Comunidades Autónomas

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Estatal
- Autonómica

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgados de lo Social
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EL RINCÓN DE LA CONTRACULTURA

CARTA SOCIAL EUROPEA

EDITORIAL

Dos hechos de importancia en el ámbito que nos compete se han producido este último mes. El pasado 10 de noviembre se daba el primer paso para la ratificación de la Carta Social Europea revisada, pendiente desde el año 1996, al acordarse la remisión al Congreso de los Diputados para que por el procedimiento de urgencia las Cortes respalden la adhesión de España al texto europeo más importante en la garantía de los derechos sociales. Ratificación ineludible para poder consolidar nuestro Estado Social, ya iniciada con el anterior gobierno, pero frustrada con la disolución de las Cortes. En esta ocasión se han iniciado, también, los trámites para la adhesión de España al Protocolo de Reclamaciones Colectivas, que permitirá que los agentes sociales y ONGs puedan denunciar al Estado ante el Comité Europeo de Derechos Sociales por los incumplimientos de la Carta.

Por otro lado, el día 19 de este mes el Congreso de los Diputados dio luz verde a las recomendaciones incluidas en el Informe que, a finales de octubre, aprobó la Comisión de seguimiento y evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo sobre la reforma del sistema público de pensiones. Una de las medidas más esperadas era la relativa al mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas por ley, mediante su revalorización anual conforme al IPC real. En materia de jubilación merece la pena destacar la novedad consistente en la posibilidad de elección de los años más favorables en orden a determinar la base reguladora de la prestación. Pero, quizá, una de las recomendaciones más interesantes y necesarias es la número 17, que reconoce la existencia de brechas salariales en distintas esferas y ahonda en la necesidad de garantizar la igualdad efectiva en el ámbito laboral y en el prestacional, incidiendo en los cuidados, la corresponsabilidad y la necesidad de revalorizar el empleo en el hogar y de equiparar sus condiciones laborales y de protección social.

También son dos las Sentencias del TJUE que queremos destacar. La STJUE de 14 de octubre de 2020 (C-681/18) relativa al control del abuso en la temporalidad en las cesiones de trabajadores a través de ETT, y la STJUE de 11 de noviembre de 2020 (C300/19) que concluye que a los efectos del cómputo de los umbrales del despido colectivo se debe considerar todo periodo de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar el despido individual.

En el ámbito interno, juzgando con perspectiva de género, el Tribunal Supremo confirmaba la Sentencia del TSJ de Cataluña (rec 379/2018), que había reconocido el derecho a la pensión de viudedad de una mujer, pareja de hecho del causante, pero que en el momento del fallecimiento de éste no estaba unida ni convivía con él por razón de violencia de género. Interpretación que ya habían realizado otras Salas de Tribunales Superiores de Justicia, como Las Palmas y Galicia, y que ahora revalida en unificación de doctrina el Tribunal Supremo.

Y al hilo de prestaciones y de su interpretación con perspectiva de género, os compartimos dos Sentencias muy innovadoras, las dos de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de País Vasco, cuya lectura detallada os recomendamos.

En la primera, con base en la aplicación directa del Convenio sobre los Derechos del Niño se reconoce a la madre de una familia monoparental el derecho de añadir a su prestación de nacimiento y cuidado del menor las ocho semanas que le hubiesen correspondido al otro progenitor en el caso de tratarse de una familia biparental. En la segunda, partiendo de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y el valor superior de protección del menor, se reconoce una base reguladora del 100% a trabajadora que encontrándose en reducción de jornada, accede a la prestación por hijo con enfermedad grave.

Y siguiendo con el principio de corresponsabilidad que debe inspirar los derechos de conciliación familiar incorporamos una Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell.

En este número publicamos un novedoso y muy completo artículo de nuestro compañero Joan Agustí en el que aborda, como objeto central, la calificación judicial de los despidos producidos en el marco del Covid-19, tanto los fundamentados en causas objetivas como aquellos fundados en causa subjetiva de la persona trabajadora vinculada al Covid-19. Analiza, con carácter previo, los puntos críticos del marco jurídico "ordinario" relativo a la extinción contractual, y que se ha visto agravado por la emergencia de la aplicación del control de convencionalidad por parte de órganos judiciales en relación al Convenio nº 158 OIT y por la reapertura del debate sobre la calificación judicial del despido sin causa. Este artículo se corresponde con la ponencia que fue impartida en la Jornada sobre "La contención del empleo en la contingencia sanitaria", celebrada en formato Webinar en la Universitat Oberta de Catalunya el pasado día 17 de noviembre bajo la coordinación del profesor Ignasi Beltrán de Heredia.

Complementando dicho artículo, hemos incluido la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña dictada por el Pleno de la Sala de lo Social en la que se analizan las consecuencias de los despidos efectuados sin alegación de causa alguna. Dicha Sentencia cuenta con un importante voto particular de nuestro compañero, suscrito por ocho magistrados/as más de la Sala.

Concluimos la sección de jurisprudencia con una novedosa Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Palma de Mallorca sobre el alcance de la impugnación individual del despido colectivo finalizado por acuerdo y el control de convencionalidad en relación al Convenio 158 OIT, y otras dos Sentencias, una de la Sala del TSJ Cataluña y otra del Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid en aplicación de la doctrina del TJUE sentada en las Sentencias Ring y Daoudi.

Cerramos la revista con una nueva entrega de la Carta Social Europea, este mes se analiza el artículo 12 relativo a la seguridad social, así como con las queridas recomendaciones del Rincón de la contraCultura.

ARTÍCULO

La extinción del contrato en el marco del COVID-19 y su calificación judicial[1].

Joan Agustí MARAGALL
Magistrado especialista. Sala Social TSJ Catalunya

RESUMEN[1]

El texto del presente artículo se corresponde con la ponencia presentada en la Jornada sobre "La contención del empleo en la contingencia sanitaria", celebrada en formato Webinar en la Universitat Oberta de Catalunya, en fecha 17.11.2020, bajo la coordinación del profesor Ignasi Beltrán de Heredia".

El artículo aborda, como su objeto central, la calificación judicial de los despidos producidos en el marco del Covid-19, tanto los fundamentados en causas objetivas (fuerza mayor o causas ETOP), como aquellos que lo sean por causa subjetiva de la persona trabajadora vinculada al Covid-19 (contagio, infección, confinamiento preventivo, etc.). Pero, a tal fin y con carácter previo, aborda los puntos críticos del marco jurídico "ordinario" relativo a la extinción contractual, agudizado en los últimos meses por la emergencia de la aplicación del control de convencionalidad por parte de órganos judiciales en relación al Convenio nº 158 OIT o por la reapertura del debate, nunca cerrado, sobre la calificación judicial del despido sin causa.

ÍNDICE

I.- A modo de introducción

II – La extinción del contrato -y su calificación judicial- en el marco jurídico "ordinario": puntos críticos

1. La anómala pervivencia del "despido improcedente" como facultad extintiva normalizada.

[1] (El texto del presente artículo se corresponde con la ponencia presentada en la Jornada sobre *"La contención del empleo en la contingencia sanitaria",* celebrada en formato Webinar en la Universitat Oberta de Catalunya, en fecha 17.11.2020, bajo la coordinación del profesor Ignasi Beltran de Heredia)

2. La expulsión del“ despido exprés” en la Ley 3/12 de reforma laboral.
3. La necesaria evolución de la considerada como “actual” doctrina del Tribunal Supremo.
4. La doctrina constitucional sobre la exigencia causal: el artículo 35.1 CE y el derecho constitucional a no ser despedido si no existe una causa justa.
5. El Convenio n.º 158 de la OIT: su prevalencia y sus mandatos.
6. El control de convencionalidad según la doctrina constitucional.
7. Pronunciamientos de control de convencionalidad en relación al Convenio 158 OIT.
8. La vía de la interpretación conforme: el voto particular a la sentencia de Sala General de 21.7.20 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

III.- La extinción del contrato por fuerza mayor o causas objetivas ETOP vinculadas al COVID-19 y su calificación judicial

1. La norma determinante de la calificación judicial del despido en el marco COVID 19: el art. 2 del RDL 9/2020, en relación a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020.
2. La división de la doctrina científica respecto del art. 2 del RDL 9/2020.
3. Los primeros pronunciamientos judiciales.

IV.- Propuesta interpretativa personal

1. El restringido margen de interpretación que admite el art. 2 del RDL 9/2020-.
2. Potenciación, que no imposición, de las medidas de flexibilidad interna: la obligada lectura de los preámbulos de los RDL 8 y 9/2020.
3. ¿Prohibición de despido o limitación a la justificación de causalidad extintiva?
4. Alcance de la limitación en la justificación de la causalidad del despido.
5. La necesaria contextualización y actualización de la restricción a la justificación causal: la opción extintiva como “última ratio” frente a la flexibilidad interna
6. Calificación judicial del despido ex art. 2 RDL 9/20.

V.- El posible carácter discriminatorio del despido por causa subjetiva COVID

1. La incomprensible omisión del legislador de emergencia.
2. La protección normativa del trabajador en situación de incapacidad temporal hasta 1994.
3. La Ley 11/ 1994 y la desprotección normativa de la situación de incapacidad temporal.
4. El origen de la actual doctrina del Tribunal Supremo: la STS de 29.1.01 .
5. ¿Validación constitucional de la doctrina del Tribunal Supremo?: la STC 62/08.
6. La ampliación del concepto “discapacidad” en la jurisprudencia del TJUE.
7. Preguntas y respuestas para la adecuada aplicación de la doctrina Ring y Daouidi.
8. ¿Asunción de la doctrina Ring y Daouidi en la doctrina del Tribunal Supremo?: las STS de 22.5.20 y 15.9.20.
9. Razones para el entendimiento como discriminatoria de toda extinción o despido por causa “subjetiva” vinculada al COVID-19.

I.- A modo de introducción

Los distintos colectivos profesionales que operamos en el ámbito del orden social nos enfrentamos, ya desde hace unos meses, a una situación insólita y grave: la crisis sanitaria que padecemos por causa del COVID 19 y las medidas legislativas excepcionales y urgentes reactivas a la misma están comportando una severa alteración en el sistema de relaciones laborales y en la aplicación de la normativa laboral, la ordinaria ya existente y la promulgada con carácter extraordinario.

En el ámbito laboral, todas las medidas se han encaminado –como se explicita en el preámbulo del RDL 8/2020- a "*apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo*", reforzando y agilizando las medidas de "flexibilidad interna" (suspensión de contratos y reducción de jornada), el trabajo a distancia y los derechos de conciliación, en especial, el de adaptación de jornada. Por el contrario, en lo que se refiere a la "flexibilidad externa" o facultades extintivas, se introduce una limitación en la justificación causal del despido objetivo por causas ETOP.

El propósito de mi exposición es centrarme, principalmente, en el análisis de las alteraciones en el régimen jurídico de la extinción de los contratos de trabajo y de su calificación judicial. Pero, como señalaba hace pocas horas el profesor Ignasi Beltrán de Heredia en una de nuestras habituales charlas, la normativa excepcional por causa de COVID, si bien regula específica y excepcionalmente las situaciones originadas por la pandemia, no sustituye a la normativa ordinaria durante la emergencia, sino que "convive" con la misma. Y, en lo que al despido se refiere, son bastantes y recientes los pronunciamientos judiciales que denotan que este marco regulador "ordinario", o la jurisprudencia mayoritaria que lo ha interpretado hasta ahora, está siendo abiertamente cuestionado y ello puede afectar, indefectiblemente, también a la calificación judicial de las extinciones producidas por causa del COVID 19, en cualquiera de sus variantes.

Más en concreto, la consideración de la causa como un requisito formal o un elemento esencial (con la incidencia de tal cuestión en la calificación judicial del despido), la adecuación régimen indemnizatorio al art. 10 del Convenio nº 158 OIT y el posible carácter discriminatorio del despido por causa de enfermedad (y ahora, por COVID) son debates que distan mucho de estar cerrados. De ahí que entienda obligado empezar haciendo una referencia estos puntos críticos del marco regulador ordinario del despido y su calificación judicial.

II – La extinción del contrato -y su calificación judicial- en el marco jurídico "ordinario": puntos críticos.

1.- La anómala pervivencia del "despido improcedente" como facultad extintiva normalizada.

No existe –ya- en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a despedir improcedentemente. Esta afirmación, que en el plano del "deber ser" ser puede parecer una perogrullada, a otros –des del plano de la realidad, o incluso de "lo oportuno"- les parecerá una provocación innecesaria.

Pero lo cierto es que en nuestro marco normativa las facultades extintivas están sometidas a la concurrencia de causa y control judicial, y la improcedencia es una de las posibles calificaciones judiciales, pero de ahí ya no podemos inferir el derecho a despedir "improcedentemente" sin causa o con causa ficticia.

Y sin embargo, esta anómala facultad extintiva no sólo pervive en la actualidad sino que, en mi opinión, sigue insertada en el inconsciente de un sector importante de la jurisdicción y de la doctrina científica y juega un papel perturbador en el abordaje de los "nuevos escenarios" que se nos presentan, especialmente en el excepcional marco actual.

2.- La expulsión del" despido exprés" en la Ley 3/12 de reforma laboral.

En efecto, mal que ciertos sectores doctrinales y profesionales parecen ignorarlo, la Ley 3/2012 de Reforma Laboral suprimió la posibilidad de reconocer unilateralmente la improcedencia del despido (excepto en conciliación judicial o administrativa, en el marco de una transacción conciliatoria) y, con ella, la figura del "despido exprés", supresión que se justificó en la exposición de motivos de esta Ley en los siguientes y categóricos términos:

> *"El «despido exprés» crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurran conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales".*

Esta supresión del "despido exprés" (a cargo –por cierto- del mismo legislador que lo introdujo), y las razones que la fundamentan, ponen bien de manifiesto la voluntad del legislador de restaurar plenamente la "causa" como elemento esencial del marco regulador del despido, cuando –en la práctica- la figura suprimida, "el despido exprés", la había banalizado, al convertirla en un requisito estrictamente formal.

Conviene detenerse en las dos razones invocadas por el legislador para suprimir esta figura:

-Por generar inseguridad a los trabajadores/as, al posibilitar despidos basados exclusivamente en el coste económico y no en las causas previstas legalmente (disciplinarias y/u objetivas). Razón, por tanto, que afecta directamente al derecho constitucional al trabajo (art. 35 CE) que integra el derecho a no ser despedido si no es por "justa causa".

-Por limitar sus posibilidades de impugnación judicial, con clara afectación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Por tanto, esta explícita y fundamentada opción del legislador en favor de "recausalizar" el despido, en defensa del derecho a no ser despedido si no es por justa causa disciplinaria u objetiva (y no estrictamente "economicista"), y en pro del derecho a la tutela judicial efectiva, debería tener la lógica correspondencia en la calificación judicial y sancionar los despidos sin causa o causa ficticia con la declaración de nulidad, ya sea por lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya sea por su carácter en fraude de ley.

De no producirse esta necesaria evolución doctrinal, de mantenerse el criterio partidario

de la mera calificación de la “improcedencia”, no sólo se estaría contraviniendo la voluntad del legislador (al no eliminar, en la práctica, “el despido exprés”, tal y como pretendía la Ley 3/2012), sino que –de hecho- se estaría potenciando la figura que se pretendía eliminar: las empresas podrían despedir con causa ficticia (disciplinaria u objetiva), sin necesidad ni siquiera de consignar el importe de la indemnización en el perentorio plazo de cinco días (como exigía la Ley 45/02), y esperar -tranquila y confiadamente- que, meses después y sólo en el caso de que el trabajador haya reclamado judicialmente (con los gastos que ello le comporta), se declare la improcedencia y ejercer la opción indemnizatoria para exonerarse de la obligación de abonar los salarios de tramitación, y esto sin la garantía –como al menos sí propiciaba aquella Ley- del cobro efectivo de la indemnización (que ahora queda al azar de la ejecución, voluntaria o forzosa, de la sentencia).

3.- La necesaria evolución de la considerada como “actual” doctrina del Tribunal Supremo.

Recurrentemente, cuando planteo esta cuestión en distintos foros, se me recuerda que ahora mismo, ciertamente, la doctrina del Tribunal Supremo el despido sin causa o en fraude de ley sigue mereciendo la calificación judicial de la simple “improcedencia”. Así lo ha reiterado la STS 29.11.17, último pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta cuestión: *"Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido -concluye STS 29-2-2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo.*

Y, previamente, en la STS de 5.5.15, invocada habitualmente como “referente”, con mayor extensión, reitera esta doctrina en su tercer fundamento jurídico:

> *“...a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563) (LPL de 1990 (RCL 1990, 578, 1653) , no modificado en este punto en el texto refundido de 1995 ni en la vigente LRJS (RCL 2011, 1845) , el art. 108.2 ésta última disposición "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese.*
>
> *Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2- 11-1993 (RJ 1993, 8346) (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (RJ 1994, 352) (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (RJ 1996, 4612) (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (RJ 1998, 447) (rec. 1649/1997). "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido -concluye STS 29-2- 2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo.*
>
> ***4.-** Así pues, la cuestión debatida, como se ha anticipado, se ha resuelto ya por la Sala, entre otras, en las sentencias de 22 de enero de 2008 (RJ 2008, 1621) (R. 3995/2006), 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048) (R. 602/2008) y 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 1183) (R. 3907/2006). Esta última sentencia, igual que la más reciente, además de mantener la doctrina jurisprudencial anterior sobre la calificación*

de improcedencia del despido motivado por "bajas médicas" del trabajador, ofrecen también respuestas a la mayoría de los argumentos específicos que aparecen en el presente debate procesal. A sus razonamientos y decisión final hemos de atenernos ahora por evidentes razones de seguridad jurídica.".

Debo señalar, ello no obstante, que todos estos pronunciamientos, incluso el de 29.11.17, se refieren todavía a despidos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 3/2012 y, por tanto, el despido "exprés" aún no había sido ya expresamente expulsado de nuestro ordenamiento jurídico.

Es necesario tener presente, además y como segundo elemento normativo diferencial relevante respecto al marco normativo vigente, que el origen de la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo -como recuerda la propia STS 29.11.17- radica en las STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), y STS 19-1-1994, (rec. 3400/1992), que pusieron fin a la figura jurisprudencial de "el despido radicalmente nulo por fraude de ley", al no constar tipificada normativamente esta causa de nulidad en la Ley de Procedimiento Laboral promulgada el año 1990. Y que en aquel marco normativo, la compensación económica derivada de la declaración de improcedencia del despido era muy superior a la actual, no sólo por el superior baremo indemnizatorio, sino - principalmente - por el obligado pago de los salarios de tramitación (de fácil exoneración, desde la Ley 45/02).

En todo caso, cabe señalar, también, que lo que no hizo el Tribunal Supremo en aquellas sentencias es degradar la "causa" del despido a un requisito estrictamente formal, ni descartar que la ausencia de la misma se pudiera calificar de nulidad por vulneración de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tal como entendió un sector de la doctrina científica: *"la alteración producida por la Ley 11/1994 del sistema establecido, que vinculaba la forma del despido a la defensa del trabajador frente a la decisión extintiva empresarial, no puede entrañar una violación de los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores, incluido, desde luego, su derecho a la tutela judicial efectiva como titulares de derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE), para avanzar ya –a continuación- que "la ausencia de forma en el acto de despido causante de indefensión, «entendida como situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa» (TC S 38/1981, f.j. 8), habrá de dar lugar necesariamente, no a la declaración judicial de improcedencia, sino a la de nulidad del despido"* (Maria Emilia Casas Baamonde, revista "Relaciones Laborales", 1994)

En todo caso, recordado el origen y el contexto del actual criterio jurisprudencial, expongo a continuación las razones que, en mi opinión, abonan una evolución jurisprudencial en el sentido de sancionar los despidos sin causa (o con causa ficticia) con la declaración de nulidad por su carácter inconstitucional.

4.- La doctrina constitucional sobre la exigencia causal: el artículo 35.1 CE y el derecho constitucional a no ser despedido si no existe una causa justa.

En clara referencia a los mandatos expuestos del Convenio 158 de la OIT, la doctrina del Tribunal Constitucional, en –entre otras- las sentencias STC 22/81 y 192/03, ha venido reiterando que "*tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma.*", añadiendo a

continuación que "*ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre el art. 35. 1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho"*, para concluir que "*No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa*".

La doctrina no puede ser más clara y contundente, y exime de un comentario más amplio. Deviene especialmente relevante que se fundamente, en "compromisos internacionales" (en clara referencia al Convenio 158 OIT), cuyos mandatos esenciales se recuerdan a continuación.

5. El Convenio n.º 158 de la OIT: su prevalencia y sus mandatos.

El Convenio 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, sobre la finalización de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, fue ratificado en fecha 18 de febrero de 1985 por el Estado español.

Por imperativo del artículo 96.1 CE y artículo 1.5 del Código Civil, la ratificación de este instrumento internacional supone la integración de sus disposiciones en el ordenamiento interno, que pasan a ser de aplicación directa en orden jerárquico prevalente respecto a la legalidad ordinaria. Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, dispone, en su artículo 31 y bajo el título "Prevalencia de los tratados", que "*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".*

Los mandatos esenciales del Convenio nº 158 son los siguientes:

- La existencia de una causa justificada para despedir . Artículo 4.º: *"No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio*".

- El carácter injustificado del despido por enfermedad o lesión. Artículo 6.1. "*La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo".*

- El derecho a impugnar el despido. Artículo 8.º: 1. "*El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro*."

- El examen y revisión de la causa. Artículo 9. 1. "*Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada*."

- La reparación adecuada del despido "injusto". Artículo 10: "*Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".*

La adecuación de nuestro marco normativo a tales mandatos está siendo cuestionado última mediante el denominado "control de convencionalidad", que explicamos a continuación.

6.- El control de convencionalidad según la doctrina constitucional.

Como se explica en la STC 140/18, el artículo 96 CE establece que "*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*". Este precepto no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación.

Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario.

El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 102/2002, FJ 7).

7.- Pronunciamientos de control de convencionalidad en relación al Convenio 158

OIT.

En base a esta doctrina, son varios y recientes los pronunciamientos judiciales que, en base a este "control de convencionalidad", han inaplicado normas internas reguladoras del despido a fin de dar cumplimiento a los mandatos normativos del Convenio nº 158 OIT:

Así, la STJS de Catalunya nº. 274/2020 de 17 enero, entendió que el art. 52d) ET (cuando todavía no había sido derogado por el RDL 4/20) era contrario al art. 6.1 Convenio nº 158 OIT, a - los arts. 4.1. y 5 del Convenio 155 de la OIT, al art. 3 de la Carta Social Europea y al art.11 CEDAW, por su carácter discriminatorio, por lo que entendió que, "*sin entrar en el juicio de constitucionalidad de dicha norma, la misma no resulta de aplicación al caso, puesto que de conformidad con el art.31 la Ley de Tratados Internacionales, las normas convencionales deben prevalecer sobre el art.52d) ET en caso de conflicto*."

El Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid, en su sentencia de 21.2.20, consideró que las consecuencias de condena reguladas en el art. 56 ET eran contrarias a lo dispuesto en los arts. 4, 9.1 y 10 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548), al excluir la readmisión como forma de reparación, los salarios de tramitación como lucro cesante o "pérdida financiera" y la indemnización por daños morales sea cual sea el contenido rescisorio o readmisorio del resarcimiento, declarando la improcedencia del despido impugnado, pero condenando a la readmisión del trabajador, al abono de los salarios de tramitación así como al pago de una indemnización penitenciaria o disuasoria por importe de 2.500€.

El Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, en sentencias de 10, 28 y 31 de julio del presente año, 2020, entendió que las indemnizaciones derivadas de la estricta aplicación del art. 56 ET, de carácter tasado, eran -en determinados casos, con poca antigüedad- contrarias al artículo 10 del Convenio nº 158 de la OIT*, "por no tener un efecto disuasorio para la empresa, dando carta de naturaleza, como causa de extinción de la relación laboral, a la simple voluntad de la empleadora (el desistimiento)",* por lo que "*El control de convencionalidad permite inaplicar en este caso el régimen ordinario del art. 56 del ET, y fijar una indemnización que sea verdaderamente disuasoria para la empresa, y que compense suficientemente a la trabajadora por la pérdida de su ocupación",* fijando una indemnización de varias mensualidades, muy superior a la tasada.

8.- ***La vía de la interpretación conforme: el voto particular a la sentencia de Sala General de 21.7.20 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya***

En la sentencia de Sala General de 21.7.20 del mismo Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que entendió que un despido objetivo sin causa debía ser calificado con la simple improcedencia, consta el voto particular de nueve magistrados/as por el que, sin plantear abiertamente el control de convencionalidad, sí se defiende una "interpretación conforme" del marco regulador del despido que se adecue al art. 10 del Convenio nº 158 y sancione con la declaración de nulidad los despidos sin causa o con causa ficticia, al entender que la invocación de causa no es un mero requisito formal, cuyo incumplimiento pueda sancionarse con la mera declaración de improcedencia, sino un elemento esencial del despido con relevancia constitucional, al afectar al derecho constitucional al trabajo y al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En síntesis, razona que la falta de invocación de la causa extintiva (o el carácter ficticio de la misma), además de lesionar el derecho constitucional *"a no ser despedido sin causa justa"* ex artículo 35 CE, genera –en un momento cronológico posterior, al ejercer el/la trabajador/a el derecho fundamental a impugnar judicialmente el despido- una evidente indefensión: el/la trabajador/a desconoce la "causa" o "móvil" real de su despido, con lo cual difícilmente puede articular su defensa a fin de conseguir otra calificación judicial que no sea la simple declaración de improcedencia.

III.- La extinción del contrato por fuerza mayor o causas objetivas ETOP vinculadas al COVID-19 y su calificación judicial.

1.- La norma determinante de la calificación judicial del despido en el marco COVID 19: el art. 2 del RDL 9/2020, en relación a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020.

Aclaro ya de entrada, y no creo que haya controversia en este punto, que la única norma determinante para la calificación judicial del despido en el marco COVID 19 no es otra que el art. 2 del RDL 9/2020, del siguiente tenor literal:

Artículo 2. Medidas extraordinarias para la protección del empleo.

> *La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.*

Por remisión del dicho precepto, resulta obligado también tener muy presentes los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 en su respectiva parte inicial, que definen las situaciones "amparadas" por las medidas de flexibilidad interna:

> *Artículo 22. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada <u>por causa de fuerza mayor.</u>*
>
> *1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.*

> Artículo 23. *Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.*
>
> *1. En los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes….*

Como ya he dicho, creo que este es el único precepto que entra en juego en la calificación judicial del despido. En contra de lo que he leído en algún comentario doctrinal, considero irrelevante –en tal aspecto- la cláusula de "salvaguarda del empleo", en la disposición adicional 6ª del RDL 9/2020, ya que, como único consecuencia al incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo inherente a las medidas extraordinarias contempladas en el art. 22 del RDL 8/2020, se establece la devolución de las cuotas exoneradas, sin ninguna referencia a la calificación del despido "incumplidor" de dicho compromiso.

2.- La división de la doctrina científica respecto del art. 2 del RDL 9/2020

La doctrina científica se ha dividido en la interpretación del precepto:

Un sector doctrinal, ciertamente cualificado, ha entendido que la norma analizada integra una prohibición de despido y que, por consiguiente, el mismo debería ser calificado de nulo «*… por tener una causa ilícita, declarada como tal por la norma y que por tanto imposibilita que el acto del despido tenga validez y eficacia. Crea la norma una nueva —y excepcional— categoría de despidos prohibidos o vedados por causa de utilidad pública y emergencia nacional que deben tener el mismo tratamiento que los discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales*» [2].

En la misma línea, otras aportaciones doctrinales consideran que estos despidos resultan «*… manifiestamente contrario a una norma imperativa o prohibitiva, por lo que devendría nulo de pleno derecho, en tanto que la ley no prevé ningún efecto distinto en caso de contravención (art. 6.3 CC))*».[3]

Podemos identificar otro criterio, que podríamos calificar de más "casuístico", partidario de la declaración de nulidad de ciertas medidas extintivas, pero ciñendo la calificación al contexto de los denominados despidos «fraudulentos», solamente en los casos de invocación de una causa ficticia, en la línea que ya he expuesto en la primera parte de mi exposición, entendiendo que se dan las condiciones para revisar de un modo excepcional la inercia interpretativa en la jurisprudencia del Supremo a propósito de los efectos de los despidos bajo causa ficticia: «… *bajo el manto del art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020 subsiste un imperativo acorde con la voluntad ya expresada por el legislador en los y de alcance universal, sustentado en el principio de solidaridad y orientado a la salvaguarda del empleo*». En este sentido, la protección del empleo, más allá de mera

---

[2] BAYLOS GRAU, A.: «La prórroga del estado de alarma y medidas laborales adicionales de garantía del empleo en la crisis del covid-19», en *Según Antonio Baylos... Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, 28 de marzo de 2020, https://baylos.blogspot.com/2020/03/la-prorroga-del-estado-de-alarma-y.html.

[3] FALGUERA BARÓ, M.A.: «Análisis de urgencia de la legislación laboral durante el estado de alarma», Editorial Bomarzo, Versión: 10 de junio, , págs. 74 a 76.

declaración de principios, se erigiría en «*una regla deóntica que alcanza a la voluntad del empresario de un modo negativo, estableciendo un determinado comportamiento en pro del interés general*». A mayor abundamiento, continúa diciendo, «*la decisión extintiva trasciende en estos momentos más allá del ámbito estrictamente introyectivo de la relación contractual para proyectarse hacia el exterior en la medida en que, insisto, la salvaguarda del empleo es ahora un pilar fundamental para poder transitar hacia la normalización de nuestra realidad económica y social anterior al establecimiento del estado de alarma, lo cual, nos afecta e incumbe a todos*». En esta lectura, la violación de la limitación al resultaría sancionable con arreglo al art. 6.3 del Código Civil por constituir un acto contrario a una norma imperativa[4].

En la posición contraria, partidaria de la calificación de estos despidos como improcedentes, hay voces también muy autorizadas, que relaciono en el pie de página [5], entre ellas la del profesor Ignasi Beltrán de Heredia[6].

En síntesis, este sector se fundamenta en el tenor literal del precepto, pero también en la voluntad del legislador expresada en el preámbulo de los RDL 8 y 9/2020. Argumentan todos ellos que, si el legislador de emergencia hubiera querido prohibir en cualquier caso los despidos en las situaciones amparadas en los arts. 22 y 23 del RDL/2020, fácil le resultaba explicitarlo, así como la calificación de nulidad de los mismos.

Como razona otro de los integrantes de este sector doctrinal [7], "*En estos términos, desde una perspectiva etimológica, la utilización del vocablo «justificativas», unida a la inexistencia de la más mínima referencia a la nulidad de la medida, conduce a interpretar que la fuerza mayor y las causas ETOP ex COVID no acreditan las extinciones contractuales. Siendo así, aplicando la primera de las interpretaciones, parece que el legislador ha situado el debate en el plano procesal de los efectos del despido, conduciendo automáticamente esta conclusión a la declaración de la improcedencia y descartando con ello la nulidad. Si no se justifica la extinción, es que no queda acreditado el presupuesto extintivo por lo que, aplicando el artículo 55 de la Ley sustantiva (LA LEY 16117/2015), en relación con el artículo 108 de la Ley Ritual (LA LEY 19110/2011), la consecuencia no puede ser sino la de la declaración de la improcedencia de la medida,*

---

[4] MUÑOZ-SABATÉ, J.: «Despido sin causa en tiempos de coronavirus. ¿Improcedencia o nulidad?», *Revista de Derecho vLex*, núm. 191, abril 2020

[5] CASAS BAAMONDE, M.ª. E.: «La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento. Las modificaciones del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de Medidas Sociales en Defensa del Empleo», *Diario La Ley,* Nº 9640, Sección Tribuna, 26 de mayo de 2020, Wolters Kluwer, pág. 19 de 21.

MOLINA NAVARRETE, C.: «La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446 (mayo 2020), Editorial, págs. 5-30.

LÓPEZ CUMBRE, L.: 'Prohibido despedir o extinguir el contrato de trabajo por COVID-19', *Gómez-Acebo & Pombo, Publicaciones*, https://www.ga-p.com/publicaciones/prohibido-despedir-o-extinguir-el-contrato-de-trabajo-por-covid-19/

JURADO SEGOVIA, A.: «Sobre la "incierta" limitación de despedir por "causas empresariales" relacionadas con el Covid-19», *El Foro de Labos. Toda la actividad laboral y social*, 4 de junio de 2020, https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/sobre-la-incierta-limitacion-de.html.

[6] BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «La "prohibición" de despido del art. 2 RDLey 9/2020 no acarrea la nulidad (comentario crítico a la SJS/3 Sabadell 6/7/20)», en *Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 22 de julio de 2020,

[7] DE CASTRO MARÍN, Emilio: ¿Resulta viable la declaración de nulidad de las extinciones contractuales y despidos en el contexto del Covid 19 *ex art.* 2 del RDL 9/2020? Diario La Ley 11.9.20

al quedar reservada en la norma la declaración nulidad para otros supuestos. No hay por tanto en esta lectura razón jurídica alguna para concluir a favor de la implementación en la legislación de urgencia de una prohibición del despido, por ende, favorable a la declaración de nulidad. Y ello es así desde la perspectiva de que no resultaría posible hacer decir a la Ley lo que no dice, resultando el pretendido escudo sociolaboral «más débil y agrietado de los que sus paladines le atribuyen».

Finalmente, es de resaltar que en un reciente foro telemático[8], diversos magistrados del Tribunal Supremo y de la Sala Social de los TSJ de Madrid, Cantabria, Comunidad Valenciana y Murcia, se han pronunciado también, unánimemente, en favor de la calificación de improcedencia.

3.- Los primeros pronunciamientos judiciales.

Todavía son muy escasos los pronunciamientos que aparecen en las bases de datos en relación al precepto que analizamos:

- La sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell de 6.7.20 (autos nº 316/20 Roj: SJSO 2237/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:2237)

Esta sentencia ha hecho correr ríos de tinta -electrónica, ciertamente- y ha generado mucha controversia, al tratarse de la primera sentencia que interpreta el art. 2 del RDL 9/2020 y lo hace declarando la nulidad de la extinción impugnada.

Se refiere a una trabajadora industrial, contratada en junio 2019 mediante dos sucesivos contratos eventuales para, finalmente, suscribir un contrato de obra o servicio que es rescindido por finalización de obra en fecha 28.3.2020.

La magistrada, después de razonar en el fundamento jurídico tercero que la demandante *"tenía la condición de trabajadora indefinida y, en consecuencia, la extinción realizada el 28.3.2020 en base a la finalización del periodo contratado carece de causa legal, por lo que estamos ante un despido sin causa*", descarta a continuación -en el cuarto fundamento jurídico- la concurrencia de discriminación por razón de edad. Ya en el quinto fundamento jurídico, aborda la relevancia la pretensión de nulidad del despido por vulneración del *art. 2* del RDL 9/2020, publicado en BOE de 28 de marzo, fecha de efectos del despido, considerando inverosímil que la demandada desconociera los términos de la norma en el momento de notificar la extinción.

En razón de ello, tratándose de un contrato temporal, considera que la empresa debió adoptar las medidas previstas en RDL 8/2020 y en su caso suspender el cómputo de vigencia del contrato de trabajo en aplicación de art. 5 RD 9/2020 . Y que, por ello, la extinción de contrato de la actora se produjo -en realidad- como consecuencia de la situación derivada de la declaración del Estado de Alarma y la existencia de circunstancias que habilitaban a la empresa para adoptar las medidas previstas en RD 8/2020 con la finalidad de evitar la destrucción de empleo. En la extinción, pues, se adujo una causa de temporalidad contractual inexistente y se incumplieron tal mandato de suspensión del término de temporalidad.

---

[8] Los ERTEs-Covid y el compromiso de mantenimiento del empleo. El Derecho.Com

Por ello, y en aplicación del art. 6.3 y 6.4 de Código Civil, acaba declarando la nulidad del despido al entender que constituye un acto contrario a norma imperativa además de incurrir en un fraude de ley.

Al margen de la relevante calificación de nulidad de la extinción, la sentencia suscita la duda en algún comentario doctrinal[9] respecto a que, en la fecha de la extinción, 28.3.20, la obligación de suspensión o interrupción del período de contratación temporal ex art. 5 del RDL 9/2020 aún no había entrado en vigor, ya que –conociera o no la empresa su inminente promulgación- lo cierto es que no se publicó en el BOE hasta el día siguiente. Y, por otra parte, por la circunstancia de que la causa formal de extinción fue la realización del servicio que justificaba la contratación temporal, lo que –según la disposición final, 1.3 del RDL 18/2020- no constituiría un incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo (sin perjuicio de que la sentencia, como ya se ha explicado, entendiera que la contratación temporal era en fraude de ley).

- *La sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona de 28.7.20 (autos 349/20).*
Esta sentencia, la segunda -que a mí conste- que haya declarado la nulidad ex art. 2 RDL 9/20, aborda una situación fáctica más clara que la anterior, al referirse a una empleada fija, comercial, que recibe en 5.5.20 es despedida por causas objetivas económicas y organizativas, con invocación de la necesidad de amortización de su puesto de trabajo por una reducción en la facturación de más del 30% y explícito reconocimiento de la improcedencia en la propia comunicación.

La sentencia, después de un extenso y bien fundamentado recordatorio de la evolución normativa por causa del COVID 19, acaba asumiendo -como en el caso anterior- que el art. 2 RDL 9/20 integra una prohibición de despido que se habría incumplido:

> *"En definitiva, la empresa intenta hacer valer una justificación que le impida aplicar las consecuencias que la normativa ha dispuesto para las extinciones de los contratos de trabajo que se produjeran durante el estado de alarma por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del RD Ley 8/2020.*
> *La empresa debió aplicar las medidas establecidas en toda la normativa arriba mencionada y, más concretamente las de esos últimos preceptos mencionados para hacer frente a la posible situación crítica que viniera sufriendo la empresa a fecha de efectos de la extinción del contrato de trabajo del actor y no adoptar la decisión de extinguir el contrato de trabajo que estaba prohibida por esa regulación excepcional imperativa. En consecuencia, la decisión empresarial fue contraria al art. 2 del RD Ley 9/2020 y por ello debe ser declarada nula de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil ("los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.") .*

-SJS 26 Barcelona 31.7.20 (autos 390/20.), SJSO 3606/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:3606).

Esta sentencia aborda también, con carácter previo al control de convencionalidad respecto del art. 10 del Convenio nº 158 de la OIT que ya se ha comentado (con la consecuencia indemnizatoria ya referida), la calificación que merecen los despidos que, como el objeto de impugnación, resulten afectados por el art. 2 del RDL 9/2020. Y

[9] Eduardo Rojo, entrada en su Blog de fecha 18.7.20.

concluye que, en tanto en cuanto no exista doctrina jurisprudencial unificada, que los despidos que tengan lugar contrariando dicho precepto deben ser declarados improcedentes, y no nulos, por las siguientes razones:

1º Por no existir obstáculo que permita predicar la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los despidos sin causa.

2º Porque la declaración de nulidad debería reservarse para los casos más graves, expresamente previstos en la ley, especialmente relacionados con los derechos fundamentales.

3º Porque el *art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020* no introduce una prohibición. Se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el Covid 19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) de los previstos en el Real Decreto Ley 8/2020 " *no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido* ". Y un despido sin causa es improcedente; pero no nulo.

A mayor abundamiento, considera que la empresa acreditó que las causas que provocaron el despido fueron ajenas a la crisis sanitaria y económica generada por la pandemia de Covid 19, siendo anteriores a la propia génesis de la enfermedad y que –en todo caso- no podían ser superadas mediante la suspensión colectiva de los contratos de trabajo.

IV.- Propuesta interpretativa personal

1.- El restringido margen de interpretación que admite el art. 2 del RDL 9/2020

En el marco jurídico “ordinario”, cuyos puntos críticos he destacado al inicio del presente artículo, confluyen normas y criterios jurisprudenciales de distintos niveles y épocas, algunos de los cuales puedan antojarse como ambiguos en razón de su obsolescencia, de su negociación parlamentaria, así como por causa de la renuencia del legislador de turno a acometer una necesaria actualización, renuencia o pasividad también detectable en la necesaria actualización jurisprudencial. Todo ello coadyuva, sin duda, en la referida “crisis” del marco regulador del despido ordinario y su calificación judicial y justifica, en mi opinión, los esfuerzos interpretativos ya expuestos -con la dosis de imaginación y hasta de audacia que exigen- en orden a intentar actualizar, racionalizar y cohonestar dicho marco.

Por el contrario, la norma que estamos analizando -el art. 2 del RDL 9/2020- ha sido promulgada en fecha muy reciente, por el actual ejecutivo en funciones de legislador de emergencia, ejecutivo al que –entiendo- cabe conferirle la presunción de cualificación técnica a tal efecto (evidenciada, sin ir más lejos, en los recientes RD 701 y 702/20 en materia de Planes de Igualdad e Igualdad retributiva.). La norma, por lo demás, no sólo es inmediata, sino que –además- habrá sido objeto de negociación en el seno de las distintas sensibilidades que integran el actual ejecutivo, bajo la mirada presionante de los agentes sociales (respecto a los iniciales RDL 8 y 9/2020), los cuales –en todo caso- han podido intervenir ya activamente en los posteriores RDL (hasta el reciente RDL 30/2020), que han ido integrando las tres sucesivas versiones del Acuerdo Social en Defensa del Empleo entre agentes sociales y Gobierno (ASDE), que han fundamentado los RDL 18 y 30/20202.

Me parece fundamental, por obvio que ello pueda parecer, resaltar esta diferencia entre ambos marcos normativos en orden de diferenciar los criterios de interpretación aplicable en uno y otro caso. Así como en el marco jurídico ordinario confluyen normas y criterios de tres niveles (internacional, constitucional y ordinario) y de distintas épocas, muy separadas en el tiempo, que autorizan -cuando no obligan- al ya referido esfuerzo interpretativo que posibilite la necesaria evolución jurisprudencial en adecuación no sólo a los cambios en la norma interna (expulsión del "despido improcedente expres" en la Ley 3/2012) sino también a la norma internacional (Convenio nº 158), entiendo que ello no procede respecto al precepto analizado, dado su carácter inmediata modernidad, la presunción de cualificación técnica y su carácter consensuado, ni que sea por la vía de validación posterior a través de los sucesivos ASDE.

2.- Potenciación, que no imposición, de las medidas de flexibilidad interna: la obligada lectura de los preámbulos de los RDL 8 y 9/2020.

Dicho lo anterior, de la obligada lectura de los preámbulos de los RD 8 y 9/2020 se alcanza una primera conclusión fuera de toda duda: se persigue "evitar despidos", pero no se prohíben los mismos, como podía haberse acordado dado el carácter excepcional y –en principio- coyuntural de la emergencia.
En efecto, las medidas de flexibilidad interna se refuerzan, agilizan y favorecen al máximo, pero no se imponen como única y obligada medida para afrontar la repercusión en el empleo de la crisis sanitaria (como podía haberse hecho con la simple prohibición del despido o restricción al máximo de la facultad extintiva). Las facultades extintivas se mantienen explícitamente vigentes, si bien con limitaciones, como veremos.

Así, el apartado tercero del preámbulo del RD 8/20 nos dice bien claramente que *"Las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo",* añadiendo a continuación que "a *la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a aminorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos."*

En el apartado segundo del RD 9/20 se reitera que "*se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo*". Y el siguiente párrafo aún es más preciso:

"*En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual."*

Recapitulando:

-Se “priorizan” y potencian al máximo las medidas de flexibilidad interna (principalmente, los ERTE, pero también el teletrabajo, los derechos de conciliación, etc.) para responder a una situación que –en el momento de su promulgación, marzo del presente año- se entendía como “coyuntural” pero que hoy, ocho meses después, constatamos que –lamentablemente- la situación no es tan “coyuntural”.

-Esta normativa excepcional no sustituye la ordinaria, sino que “convive” con la misma.

-Las facultades extintivas no quedan prohibidas ni “suspendidas” (como podían haberlo estado, en razón de la finalidad de preservar el empleo y el carácter, en principio coyuntural, de la emergencia), se declaran explícitamente “vigentes”, aunque –como veremos a continuación- condicionadas o, si se quiere, restringidas en determinados supuestos.

3. ¿Prohibición de despido o limitación a la justificación de causalidad extintiva?

¿A quién se dirige este precepto? Me parece claro: en primer lugar, al empresario, a fin de que sepa a qué atenerse si, estando en las situaciones de fuerza mayor o de causas objetivas ETOP relacionadas con el COVID 19, que le habilitaban para acordar medidas de flexibilidad interna (suspensión de contratos o reducción de jornada, extraordinariamente potenciadas y favorecidas por el legislador de emergencia), opta, ello no obstante, por ejercer la facultad extintiva, debe asumir que aquellas causas no podrán justificar dicha medida. Y que, por consiguiente, la medida extintiva, será calificada de improcedente.

Y, en segundo lugar, se dirige al órgano judicial que conozca de una hipotética impugnación del despido: en las concretas situaciones contempladas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020*,* en las que el empresario tenía todas las facilidades y ayudas para acordar medidas de flexibilidad interna que permitían conservar el empleo, por más que dichas causas sean reales y graves, viene obligado “a entender” que no son “*justificativas”* del despido y, por consiguiente, a declarar el carácter injustificado del despido colectivo, o el carácter improcedente del despido objetivo individual. La causa existe, es real, pero el mandato del legislador -al empresario, en primer término, al juez/a, en segundo- es que no justifica la procedencia de la extinción.

No es, contra lo que una lectura precipitada pueda sugerir –y algunas voces han entendido- una prohibición para despedir, ni la misma puede inferirse como implícita. Si esta hubiera sido la intención del legislador, así se hubiera explicitado con toda claridad (en su caso, con las excepciones oportunas).

Sí es, en rigor, una limitación en la justificación de la causalidad de las extinciones, consistente en que aquellas causas que podían justificar medidas de flexibilidad interna no podrán justificar medidas de flexibilidad externa, esto es, la procedencia de los despidos –colectivos o individuales- por las mismas causas.

En razón de lo ya expuesto anteriormente -modernidad y cualificación técnica de la norma, excepcionalidad del momento y validación consensuada posterior- entiendo que no puede imputarse otra intencionalidad al precepto que la explícitamente recogida en el mismo.

4. Alcance de la limitación en la justificación de la causalidad del despido: ¿A qué situaciones afecta?

La limitación a esta justificación de la causalidad del despido se refiere, en mi opinión, a las situaciones –o, si se prefiere- a las causas de fuerza mayor y ETOP vinculadas al COVID 19 contempladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020. El sentido de la norma, a la vista del preámbulo, en especial el del RDL 9/2020, me parece claro: las referidas situaciones o causas, por graves que sean, no podrán justificar las medidas extintivas.

Como nos recuerda el preámbulo del RDL 9/2020, "*no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual."*

Me parece clara la voluntad del legislador, en definitiva, en el momento de promulgación de la norma, cuando la crisis sanitaria se antojaba de menor duración, de disuadir a las empresas que se encontraron en las situaciones recogidas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 de utilizar la facultad extintiva y orientarlas hacia la flexibilidad interna.

Por ello, si en aquel momento inicial de la crisis, en lugar de hacer uso de las medidas temporales se ejerció la facultad extintiva -que no quedó prohibida, dada la "*vigencia*" afirmada en el preámbulo- la misma deberá considerarse, por mandato legal, injustificada (en los términos literales de calificación judicial del despido colectivo, improcedente en las del despido objetivo individual). Lo que se declara injustificado, en definitiva, es despedir -medida traumática que destruye empleo- frente a la opción de utilizar tales medidas de flexibilidad interna (reforzadas y favorecidas por el legislador) para evitar tal destrucción.

En modo alguno el precepto condiciona esta calificación de "injustificación" a que previamente se hayan hecho uso de las medidas de flexibilidad interna, interpretación que -además- me parecería contraria a la finalidad de la norma, que precisamente pretende que se utilicen estas medidas de preservación del empleo. En efecto, si la limitación a la justificación de la causalidad se entendiera constreñida a las empresas que previamente han aplicado medidas de flexibilidad interna, al margen que debía haberse explicitado en la norma, podría provocarse un efecto contrario al pretendido, al restringir la facultad extintiva –con una mayor exigencia en la justificación causal- a quien, atendiendo a la voluntad del legislador, en primer lugar ha recurrido a aquellas medidas.

5.- La necesaria contextualización y actualización de la restricción a la justificación causal: la opción extintiva como "última ratio" frente a la flexibilidad interna.

Lo anteriormente apuntado lo ha sido pensando en el momento inicial de la crisis, cuando fue promulgada la norma, el 28.3.2020. Y la siguiente pregunta sería ¿Y en el contexto actual?

El reciente RDL 30/2020, producto del tercer Acuerdo Social en Defensa del Empleo entre agentes sociales y Gobierno (III ASDE), después de constatar que "*la pandemia*

generada por el COVID-19 se está prolongando mucho más y con mayor intensidad de lo esperado y cabe prever incluso la necesidad de suspender nuevamente determinadas actividades ", acuerda prorrogar –entre otros- el precepto analizado (el art. 2 del RDL 9/2020), sin modificarlo.

En esta etapa posterior, por consiguiente, dado que la vigencia del precepto ha sido prorrogada sin alterar su literalidad, me parece obvio que será de aplicación también a las empresas que hayan hecho uso de las medidas de flexibilidad interna contempladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 (ERTE y reducción de jornada). Pero en tales casos, entiendo, debiera rehuirse una aplicación "mecánica" del precepto que -no se olvide- se promulgó precisamente para estimular a que las empresas se acogieran a la flexibilidad interna y no a la facultad extintiva (que no fue prohibida, y sí explicitada como "vigente"). Creo que la interpretación del art. 2 del RDL 9/2020, en noviembre de 2020, con las actuales restricciones y duras expectativas de futuro, quizás no deba ser la misma que recién promulgada la norma, ocho meses atrás, cuando había la razonable expectativa de que la crisis sanitaria, aun siendo muy dura, podía quedar limitada a la primera ola, a unos meses (por más que se advirtiera del riesgo de la segunda ola).

Por ello, considero que –en una interpretación finalista del art. 2 del RDL 9/20- el empresario que ha aplicado previamente las medidas de flexibilidad interna no debiera verse restringido absolutamente en el uso de la facultad extintiva si las causas de fuerza mayor o ETOP vinculadas al Covid 19, aun teniendo el mismo origen (fuerza mayor o causas ETOP por COVID), han evolucionado a una situación irreversible, inviable incluso con la prórroga de aquellas medidas de flexibilidad interna, situación que puede producirse en muchos casos al prolongarse durante muchos meses una crisis que, en el momento de redactarse la norma, se confiaba que fuera mucho más "coyuntural" y que su prolongación en el tiempo puede determinar como inevitable una reducción de plantilla.

En tales casos, después del indispensable análisis casuístico de la situación, de apreciarse que aquella situación crítica que en marzo parecía "coyuntural" ha devenido irreversible, sin posibilidad de que la prórroga de las medidas de flexibilidad interna reviertan la situación, entiendo que no operaría la restricción a la justificación de la medida extintiva, al tratarse de una situación claramente distinta a la que motivó la promulgación de la norma, lo que determinaría la inaplicación de la misma.

Respecto de estas situaciones, en lugar de aplicar mecánicamente la restricción de justificación, entiendo que procedería recuperar el antiguo criterio jurisprudencial de "última ratio", anterior a la Reforma Laboral de 2012, frente al criterio de "racionalidad" que la misma introdujo, sancionando con la improcedencia sólo aquellas extinciones respecto a situaciones que puedan entenderse reversibles con la prórroga de las medidas de flexibilidad interna y validando sólo como procedentes aquellas extinciones, individuales o colectivas, en las que sea manifiesto –por la irreversibilidad de las causas concurrentes- que no hay una expectativa razonable de conservación del empleo ni aplicando o prorrogando aquellas medidas.

6.- Calificación judicial del despido ex art. 2 RDL 9/20

Entrando ya en la calificación judicial del despido, quien me conozca sabe –y en todo caso, lo he puesto de manifiesto en diversos pronunciamientos- que soy partidario de la

calificación de nulidad en las situaciones incardinables en el art. 6.3 y el art. 6.4 CC, ante despidos sin causa o con causa ficticia, o en fraude de ley.

Pero –como ya he anticipado- no creo que estemos ante una prohibición de despido que justifique la aplicación de uno u otro precepto y determinar tal calificación, salvo que concurra un manifiesto fraude de ley. El legislador, en marzo del presente año, podía haber impuesto las medidas de flexibilidad interna y prohibir o suspender las facultades extintivas (con las lógicas excepciones), y disponer –con carácter excepcional- un nuevo supuesto de nulidad en los art. 122 y 124 LRJS. Ello no obstante, optó por fomentar o favorecer la primera y restringir la justificación, que no prohibir, de la segunda, opción validada por los agentes sociales en los posteriores Acuerdo Sociales en Defensa del Empleo.

Entiendo, por consiguiente, que el mandato de valoración causal del art. 2 del RDL 9/2020 a lo que obliga es a no poder justificar como procedentes medidas extintivas por causa de la situación COVID (ya sean individuales o colectivas) sin que se haya agotado las medidas de flexibilidad interna o las mismas resulten ya inoperativas.

La calificación de nulidad ex art. 6.4 CC (que no ex art. 6.3 CC) quedaría restringida a aquellos casos en los que se evidencie un manifiesto fraude de ley por inexistencia de causa extintiva real o en la premeditada elusión de las medidas de contención del empleo perseguidas por el legislador, actuación esta última que si bien no puede considerarse –por lo ya razonado- prohibida por la norma, sí resulta manifiestamente contraria a su finalidad y, por consiguiente, susceptible de tal calificación.

La calificación de nulidad por fraude de ley, recuérdese, está prevista los artículos 122.2.b) y 124.2.c) LRJS, y su fundamento –en mi opinión- no radicaría en el tenor literal del art. 2 del RDL 9/2020, que no prevé tal calificación como ya he razonado, sino en los mandatos del Convenio nº 158 OIT ya referidos -en especial, la exigencia de causa justa ex art. 4 y en la preferencia de la readmisión como reparación adecuada frente al mismo ex art. 10- y en la consideración de la causa real como un elemento esencial de todo despido.

V.- El posible carácter discriminatorio del despido por causa subjetiva COVID

1.- La incomprensible omisión del legislador de emergencia

Debo empezar lamentando la –para mí- incomprensible omisión del legislador de emergencia al no haber prohibido, pura y lisamente, el despido de cualquier persona trabajadora por causa subjetiva vinculada al COVID 19 (ausencia del trabajo por contagio personal o de familiar, ingreso hospitalario, confinamiento preventivo, prueba médica, etc.).

No encuentro explicación al hecho de que el mismo ejecutivo que derogó, mediante el RDL 4/2020, el apartado d) del art. 52 ET relativo al “absentismo por enfermedad”, y lo hizo razonando que “*El despido de personas enfermas no solo entronca con el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, como ha señalado en numerosas ocasiones el TJUE, sino que también genera en la persona trabajadora que ve extinguido*

su contrato una situación de gran vulnerabilidad profesional, personal y social", no haya establecido una prohibición "ex ante" o, alternativamente, una tutela anti-discriminatoria específica.

Si como se razona en el preámbulo del RDL 8/2020, las medidas adoptadas se orientan "a reforzar la protección de los trabajadores, al mantenimiento del empleo y a reforzar la lucha contra la enfermedad" no entiendo la omisión de una medida elemental de protección del empleo y de tutela anti-discriminatoria "ex ante" que –a diferencia de la prohibición de la facultad extintiva por causas objetivas- difícilmente podía haber generado una frontal oposición de ningún agente social y, menos aún, de la sociedad en general.

Esta medida, que aún podría/debería ser implementada, a la par de ser plenamente congruente con la finalidad de conservación del empleo que inspira toda la normativa covidiaria, conferiría como mínimo a todas las personas trabajadoras, en un contexto tan incierto y difícil, la elemental seguridad que no pueden ser despedidas por situaciones personales vinculadas al COVID 19.

Debemos recordar, una vez más, que el art. 6 del Convenio nº 158 de la OIT, establece que la ausencia por enfermedad no puede justificar en ningún caso el despido. El Observatorio de la OIT, en su informe de 30.6.20 sobre los efectos de la pandemia en el mundo del trabajo, incluye como tercer pilar de las medidas a acometer, la lucha contra la discriminación.

No obstante, este incomprensible desamparo, avanzo ya que, en mi opinión, los despidos o extinciones que tengan por causa –explícita u oculta- este tipo de situaciones personales vinculadas al COVID, en cualquiera de sus manifestaciones, deberían ser sancionados como discriminatorios y, por consiguiente, nulos. A ello destino los siguientes razonamientos, empezando por un recordatorio histórico para evidenciar que la protección normativa no sólo es factible sino que, además, tiene precedentes.

2.- La protección normativa del trabajador en situación de incapacidad temporal hasta 1994

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 la 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 entonces por el Estado Español): como ocurre hoy con la trabajadora embarazada, un despido en tal situación 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.

3.- La Ley 11/ 1994 y la desprotección normativa de la situación de incapacidad temporal

La Reforma Laboral de 1994, aprobada por Ley 11/94, 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 y, en concreto, el TSJ de Cataluña, 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 o vulneración de derechos fundamentales, 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, la sentencia de 28.2.00 , se razonaba:

> *"No se trata aquí del derecho a la integridad física del art. 15 del Texto Constitucional, sino más bien la imputación de una conducta de la empresa que puede suponer una discriminación en atención a las condiciones personales del trabajador (art. 14).*
> *Cierto es... que el propio ET contempla la posibilidad de rescisión indemnizada del contrato cuando se den las circunstancias a que se refiere el art. 52 a) ET; mas no se trata allí de un supuesto en el que el trabajador incurre en una ineptitud que se conoce o sobreviene con posterioridad al contrato y que es una ineptitud completa que impide la continuidad de la norma prestacional de servicios....*
> *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."

4.- El origen de la actual doctrina del Tribunal Supremo: la STS de 29.1.01

Fue precisamente con ocasión de la revocación de la anteriormente referida sentencia del TSJ de Catalunya de 28.2.00, en la STS de 29.1.01, cuando el Tribunal Supremo dicta su sentencia "fundacional" de la que ha constituido su doctrina inconmovible sobre la cuestión, seguida posteriormente por innumerables sentencias durante casi 20 años, hasta las muy recientes STS 22.5.20 y 15.9.20 que, como analizaré a más adelante, suponen un cambio doctrinal.

El alto tribunal afirma que el despido de un trabajador en situación de IT no es una causa lícita de extinción del contrato de trabajo. En este sentido, coincide con el TSJ de Cataluña. Sin embargo, discrepa en relación a la calificación jurídica que merece tal despido y declara el despido del trabajador en situación de IT improcedente. El Tribunal Supremo excluye en estos supuestos la vulneración de la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, en tanto considera que la enfermedad, en sentido genérico, no puede entenderse como un factor de discriminación en los términos requeridos por el precepto constitucional. A pesar de que el inciso final del artículo 14 CE se refiera a *«cualquier otra condición o circunstancia personal o social»* , afirma que no puede entenderse que quede incluida cualquier tipo de condición o circunstancia personal o social. Considera que la prohibición de discriminación requiere un factor de diferenciación de especial rechazo social e histórico y la existencia de un elemento de segregación en dicha condición o circunstancia personal o social. El Tribunal Supremo descarta que la enfermedad sea considerada un factor de especial rechazo social e histórico y considera que no constituye un elemento de segregación. Por consiguiente, la distinción por razón de salud no puede considerarse que vulnere la prohibición de discriminación del artículo 14 CE. La prohibición de discriminación únicamente se vulnera en relación a enfermedades estigmatizadas cuyas víctimas han sido socialmente rechazadas, tales como el VIH o SIDA- En relación a estas enfermedades, argumenta el tribunal, sí puede apreciarse un elemento de segregación. Así, la enfermedad únicamente constituirá un factor de discriminación prohibido por la CE cuando se aprecie un elemento de segregación[10].

[10] Se reproduce a continuación el razonamiento central, contenido en el fundamento jurídico cuarto:

"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

Debe señalarse que en ninguno de los innumerables asuntos que el Tribunal Supremo se ha abordado en estos casi 20 años ha apreciado el "elemento de segregación" que, según esta doctrina, sí justificaría la apreciación de discriminación, lo cual cuestiona la realidad y eficacia de la propia excepción en dicha construcción doctrinal. Es más, las STS de 11.12.07 y 18.12.07 revocaron las sentencias del TJS de Cataluña de 12.6.06 y 7.9.06, dictadas en Sala General, que sí habían apreciado –aún sin explicitarlo- la excepción segregacionista y habían declarado la nulidad por discriminatorio de algunos de los despidos de los 41 empleados de la empresa SEAT (los que impugnaron), 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[11].

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 indica 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."

[11] "*Entendemos que la decisión de la empresa que ahora se enjuicia ha superado los límites marcados por dichos matices pudiéndose y debiéndose perfilar por ello como una auténtica decisión discriminatoria... discriminar es en esta perspectiva y según uno de los sentidos acogidos por el propio Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia «dar trato de inferioridad a una persona o colectividad «... la prohibición de la discriminación se perfila y justifica, ha de recordarse, como una de las «esencias», de los elementos esenciales de los derechos fundamentales a los que da sentido en su conjunto y en la medida en que la actuación discriminatoria rompe la equivalencias lógica del ser humano restringiendo o eliminando los derechos que como tal mantiene y le pueden ser reconocidos. En el caso enjuiciado la empresa ha superado, como hemos indicado y como entiende, en definitiva, mayoritariamente la Sala, en una auténtica decisión discriminatoria. Ha escogido un grupo de trabajadores en situación de baja laboral y ha determinado, sin constancia de otro motivo que dicha circunstancia, la extinción de sus respectivos contratos de trabajo. no se perfila sí, y en dicha decisión, la enfermedad como una simple circunstancia genérica de incapacidad para el trabajo que caracterice una relación laboral para hacerla inconveniente para la empresa, realidad a la que se ha referido el tribunal Supremo; no estamos, hemos de insistir, ante el despido de un trabajador en una empresa que ha valorado negativamente, y desde una perspectiva estrictamente económica, su situación de baja laboral o de enfermedad; sino ante un no insignificante grupo de trabajadores a los que se selecciona y distingue en atención a dicho criterio... entendemos que se identifica un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica figura colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad, clase a la que se 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 de encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 de la , y las prescripciones de los arts. 4 c) Y 17 », especialmente, puede añadirse, tras la modificación operada por la a dichos artículos del estatuto de los Trabajadores, al establecer – en virtud de la –, que los trabajadores «tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o el empleo de que se trate», lo que si bien se aplica directamente a quienes hayan sido declarados en situación de minusvalía con un grado igual o superior al 33% o una incapacidad permanente contributiva con grado de total, absoluta o gran invalidez (art. 1.2 de la Ley 51/2003), difícilmente puede aceptarse tras su entrada en vigor la supresión*

5.- ¿Validación constitucional de la doctrina del Tribunal Supremo?: la STC 62/08

El Tribunal Constitucional, hasta el momento, no ha corregido la expuesta 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- parece haberla validado plenamente 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."*

Conviene señalar, ello no obstante, que dicha sentencia no entró a considerar la posible incidencia en tal conclusión ni 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, con un razonamiento que bien podría aplicarse en relación al COVID 19:

> *«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])».*

6.- La ampliación del concepto "discapacidad" en la jurisprudencia del TJUE

6.1.- La STJUE Ring de 11.4.13: la ampliación del concepto.

La jurisprudencia del TJUE, desde la STJUE Ring de 11.4.13, primera dictada después de la ratificación por la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas relativas a los derechos de las personas con discapacidad, en razón de esta ratificación, reformula y amplía el concepto de "discapacidad", y asume en forma casi literal el nuevo concepto, que califica de "social y dinámico":

---

del derecho al trabajo a quien meramente padece una situación de incapacidad temporal, por este mero hecho

"El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de 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".

Conviene resaltar, por su relevancia, los elementos esenciales del concepto:

-La "condición" sería la estricta diagnosis médica que, según han aclarado pronunciamientos anteriores y posteriores, comprende no sólo las derivadas de enfermedad, sino también por accidente, laboral o no, "curables o incurables".

-La "limitación" que, en las facultades físicas y psíquicas, genera la condición, y que debe ser de "larga duración" (aunque tal elemento se ampliará en la posterior STJUE Daouidi, al integrar –también- la "duración incierta"). .

-La "interactuación con varias barreras" que impide la participación plena y efectiva del trabajador/a en igualdad de condiciones.

Son de destacar, como dos de las novedades del nuevo concepto, que también las patologías "*curables"* (y no sólo las "*incurables")*, puedan constituir una situación de discapacidad, siempre que la limitación sea - segunda novedad - de "*larga duración"* (y no necesariamente "*permanentes").*

La tercera gran novedad radica en que en el nuevo concepto de "discapacidad" se integra el hecho de que la "*limitación"* generada por las "*dolencias", "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,...",* es decir, que la "interactuación" con las barreras limitativas (por ejemplo, la reacción empresarial de despedir al demandante por la incertidumbre de la duración de su baja médica) se integra como un elemento esencial del concepto de "discapacidad", al impedir la continuidad en la relación laboral en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores.

6..2. La STJUE Daouidi: larga duración, pero también "duración incierta".

Y fue precisamente el concepto de "larga duración" – al que añadió de "duración incierta"- lo que se abordó en la STJUE Daouidi de 1.12.12, en respuesta a la pregunta que le fue formulada desde el órgano judicial promotor de la cuestión:

¿Entraría en el concepto de "discriminación directa por discapacidad" —como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?»

Para la adecuada comprensión de la respuesta que da el TJUE a esta cuestión resulta indispensable tener presente algunas consideraciones del Abogado General, en su informe previo, y a las que la posterior sentencia se remite explícitamente (el apartado 56 de la sentencia, en el apartado 47 del informe):

44. Habida cuenta de la concepción funcional del concepto de «discapacidad» adoptada por el Tribunal de Justicia, su causa es indiferente. De ello deduzco que una situación de incapacidad laboral derivada de una herida causada por un accidente laboral puede estar comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 si cumple los requisitos contenidos en la definición adoptada por el Tribunal de Justicia.

46. A este respecto, si bien parece acreditado que el Sr. Daouidi sufre una limitación derivada de su herida en el codo y que esa limitación, al interactuar con otras barreras, impide su participación plena y efectiva en la vida profesional en las mismas condiciones que los demás trabajadores, ha de demostrarse aún el carácter duradero de dicha limitación.

47. Para comprobar el carácter duradero de una limitación de este tipo, el juzgado remitente podrá basarse en todas las pruebas que se le presenten, en particular, en documentos y certificados médicos que evalúen la duración probable de la deficiencia en cuestión. Si de esas pruebas resulta que la limitación sufrida por el Sr. Daouidi presenta carácter duradero, es decir, que como consecuencia de posibles secuelas, puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre, esa limitación podrá incluirse en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

48. En cambio, contrariamente a lo que indica el juzgado remitente, la apreciación del empresario de que el Sr. Daouidi se ausentó durante un tiempo lo suficientemente largo para que se estimase necesario prescindir de él, no puede determinar el carácter duradero de la limitación. En efecto, la discapacidad es un concepto objetivo y, por tanto, la apreciación subjetiva del empresario acerca de si la imposibilidad para trabajar del demandante en el litigio principal fue lo suficientemente larga carece de pertinencia.

49. (…). No obstante, considero que el hecho de que la incapacidad se calificara, en un primer momento, de «temporal», no impide que posteriormente pueda considerarse duradera sobre la base de pruebas médicas. Además, a mi juicio, la inclusión de una situación en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 no debe depender de la calificación como «incapacidad temporal» en el sentido del Derecho nacional que se haya aplicado al demandante en el litigio principal. Procede señalar asimismo que del tenor literal de la quinta cuestión prejudicial se desprende que el Sr. Daouidi se halla en situación de incapacidad temporal «de duración incierta».

50. El Gobierno francés indica también que consta que el despido del demandante en el litigio principal se produjo pasados 53 días de su accidente laboral, lo que, a su juicio, parece un período demasiado breve para que la situación pueda calificarse de «duradera». Sin embargo, no me parece que el plazo que medie entre que se produce un accidente laboral y el despido pueda ser un criterio que determine el carácter duradero o no de la limitación sufrida por un trabajador. Tal limitación podría perfectamente considerarse duradera aun cuando el trabajador fuese despedido inmediatamente después del accidente laboral. Adoptar la postura inversa sería manifiestamente contrario a la protección de los trabajadores discapacitados en la

medida en que incitaría a los empresarios a despedir lo más rápidamente posible a los trabajadores enfermos o accidentados cuya situación de incapacidad profesional pudiera resultar duradera.

51. Sobre la base de los datos anteriores el juzgado remitente deberá formarse una opinión acerca de si la situación del Sr. Daouidi está incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78."

Estas consideraciones del Abogado General facilitan, sin duda, la comprensión del alcance de la posterior sentencia de 1.12.12. que, a la postre, nos da dos parámetros alternativos para discernir en qué casos de despido por incapacidad temporal (el que, en aquel caso, derivada de accidente de trabajo y no de enfermedad es irrelevante) podrá entenderse que concurre discriminación por discapacidad:

"La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

– El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

– Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el 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.

– Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales."

Así, si en la STJUE Ring se amplió el concepto de "discapacidad" (la "*limitación"* generada por las "*dolencias"* 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...")*, la STJUE Daouidi aclara el elemento de la "duración", dándonos dos parámetros alternativos:

-la incertidumbre en la duración: "*la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo".*

-la "*prolongación significativa antes del restablec*imiento", parámetro que debemos interpretar a la luz del apartado 47 del informe del Abogado General (al que explícitamente se remite el apartado 57 de la sentencia)*: "que, como consecuencia de posibles secuelas, puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre, esa limitación podrá incluirse en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.*

7.- Preguntas y respuestas para la adecuada aplicación de la doctrina Ring y Daouidi.

Expongo a continuación, en formato pregunta/respuesta, diversas cuestiones que entiendo pueden ayudar a la adecuada interpretación de la doctrina del TJUE en el actual marco del COVID 19:

- ¿La limitación debe ser permanente o irreversible, para que pueda ser considerada "discapacidad"?

La respuesta, sin ninguna duda, debe ser negativa, a la vista de parte dispositiva de la STJUE Ring:

> *1) El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE (...),debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de 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. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.*

Y si quedaba alguna duda, la posterior STJUE la desvaneció totalmente al aportar, precisamente, los parámetros necesarios para determinar cuando la incertidumbre o la significativa duración de una incapacidad temporal la pueden convertir en una situación de "discapacidad" susceptible de tutela discriminatoria.

-¿Es determinante la intencionalidad del empresario para establecer el posible carácter discriminatorio del despido?
-¿Es determinante, por ello, que se acredite en juicio el conocimiento empresarial de la expectativa de duración?

Entiendo que esta es una cuestión clave, una de las aportaciones relevantes de la STJUE "Daouidi". Hemos de empezar efectuando una distinción que no siempre es clara entre el "nexo causal" de un despido (la identificación de la causa real) y la "intencionalidad del mismo" (el motivo que lleva a la empresa a despedir por tal causa).

El elemento intencional es fundamental en la doctrina judicial "interna", inaugurada con la STS 29.1.01, al razonar 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 para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en la que resulte apreciable el elemento de segregación".* Despedir al trabajador enfermo por su falta de rentabilidad responde, según el Tribunal Supremo, a una "*perspectiva funcional"* (intención de rentabilizar) que entiende no discriminatoria, a diferencia de si aprecia un "*elemento de segregación"* (intención de discriminar por causa de enfermedad).

Por el contrario, este "elemento intencional o subjetivo" –las razones del empresario para despedir por causa de la situación de incapacidad temporal del trabajador- no tienen la menor importancia para el TJUE, que ninguna atención le presta (ni tan siquiera las menciona), y "pone el foco" en el "elemento objetivo", la limitación del trabajador y el posible carácter duradero de la misma en el momento de su despido.

El informe del Abogado General, que fundamenta la posterior sentencia, es muy claro en este aspecto cuando, en su apartado 48, razona que*".. la apreciación del empresario de que el Sr. Daouidi se ausentó durante un tiempo lo suficientemente largo para que se estimase necesario prescindir de él, no puede determinar el carácter duradero de la limitación. En efecto, la discapacidad es un concepto objetivo y, por tanto, la apreciación subjetiva del empresario acerca de si la imposibilidad para trabajar del demandante en el litigio principal fue lo suficientemente larga carece de pertinencia".*

Por lo demás, el conocimiento empresarial de la expectativa de duración es habitual al especificarse –a diferencia del diagnóstico- en el parte de baja médica o de confirmación que se comunica al empresario, pero –por lo ya expuesto- no es un elemento indispensable, en mi opinión, para la activación de la tutela antidiscriminatoria (aunque sí pudiera serlo para discernir, en su caso, si la discriminación es directa o indirecta). Lo relevante es el estado del trabajador en el momento del "acto discriminatorio", no el conocimiento que el empresario tenga de dicho estado.

Tal conclusión choca, ciertamente, con nuestra "cultura antidiscriminatoria" en la doctrina clásica del Tribunal Supremo, que restringe la apreciación de discriminación no ya a la concurrencia de un elemento intencional (como lo es la decisión de despedir al trabajador/a enfermo por falta de rentabilidad o de productividad) sino a la intencionalidad segregacionista (como lo sería el criterio de despedir sistemáticamente a toda persona trabajadora que caiga enferma).

-¿Es relevante el tiempo transcurrido entre el accidente o inicio de la situación de incapacidad temporal y la fecha del despido?

Estrechamente vinculadas a las preguntas y respuestas anteriores, debemos afirmar que tampoco este elemento es determinante para el TJUE. Lo relevante –como se infiere con toda claridad de su parte dispositiva y no nos cansaremos de reiterar- es el "estado" del trabajador en el momento del despido, y, más concretamente, el posible "carácter duradero" de su limitación: "*Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el 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***."**

Es claro, por consiguiente, que la "duración" de la limitación que debe ser valorada no es la previa al despido (que sólo interesaría en orden a valorar la intencionalidad del empresario, aspecto que ya hemos dicho que no es relevante), sino la que pueda establecerse en el momento del despido, o –para ser más preciso- la "incertidumbre" respecto a la duración o la prolongación significativa antes del restablecimiento.

Nuevamente el informe del Abogado General se ofrece como todavía más claro y contundente en esta cuestión, al afirmar, en su apartado 50, que " *no me parece que el plazo que medie entre que se produce un accidente laboral y el despido pueda ser un*

criterio que determine el carácter duradero o no de la limitación sufrida por un trabajador. Tal limitación podría perfectamente considerarse duradera aun cuando el trabajador fuese despedido inmediatamente después del accidente laboral. Adoptar la postura inversa sería manifiestamente contrario a la protección de los trabajadores discapacitados en la medida en que incitaría a los empresarios a despedir lo más rápidamente posible a los trabajadores enfermos o accidentados cuya situación de incapacidad profesional pudiera resultar duradera."

-¿Respecto de que momento debe efectuarse la valoración del "carácter duradero" de la limitación?

A quien le corresponde efectuar la valoración de la duración, como reitera la STJUE Daouidi en diversos apartados, es al juez/za que conozca de la impugnación del despido, y debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales, como especifica con toda claridad el último pronunciamiento de la sentencia.

Y, como se aclara en el apartado 54: "*el carácter "duradero" de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio".*

Pero debemos distinguir tres momentos distintos:

-El momento respecto del que debe valorarse la posible "limitación duradera" del trabajador (la fecha del acto presuntamente discriminatorio, el despido).

-El momento en que debe/puede hacerse tal valoración (al dictar sentencia).

-La evolución médica posterior al despido, que también puede/debe ser analizado para dicha valoración.

-¿Debe valorarse la evolución médica posterior al despido y la documentación acreditativa de la misma?

Me parece obvio que sí, ya que tal valoración resulta indispensable para valorar retrospectivamente si, en aquel concreto momento (el del despido), el trabajador "*no presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo"* o, alternativamente, si "*dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*." Difícilmente puede valorarse tal potencial prolongación sin examinar la evolución médica posterior al despido.

8.- ¿Asunción de la doctrina Ring y Daouidi en la doctrina del Tribunal Supremo: las STS de 22.5.20 y 15.9.20?

En los primeros pronunciamientos posteriores a las STJUE Ring y Daouidi pareció que el Tribunal Supremo no apreciaba una evolución relevante en la evolución jurisprudencial del TJUE, y que seguía tomando como referencia doctrinal -todavía- la STJUE Chacón Navas.

Así, si examinamos la STS núm. 306/2018 de 15 marzo, referida al clásico despido por causa de enfermedad bajo una inconcreta y ficticia imputación disciplinaria, constataremos que descarta la concurrencia de una situación de "discapacidad" al razonar que "*..la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de "discapacidad" distinta de "la enfermedad en cuanto tal*", sin aplicar, por consiguiente, los parámetros de "durabilidad incapacitante" -si se me permite la expresión- establecidos en la STJUE Daouidi.

Las más recientes STS de 22.5.20 y 15.9.20 han resuelto casos parecidos, también en sentido desestimatorio, pero en sus razonamientos ya se incorporan y se aplican aquellos parámetros[12]. No será hasta que, ante un nuevo supuesto y en aplicación dicha doctrina, ratifique o declare la nulidad por discapacidad cuando podrá entenderse completada la recepción de dicha doctrina. No sea que ocurra como la "excepción segregacionista" a la no consideración como discriminatorio del despido por enfermedad, que el Tribunal Supremo no la ha aplicado durante los casi veinte años de vigencia de dicha doctrina.

9.- Razones para el entendimiento como discriminatoria de toda extinción o despido por causa "subjetiva" vinculada al COVID-19.

Como ya he avanzado, considero que el legislador de emergencia, en congruencia con el triple objetivo de "*reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo, y reforzar la lucha contra la enfermedad*", debió haber establecido una explícita prohibición de despido o extinción de contrato por causa subjetiva vinculada al COVID 19.

Ello no obstante, en ausencia de tal previsión normativa, entiendo que hay elementos suficientes para apreciar el carácter discriminatorio de tales despidos o extinciones y, por consiguiente, sancionarlos con la declaración de nulidad.

1.- El primero de ellos es que, el Congreso de los Diputados, 25.3.20202, acordó convalidar el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
Con ello se convalida también, a mi entender, el extenso y fundamentado argumentario antidiscriminatorio de su exposición de motivos, conforme "*El despido de personas enfermas no solo entronca con el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, como ha señalado en numerosas ocasiones el TJUE, sino que también*

[12] Así, en la STS 22.5.20, se razona: *"... Razona el Tribunal de la Unión que, entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la discapacidad 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. Añade la STJUE en cuestión que, para comprobar el carácter duradero, el juez o tribunal debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales."*

genera en la persona trabajadora que ve extinguido su contrato una situación de gran vulnerabilidad profesional, personal y social".
Por ello, entiendo que la premisa teleológica de la doctrina "clásica" del Tribunal Supremo, inaugurada con la STS de 29.1.01, 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, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación",* ya no es válida –o desde el momento que el legislador parlamentario ha convalidado aquella norma y, con la misma, el acervo antidiscriminatorio de su exposición de motivos, manifiestamente incompatible con tal criterio doctrinal.
O dicho en otras palabras: al derogar el legislador, por discriminatoria, la facultad extintiva por causa objetiva basada en la enfermedad de la persona trabajadora (y no sólo en los supuestos de "discapacidad"), parece obvio concluir que –como consecuencia obligada y con mayor motivo- la misma calificación de discriminación debe predicarse respecto de todo "despido improcedente" por causa de enfermedad. Sería un auténtico contrasentido que habiéndose derogado la norma que habilitaba a la empresa a despedir "objetivamente" por causa de enfermedad, por entenderla discriminatoria, no se apreciara tal carácter al despido "improcedente" por causa de enfermedad
2.- Como segunda razón, y aún en el caso que no se compartiera este obligado cambio de criterio jurisprudencial, hay que recordar que la STC 62/2008, si bien no invalidó dicho criterio doctrinal del Tribunal Supremo, advirtió "*que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir factores de discriminación análogos a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrables en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo.",* añadiendo que *"cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato".*

Entiendo que el que podríamos denominar "efecto pandémico" -la especial vulnerabilidad que genera en el conjunto de la sociedad y a las personas trabajadoras, en particular, la actual crisis sanitaria- sumado al compromiso social y político para la superación de la misma y para la conservación del empleo, con sacrificios manifiestos en todos ámbitos colectivos e individuales, justifican plenamente que pueda entenderse que cualquier despido o extinción que no tenga otro motivo, explícito u oculto, que la ausencia del trabajo por una causa vinculada al COVID, deba ser considerado intrínsecamente segregacionista por causa de enfermedad o situación vinculada al COVID. El móvil último de tales despidos ya no sería la simple falta de rentabilidad o productividad de la persona enferma (razones que el Tribunal Supremo, hasta ahora, ha considerado no "discriminatorias"), sino la propia enfermedad y el riesgo de contagio que comporta, lo que convertiría el despido en segregacionista y, por consiguiente, susceptible de ser calificado como nulo.

3.- Y, finalmente y en tercer lugar: en la interpretación que he defendido anteriormente de la doctrina RING y DAOUIDI del TJUE, no hay duda que determinadas situaciones de contagio o enfermedad COVID-19, por el conocimiento y experiencia médica que ya

tenemos, pueden "*no presentar una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo",* o, en otros casos *"pueden prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*", por lo que -a la luz de la doctrina del TJUE (RING y DAOUDI)- dichos despidos deberían considerarse discriminatorios por causa de discapacidad y, por consiguiente, ser calificados con la declaración de nulidad.

LEGISLACIÓN

UNIÓN EUROPEA
ESTATAL
COMUNIDADES AUTÓNOMAS

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2020/1627 DE LA COMISIÓN, de 3 de noviembre de 2020, sobre medidas excepcionales para el tercer período de referencia (2020-2024) del sistema de evaluación del rendimiento y de tarificación en el cielo único europeo debido a la pandemia de COVID-19. **Ir al texto**

Reglamento Delegado (UE) 2020/1640 de la Comisión de 12 de agosto de 2020 por el que se completa el Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo especificando el número y el título de las variables relativas al tema ad hoc de 2022 «capacidades profesionales» y de las variables que se deben recoger cada ocho años sobre «pensión y participación en el mercado laboral» en el ámbito de la población activa (Texto pertinente a efectos del EEE). **Ir al texto**

Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1642 de la Comisión de 5 de noviembre de 2020 por el que se especifican los datos técnicos del conjunto de datos para el tema ad hoc de 2022 «capacidades profesionales» y para las variables sobre «pensión y participación en el mercado laboral» que se recogen cada ocho años en el ámbito de la población activa de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE). **Ir al texto**

Decisión (UE) 2020/1730 de la Comisión de 18 de noviembre de 2020 por la que se confirma la participación de Irlanda en el Reglamento (UE) 2017/1954 del Parlamento Europeo y del Consejo, de modificación del Reglamento (CE) n.o 1030/2002 del Consejo por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. **Ir al texto**

Decisión del Consejo de Administración de la Empresa Común para la Iniciativa sobre Medicamentos Innovadores 2 de 11 de agosto de 2020 por la que se establecen las normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Empresa Común para la Iniciativa sobre Medicamentos Innovadores 2. **Ir al texto**

ESTATAL

Real Decreto-ley 32/2020, de 3 de noviembre, por el que se aprueban medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultural. **Ir al texto**

Real Decreto-ley 33/2020, de 3 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo a entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal. **Ir al texto**

Decreto-ley 32/2020, de 22 de septiembre, por el que se modifica la Ley 17/2014, de 23 de diciembre, de representatividad de las organizaciones profesionales agrarias. **Ir al texto**

Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria. **Ir al texto**

Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. **Ir al texto**

Real Decreto 936/2020, de 27 de octubre, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2020. **Ir al texto**

Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. **Ir al texto**

REGLAMENTO GENERAL DE CIRCULACIÓN.
Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifican el Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre y el Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, en materia de medidas urbanas de tráfico. **Ir al texto**

Real Decreto 971/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo. **Ir al texto**

Real Decreto 969/2020, de 10 de noviembre, por el que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria, para el primer tramo del ejercicio 2020, de ayudas por la paralización temporal de la flota a los pescadores con un procedimiento de suspensión de los contratos o reducción de jornada como consecuencia del COVID-19 y por el que se modifica el Real Decreto 703/2020, de 28 de julio. **Ir al texto**

Resolución de 22 de octubre de 2020, de la Secretaría General Técnica, en virtud del artículo 24.2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. **Ir al texto**

Resolución de 26 de octubre de 2020, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 20 de octubre de 2020, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2020, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre. **Ir al texto**

Resolución de 28 de octubre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2021. **Ir al texto**

Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. **Ir al texto**

Resolución de 11 de noviembre de 2020, de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, por la que se modifica el modelo de solicitud de prestaciones establecidas en el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. **Ir al texto**

Resolución de 4 de noviembre de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Adenda de prórroga del Convenio entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, para la gestión administrativa de la prestación de ingreso mínimo vital en el País Vasco. **Ir al texto**

Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Mutualidad General Judicial, por la que se publica la prórroga para 2021 del concierto para la asistencia sanitaria de beneficiarios y la relación de entidades de seguros que han suscrito la misma. **Ir al texto**

AUTONÓMICA

Andalucía

Resolución de 19 de noviembre de 2020, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 27/2020, de 22 de octubre, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se adoptan diversas medidas como consecuencia de la situación generada por el coronavirus (COVID-19).
Ir al texto

Resolución de 18 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se modifica el anexo de la Resolución de 13 de diciembre de 2019 por la que se publica la relación de fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2020 respecto de las inicialmente previstas y se complementa la Resolución de 23 de abril, 21 de mayo, 25 de junio, 27 de julio, 27 de agosto y 13 de octubre de 2020.
Ir al texto

Orden de 27 de octubre de 2020, por la que se modifica la Orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regula el acceso y funcionamiento de los Programas de Estancia Diurna y Respiro Familiar.
Ir al texto

Acuerdo de 17 de noviembre de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se adoptan con carácter extraordinario medidas de apoyo para garantizar la continuidad de la prestación de servicio a las personas en situación de dependencia beneficiarias del servicio de atención residencial y de ayuda a domicilio, como consecuencia de la crisis sanitaria.
Ir al texto

Aragón

ORDEN PRI/1061/2020, de 27 de octubre, por la que se aprueba la Carta de Servicios del Instituto Aragonés de la Mujer. **Ir al texto**

ORDEN ICD/1101/2020, de 30 de octubre, por la que se aprueba la norma de distribución de funciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales entre los diferentes órganos de la Vicepresidencia y del Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial.
Ir al texto

Asturias

Decreto 73/2020, de 15 de octubre, de primera modificación del Decreto 13/2020, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el Principado de Asturias. **Ir al texto**

Resolución de 19 de noviembre de 2020, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se determinan los domingos y festivos en los que el comercio del Principado de Asturias podrá estar abierto al público durante el año 2021**. Ir al texto**

Illes Balears

Decret 10/2020, de 26 d'octubre, de la presidenta de les Illes Balears, pel qual s'estableixen mesures en el territori de les Illes Balears com a conseqüència de la declaració de l'estat d'alarma per fer front a la situació d'emergència sanitària provocada per la COVID-19. **Ir al texto**

Resolució de la consellera d'Afers Socials i Esports per la qual s'actualitzen els preus dels Acords d'acció concertada del servei residencial per a persones grans en situació de dependència, d'acord amb les noves ràtios de personal de les residències per a persones grans establertes en el Decret llei 12/2020, de 28 d'agost. **Ir al texto**

Canarias

Ley 3/2020, de 27 de octubre, de medidas urgentes de carácter social dirigidas a las personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y de modificación de la Ley 16/2019, de 2 de mayo, de servicios sociales de Canarias. **Ir al texto**

DECRETO ley 17/2020, de 29 de octubre, de medidas extraordinarias en materia turística para afrontar los efectos de la crisis sanitaria y económica producida por la pandemia ocasionada por la COVID-19. **Ir al texto**

DECRETO ley 20/2020, de 26 de noviembre, por el que se establecen medidas urgentes para paliar los efectos sociales derivados de la COVID-19 mediante el abono de una prestación extraordinaria a las personas titulares de las pensiones no contributivas, del fondo de asistencia social, del subsidio de garantía de ingresos mínimos y de la prestación canaria de inserción, residentes en la Comunidad Autónoma de Canarias. **Ir al texto**

Decreto-ley 35/2020, de 20 de octubre, de modificación del Decreto-ley 19/2020, de 19 de mayo, y del Decreto-ley 29/2020, de 28 de julio, en materia de adopción de medidas sociales y sanitarias para paliar los efectos de la pandemia generada por la COVID-19. **Ir al texto**

RESOLUCIÓN de 27 de octubre de 2020, de la Presidencia, por la que se ordena la publicación en el Boletín Oficial de Canarias del Acuerdo de convalidación del Decreto ley 16/2020, de 24 de septiembre, de modificación de la Ley 1/2007, de 17 de enero, por

la que se regula la Prestación Canaria de Inserción para su adaptación al Ingreso Mínimo Vital. **Ir al texto**

Castilla la Mancha

Decreto 66/2020, de 29 de octubre, del Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, como autoridad delegada dispuesta por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por la SARS-CoV-2, por el que se determinan medidas específicas en el ámbito del estado de alarma. **Ir al texto**

Horarios. Orden 174/2020, de 20 de octubre, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, por la que se determinan los domingos y días festivos autorizados para la apertura al público de los establecimientos comerciales en Castilla-La Mancha durante el año 2021. **Ir al texto**

Sanidad. Resolución de 23/11/2020, de la Consejería de Sanidad, por la que se prorrogan las medidas adoptadas por la Resolución de 05/11/2020, por la que se adoptan medidas de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, para la contención de la expansión del COVID-19 en el ámbito territorial de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha. **Ir al texto**

Castilla y León

DECRETO-Ley 10/2020, de 22 de octubre, de medidas urgentes para reforzar el control y sanción de las medidas de prevención y contención sanitarias para afrontar la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. **Ir al texto**

DECRETO 2/2020, de 12 de noviembre, del Presidente de la Junta de Castilla y León, como autoridad competente delegada, por el que se regulan las prestaciones personales obligatorias sobre los recursos humanos en el ámbito del Sistema de Salud de Castilla y León, en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. **Ir al texto**

ORDEN EEI/1234/2020, de 12 de noviembre, por la que se establece el calendario de domingos y días festivos de apertura autorizada para el comercio en la Comunidad de Castilla y León durante el año 2021. **Ir al texto**

CORRECCIÓN de errores del Acuerdo 9/2020, de 25 de octubre, del Presidente de la Junta de Castilla y León, como autoridad competente delegada dispuesta por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por la SARS-CoV-2, por el que se determina la hora de comienzo de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno. **Ir al texto**

ACUERDO 10/2020, de 28 de octubre, del Presidente de la Junta de Castilla y León, por el que se dispone la limitación de la entrada y salida de personas del territorio de la Comunidad de Castilla y León en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre,

por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. **Ir al texto**

Catalunya

DECRETO LEY 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la COVID-19. **Ir al texto**

DECRETO LEY 39/2020, de 3 de noviembre, de medidas extraordinarias de carácter social para hacer frente a las consecuencias de la COVID-19. **Ir al texto**

DECRETO LEY 41/2020, de 10 de noviembre, de medidas extraordinarias de carácter social en centros educativos y en el ámbito de la educación en el ocio y de las actividades extraescolares para hacer frente a las consecuencias de la COVID-19. **Ir al texto**

DECRETO LEY 47/2020, de 24 de noviembre, de medidas extraordinarias de carácter económico en el sector de las instalaciones juveniles, de medidas en el sector de las cooperativas y de modificación del Decreto ley 39/2020, de 3 de noviembre, de medidas extraordinarias de carácter social para hacer frente a las consecuencias de la COVID-19, y del Decreto ley 42/2020, de 10 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a entidades del tercer sector social. **Ir al texto**

Decreto 34/2020, de 23 de noviembre, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen medidas de limitación de entrada y salida en la Comunidad de Madrid, adoptadas para hacer frente a la COVID-19, en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, del Consejo de Ministros, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2. **Ir al texto**

RESOLUCIÓ 1006/XII del Parlament de Catalunya, de validació del Decret llei 35/2020, de modificació del Decret llei 19/2020, de 19 de maig, i del Decret llei 29/2020, de 28 de juliol, en matèria d'adopció de mesures socials i sanitàries per pal·liar els efectes de la pandèmia generada per la COVID-19. **Ir al texto**

RESOLUCIÓ SLT/2875/2020, de 12 de novembre, per la qual es prorroguen i es modifiquen les mesures en matèria de salut pública per a la contenció del brot epidèmic de la pandèmia de COVID-19 al territori de Catalunya. **Ir al texto**

RESOLUCIÓ 1067/XII del Parlament de Catalunya, de validació del Decret llei 39/2020, de mesures extraordinàries de caràcter social per fer front a les conseqüències de la COVID-19. **Ir al texto**

RESOLUCIÓN EMC/3062/2020, de 25 de noviembre, de modificación de la Resolución EMC/3613/2019, de 27 de diciembre, por la que se publican las fechas añadidas y/o sustituidas en el calendario de días festivos con apertura comercial autorizada de diversos municipios para el año 2020. **Ir al texto**

Extremadura

Calendario laboral.- Resolución de 4 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se modifica el Anexo de la Resolución de 28 de octubre de 2019 en la que se determinan las fiestas locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2020. **Ir al texto**

Resolución de 12 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se hace público el calendario laboral oficial de fiestas locales para la Comunidad Autónoma de Extremadura durante el año 2021. **Ir al texto**

Galicia

DECRETO 181/2020, do 9 de novembro, do presidente da Xunta de Galicia, polo que se modifica o Decreto 179/2020, do 4 de novembro, do presidente da Xunta de Galicia, polo que se adoptan medidas no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia para facer fronte á crise sanitaria, na condición de autoridade competente delegada no marco do estado de alarma declarado polo Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2.
Ir al texto

ORDE do 9 de novembro de 2020 pola que se modifica a Orde do 4 de novembro de 2020 pola que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia da evolución da situación epidemiolóxica derivada do COVID-19 na Comunidade Autónoma de Galicia. **Ir al texto**

La Rioja

Decreto de la Presidenta 15/2020, de 28 de octubre, sobre medidas específicas para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 en la Comunidad Autónoma de La Rioja. **Ir al texto**

Resolución de 28 de octubre de 2020, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de octubre de 2020, por el que se adoptan nuevas medidas sanitarias preventivas para la contención de la COVID-19 en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja. **Ir al texto**

Madrid

Decreto 31/2020, de 30 de octubre, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se modifica el Decreto 29/2020, de 26 de octubre, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen las medidas de contención adoptadas para hacer frente a la COVID-19, en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, del Consejo de Ministros, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. **Ir al texto**

Orden 1465/2020, de 30 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 1405/2020, de 22 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se

adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica. **Ir al texto**

Medidas preventivas crisis sanitarias acontecimientos deportivos profesionales. Orden 1466/2020, de 30 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 668/2020, de 19 de junio, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, para la aplicación de las actuaciones coordinadas en salud pública para responder a la situación de especial riesgo que se deriva de la asistencia de público a acontecimientos deportivos profesionales de carácter internacional. **Ir al texto**

Orden 1534/2020, de 13 de noviembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 1405/2020, de 22 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica. **Ir al texto**

Resolución de 28 de octubre de 2020, de la Dirección General de Formación, por la que se ordena la publicación de los modelos de impresos de los procedimientos de acreditación e inscripción de entidades y de centros de formación para el empleo en el ámbito laboral en modalidad presencial. **Ir al texto**

Murcia

Decreto del Presidente n.º 7/2020, de 29 de octubre, por el que se adoptan medidas de limitación de circulación de personas de carácter territorial, al amparo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. **Ir al texto**

Decreto del Presidente n.º 8/2020, de 8 de noviembre, por el que se prorroga la vigencia de las medidas de restricción adoptadas al amparo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. **Ir al texto**

Decreto del Presidente n.º 9/2020, de 22 de noviembre, por el que se prorroga la vigencia de las medidas de restricción adoptadas al amparo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2. **Ir al texto**

Navarra

Decreto-ley Foral 9/2020, de 16 de septiembre, por el que se establece el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención sanitarias para afrontar la situación de crisis sanitaria ocasionada por COVID-19, en la Comunidad Foral de Navarra. **Ir al texto**

Decreto-ley Foral 10/2020, de 16 de septiembre, por el que se aprueban medidas en materia de personal al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos. **Ir al texto**

ORDEN FORAL 60/2020, de 19 de noviembre, de la Consejera de Salud, por la que se corrige un error advertido en la Orden Foral 59/2020, de 16 de noviembre, de la Consejera de Salud, por la que se prorroga y se modifica parcialmente la Orden Foral 57/2020, de 21 de octubre, de la Consejera de Salud, por la que se adoptaron medidas específicas de prevención, de carácter extraordinario, para la Comunidad Foral de Navarra, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19, modificada por Orden Foral 58/2020, de 4 de noviembre, de la Consejera de Salud. **Ir al texto**

RESOLUCIÓN 120/2020, de 2 de noviembre, del Director General de Formación Profesional, por la que se convoca, en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, el procedimiento para la evaluación y acreditación de competencias profesionales asociadas a determinadas cualificaciones definidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales. **Ir al texto**

Euskadi

LEY 1/2020, de 29 de octubre, de modificación de la Ley por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2020. **Ir al texto**

DECRETO 36/2020, de 26 de octubre, del Lehendakari, por el que se determinan medidas específicas de prevención, en el ámbito de la declaración del estado de alarma, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica y para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. **Ir al texto**

DECRETO 254/2020, de 10 de noviembre, sobre Sostenibilidad Energética de la Comunidad Autónoma Vasca. **Ir al texto**

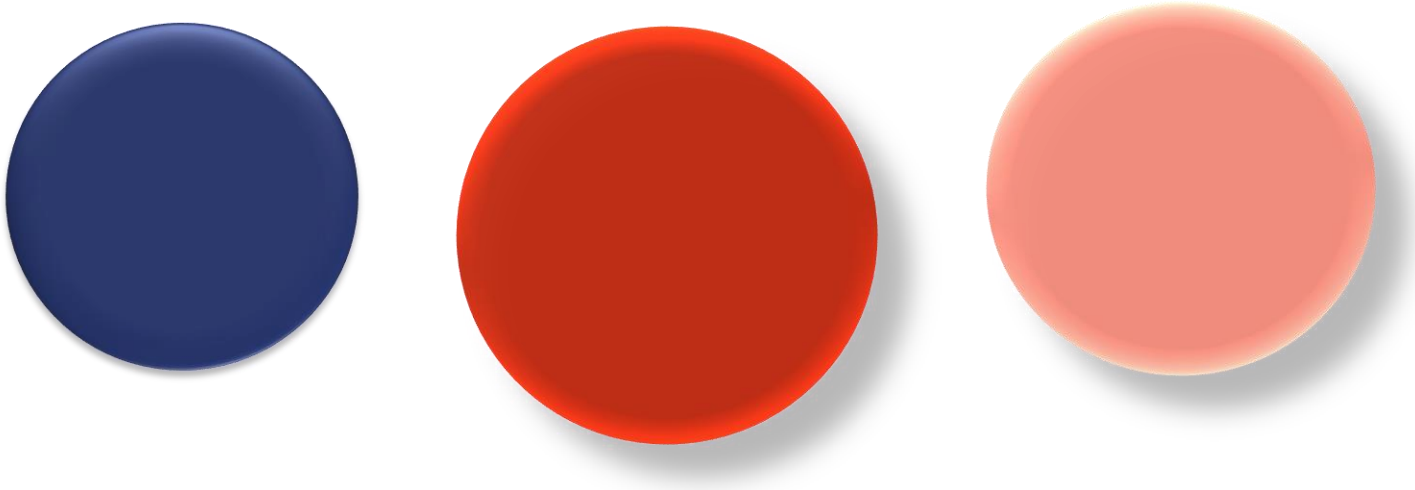
DECRETO FORAL-NORMA 8/2020, de 13 de octubre, sobre medidas complementarias de carácter urgente para paliar determinadas consecuencias del COVID-19. **Ir al texto**

Valencia

DECRET 16/2020, de 5 de novembre, del president de la Generalitat, pel qual es prorroga la mesura de restricció d'entrada i eixida de persones del territori de la Comunitat Valenciana, adoptada en el Decret 15/2020, de 30 d'octubre, de mesures temporals i excepcionals a la Comunitat Valenciana, com a conseqüència de la situació de crisi sanitària ocasionada per la Covid-19 i a l'empara de la declaració de l'estat d'alarma, i s'adopten unes altres mesures. [2020/9359] **Ir al texto**

DECRETO 158/2020, de 23 de octubre, del Consell, de determinación del calendario laboral en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana. **Ir al texto**

DECRETO 159/2020, del Consell, de regulación de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores y trabajadoras autónomos y de la organización del Consejo Valenciano del Trabajo Autónomo. **Ir al texto**



NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ESTATAL

Resolución de 26 de octubre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta de revisión y tabla salarial del Convenio colectivo de empresas de publicidad. **Ir al texto**

Resolución de 4 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de la ultraactividad del Convenio colectivo del sector de la banca. **Ir al texto**

Resolución de 11 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el acuerdo parcial por el que se prorroga el V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería. **Ir al texto**

AUTONÓMICA

Andalucía

CONSTRUCCION Y OBRAS PUBLICAS (Cádiz) **Ir al texto**

Asturias

Resolución de 7 de octubre de 2020, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se ordena la inscripción de las tablas salariales para el año 2020 del Convenio Colectivo del sector de empleados de fincas urbanas del Principado de Asturias, en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Empleo y Formación. [Cód. 2020-08990]. **Ir al texto**

Resolución de 8 de octubre de 2020, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se ordena la inscripción de modificación del Convenio Colectivo del sector de servicios de ayuda a domicilio y afines del Principado de Asturias, en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Empleo y Formación. [Cód. 2020-08989]. **Ir al texto**

Resolución de 30 de octubre de 2020, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se ordena la inscripción de la actualización

salarial para el período 2014-2020 del Convenio Colectivo Local del Sector de Estiba y Desestiba del Puerto de Avilés, en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de la Dirección General de Empleo y Formación. **Ir al texto**

Illes Balears

Resolució del conseller de Treball, Comerç i Indústria per la qual es disposa la inscripció i dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears de l'Acta de la Comissió Paritària del Conveni col·lectiu per al personal laboral de la Fundació d'Atenció i Suport a la Dependència i de Promoció de l'Autonomia Personal de les Illes Balears i la seva publicació en el Butlletí Oficial de les Illes Balears (codi de conveni 07100532012018) **Ir al texto**

Castilla la Mancha

Resolución de 20/11/2020, de la Dirección General de Autónomos, Trabajo y Economía Social, por la que se registra y publica el acuerdo de modificación del IV Convenio Colectivo de Castilla-La Mancha Media. **Ir al texto**

Catalunya

RESOLUCIÓ TSF/2699/2020, de 20 d'octubre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu d'empreses d'atenció domiciliària de Catalunya (codi de conveni núm. 79001525011999). **Ir al texto**

RESOLUCIÓ TSF/2794/2020, de 22 d'octubre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del VIII Conveni col·lectiu de treball per a empleats de finques urbanes de Catalunya (codi de conveni núm. 79001735012001). **Ir al texto**

RESOLUCIÓ TSF/2841/2020, de 22 d'octubre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del V Conveni col·lectiu d'aparcaments, estacionaments regulats de superfície, garatges, serveis de rentat i greixatge de vehicles de Catalunya per als anys 2017-2022. **Ir al texto**

RESOLUCIÓN TSF/3020/2020, de 22 de octubre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de trabajo de otros servicios ferroviarios de la empresa Ferrocarriles de la Generalidad de Cataluña**. Ir al texto**

Extremadura

Acuerdos Administración-Sindicatos.- Resolución de 16 de octubre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la publicación del "Pacto de 30 de septiembre de 2020 que modifica el Pacto de 17 de enero de 2013 por el que se regulan los procedimientos de selección de personal temporal y provisión de plazas con carácter temporal en los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos dependientes del Servicio Extremeño de Salud". **Ir al texto**

Resolución de 7 de octubre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del texto del Convenio Colectivo de sector "Panaderías de la provincia de Badajoz." **Ir al texto**

Resolución de 19 de octubre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de

Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del texto del Convenio Colectivo de los trabajadores de la Comunidad de Regantes de la Margen Izquierda del Río Alagón, para los años 2020, 2021 y 2022. **Ir al texto**

Resolución de 16 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del texto del Convenio Colectivo denominado "Acuerdo Regulador por el que se regula las relaciones de trabajo entre los empleados públicos del Excmo. Ayuntamiento de Piornal y la Corporación Municipal". **Ir al texto**

Galicia

RESOLUCIÓN do 29 de outubro de 2020, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se dispón a inscrición no rexistro e a publicación do Convenio colectivo das empresas organizadoras do xogo do bingo. **Ir al texto**

Madrid

Resolución de 30 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la Empresa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S. A. (CESPA, S. A.), y los trabajadores adscritos a los servicios de limpieza pública viaria, recogida de residuos sólidos urbanos y punto limpio del municipio de Cobeña 2018-2020. **Ir al texto**

Resolución de 10 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Acta de 28 de septiembre de 2020, de la Comisión de Seguimiento del convenio colectivo de Tintorerías y Lavanderías de la Comunidad de Madrid. **Ir al texto**

Murcia

ORDEN FORAL 340/2020, de 16 de octubre, de la Consejera de Derechos Sociales, por la que se determina el personal necesario para la atención de los servicios mínimos en el ámbito de los servicios sociales relacionados con el sector de Intervención Social en la Comunidad Foral de Navarra, ante la convocatoria de huelga prevista para el 29 de octubre de 2020. **Ir al texto**

Euskadi

RESOLUCIÓN de 7 de septiembre de 2020, de la Directora de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone el registro, depósito y publicación del «Convenio Colectivo de las Empresas de la Asociación de Ikastolas del País Vasco / Euskal Herriko Ikastolen Elkarteko Enpresen Lan Hitzarmena» (núm. 86100063012016). **Ir al texto**

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. STC 150/2020

Cuestión de inconstitucionalidad 7194-2019. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en relación con el art. 40 de la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de defensa de los consumidores y usuarios.

Derecho a la legalidad sancionadora (principio de taxatividad): nulidad del precepto legal que remite al momento aplicativo la calificación de las infracciones como leves, graves o muy graves. **Ir al texto**

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

STC 146/2020

Resumen: Tutela judicial efectiva. Recurso de amparo 2004-2019. Promovido por Euroinversiones Inmobiliarias Costa Sur, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 40/2020 [inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 y 47/2019) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confusión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles]. **Ir al texto**

STC 155/2020

Recurso de amparo 1998-2018. Promovido por don Valentín Orús Dotu respecto de la sentencia dictada por un juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona que inadmitió su demanda de reclamación de intereses de demora por el retraso en el pago de las facturas por suministro de medicamentos a pacientes del sistema público de salud.

Vulneración del derecho a la tutela judicial (acceso a la justicia y motivación): resolución judicial que niega legitimación activa a quien no es parte en un convenio administrativo de atención farmacéutica e invoca el derecho a la igualdad como impedimento de un eventual cambio de criterio (STC 80/2020). **Ir al texto**

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

ACCIDENTE DE TRABAJO

STS 13-10-2020. Ir al texto

Roj: STS 3676/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3676
No de Recurso: 2648/2018
No de Resolución: 897/2020
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Accidente de trabajo: Se considera accidente de trabajo el ocurrido cuando el actor se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa durante su tiempo de descanso de 40 minutos se resbaló cayendo al suelo, consecuencia de lo cual sufrió una contusión en su hombro derecho y una pequeña herida en el codo.

CONTRATOS TEMPORALES

STS 13-10-2020. Ir al texto

Roj: STS 3490/2020 - ECLI: ES: TS:2020:3490
No de Recurso: 119/2019
No de Resolución: 903/2020
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Contrato de duración determinada: contrato predoctoral: La Sala entiende que el legislador ha diseñado una modalidad contractual, de carácter formativo, a la que no ha atribuido indemnización en el momento de su finalización, en la misma línea seguida con otros contratos temporales del ET.

a) La propia Ley 14/2011 acude al contrato para obra o servicio determinado del art. 15 a) ET cuando lo considera oportuno. Así sucede respecto de la contratación de personal técnico laboral para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica por parte de Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado (art. 30).

b) El propio art. 21 a) de la Ley 14/2011 define a este personal como "personal investigador predoctoral en formación". Para ser contratado como personal laboral predoctoral se exige de modo expreso haber sido admitido en un programa de doctorado.

c) Se trata de una figura que sustituye al personal investigador "de contrato" al que se refería el ahora derogado Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación, (definiéndolo en el art. 4) respecto del cual el art. 8.4 disponía que "La duración, retribución, prórrogas y extinción del contrato en prácticas se regirá por lo que establece el artículo 11.1 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y su normativa de desarrollo".

d) La actividad desarrollada está sujeta a evaluación "por la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, durante el tiempo que dure su permanencia en el programa, pudiendo ser resuelto el contrato en el supuesto de no superarse favorablemente dicha evaluación".

e) La retribución de estas personas trabajadoras se fija en un porcentaje de la que corresponde a la categoría equivalente, lo que la asemeja a lo que se prevé en el art. 11.2 g) ET, que fija la retribución en atención al tiempo de "trabajo efectivo" -sin tener en cuenta, por tanto el tiempo dedicado a actividades formativas (ex art. 11. 2 f) ET)-.

f) Con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.4 de la Ley 14/2011, "La consecución de la titulación de doctorado pondrá fin a la etapa de formación del personal investigador, y a partir de ese momento dará comienzo la etapa postdoctoral".

g) La cuestión del distinto tratamiento dado en la Ley 14/2011 al contrato de investigador distinguido, al que nos hemos referido en el anterior apartado, pone de relieve la diferencia esencial entre éste y los otros dos tipos de contrato -el predoctoral y el de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación-, consistente en el objetivo formativo obvio de estos últimos.
Pues bien, si de buscar analogías con las modalidades contractuales del ET se trata, se hace verdaderamente difícil acudir al contrato para obra y servicio determinado y, por el contrario, sería el contrato en prácticas del art. 11 ET el que presentaría mayores similitudes -de manera muy particular, la finalidad explícita de la contratación-

STS 28-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3679/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3679
No de Recurso: 3116/2018
No de Resolución: 945/2020
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Contrato de relevo: la muerte del trabajador relevado es, ciertamente, causa de la extinción de su contrato de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el art. 49.1.e) ET, y con todas sus consecuencias legales que de ello se derivan. Pero tal acontecimiento no tiene incidencia en el contrato de trabajo del relevista, el cual, se haya suscrito por tiempo indefinido o por una duración determinada, se mantiene vivo y vigente en sus propios términos.

Reitera doctrina: STS 25 de febrero de 2010 (rcud. 1744/2009)

DELEGADOS SINDICALES

STS 14-10-2020. **Ir al texto.**

Roj: STS 3673/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3673
No de Recurso: 236/2018 No de Resolución: 917/2020
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: delegados sindicales: un representante legal de los trabajadores -miembro del Comité de Empresa de la demandada- que, a su vez, ha sido designado Delegado Sindical -que cumple con todos los requisitos de la LOLS- no puede acumular dos créditos horarios y disponer al efecto de la suma de las horas que se le reconocen por ser miembro del Comité de Empresa y las que tiene derecho como Delegado Sindical

Por tanto, no parece posible que un delegado sindical acumule las horas correspondientes a un miembro del comité de empresa -por ejemplo, en el caso de que este último fuera miembro del mismo sindicato, como aquí ocurre-, ni viceversa. Y ello porque se trata de dos representaciones -la unitaria y la sindical- de distinta naturaleza. pues así el art. 10.3.o de la mencionada Ley Orgánica de Libertad Sindical, concede a los delegados sindicales las mismas garantías que a los miembros del comité de empresa, pero para el supuesto de que no formen parte del mismo, de lo que debe deducirse a "sensu" contrario que cuando ya forman parte de ese comité, no tienen derecho a disponer de un doble crédito horario, que es lo que ocurre precisamente con el demandante que reúne esa doble condición. La acumulación ordinaria, a la que se refiere el último párrafo del artículo 68 ET, debe ser entendida en el sentido que se pueden acumular, mediando pacto, las horas de un miembro del comité a otro miembro del comité, pero no de un miembro del comité a un delegado sindical, tal como se desprende de su literalidad y, además, por tratarse de representación de los trabajadores que tienen una naturaleza jurídica diferente, pues en tanto los miembros del comité de empresa constituyen la representación institucional de los trabajadores, los delegados sindicales son los representantes de los Sindicatos en la empresa, y si ambos organismos actúan en defensa de todos los trabajadores, lo hacen por diferentes cauces jurídicos previstos en sus respectivas leyes (ET y LOLS). Ocurre, además que no hay previsión convencional alguna que pudiera disponer lo contrario.

DESEMPLEO

STS 21-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3672/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3672
No de Recurso: 2489/2018
No de Resolución: 932/2020
Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: Desempleo: Principio de insignificancia o de irrelevancia: la obligación de comunicar al Servicio Público de Empleo Estatal la percepción de rendimientos incompatibles derivados de una adquisición hereditaria debe producirse al tiempo de la escritura de partición y adjudicación de herencia y no ulteriormente cuando se enajena el bien adquirido por vía hereditaria, de manera que la falta de dicha comunicación en el primer momento conllevaría, en principio, la extinción del subsidio de desempleo, y no solo la suspensión por el retraso. Sin embargo en el caso, lo complejo de la situación jurídica y la comprensión del deber de comunicación y lo exiguo de la cantidad no lleva a la extinción, sino a la mera suspensión.

No se puede considerar ilógica o fraudulenta la creencia del actor de que la noticia debía efectuarla una vez ingresado en su patrimonio el dinero de la venta de la herencia, y afirmar seguidamente que éste lo realizó así de manera voluntaria y sin necesidad de requerimiento alguno por parte del SPEE.
Esa sentencia dictada en suplicación confirmó la decisión de instancia, meramente suspensiva de la prestación, y no extintiva, desestimando el recurso del SPEE.
Sí lo hemos expresado en precedentes pronunciamientos aplicando, por ejemplo, el principio de insignificancia o irrelevancia (a fin de atemperar las gravosas consecuencias extintivas del subsidio y conjugar el principio de proporcionalidad), o, señalando en otros, la compleja naturaleza jurídica del ingreso patrimonial afectado, que bien pudo ofrecer al beneficiario dudas razonables sobre su incidencia en la conservación del subsidio de desempleo y consiguiente obligación de ponerlo en conocimiento del SPEE, y, en definitiva, que pudiera disculpar el hecho de la no notificación en tiempo.
En la presente litis se produce en el lapso de la aceptación hereditaria, en esencia, conmixtión de ambas situaciones: lo exiguo de la cantidad que finalmente tendría que considerarse como eslabón que genere la obligación de información se combina con la carencia de certitud por parte del beneficiario sobre la concurrencia de una situación de baja por mor del dificultoso tratamiento del concepto de ingreso esgrimido y del procedimiento de cómputo. Su significación última ha de ser la de un déficit en la concurrencia de un presupuesto que resultaba imprescindible para imponer la sanción de extinción del subsidio de desempleo, matizando en este sentido el criterio que acogimos en STS de 10.04.2019.

EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

STS 20-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3748/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3748
No de Recurso: 110/2019 No de Resolución: 930/2020
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Empresas de trabajo temporal: la ETT está obligada a satisfacer todas aquellas partidas retributivas que la usuaria abona a sus empleados/as si la obligación de pago de ésta última surge de cualquier acuerdo colectivo o decisión de carácter general. Y, para ello, es evidente que no se contempla que la ETT haya debido ser parte en la negociación del convenio o acuerdo de la usuaria. De lo que se trata es de que no existan diferencias salariales entre personas trabajadoras que prestan servicios en la misma empresa, con independencia de que sean empleadas directamente o hayan sido puestas a disposición por una ETT.

FOGASA

STS 14-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3481/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3481
No de Recurso: 3191/2018
No de Resolución: 909/2020
Ponente: RICARDO BODAS MARTIN

Resumen: FOGASA: Aunque la Sala admite que las reglas del art. 33.3 ET parecen estar pensadas para las indemnizaciones fijadas en fase de concurso, admite su aplicación a las que se reconozcan con anterioridad a la

declaración del concurso por dos razones:

a). En primer lugar, porque considera razonable la aplicación analógica de las mismas, conforme a lo dispuesto enelart.4CC.

b). Porque la responsabilidad del FOGASA se activó con posterioridad al título, al declararse en concurso a la empresa e incluirse la indemnización en el listado de acreedores.
En aplicación de la doctrina expuesta, la Sala considera que, si la responsabilidad del FOGASA se actualizó el 3/11/2015, fecha en la que se incluyó en la lista de acreedores del concurso la indemnización de 91.077, 15 euros, toda vez que se le había abonado previamente la cantidad de 29.089, 15 euros, debe aplicarse lo dispuesto en la regla tercera del art. 33.3 ET, aunque la indemnización al demandante se produjera por sentencia de 20/05/2014, con anterioridad a la declaración del concurso, puesto que el presupuesto, para que le fuera aplicable lo dispuesto en el art. 33.2 ET, consistente en la declaración de insolvencia del empresario, no se produjo de ninguna manera.

IGUALDAD DE TRATO

STS 7-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3259/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3259
No de Recurso: 2592/2018
No de Resolución: 863/2020
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Igualdad de trato: procede incrementar la indemnización por despido individual procedente de despido colectivo por el aumento del salario regulador derivada de una doble escala salarial ilícita proyectada sobre el complemento personal de antigüedad.

JUBILACION ANTICIPADA

STS 20-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3675/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3675
No de Recurso: 3234/2018
No de Resolución: 927/2020
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Jubilación anticipada: un trabajador tiene derecho a la jubilación parcial en los términos previstos en la legislación anterior a la Ley 7/2011, en un supuesto en el que la empresa por error suyo no le incluyó en la lista de trabajadores que podían estar afectados por tal jubilación y, en consecuencia, determinar tal error resulta subsanable.

LIBERTAD SINDICAL

STS 14-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3441/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3441
No de Recurso: 40/2019
No de Resolución: 905/2020
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Libertad Sindical: un sindicato puede ejercitar una demanda de tutela de libertad sindical en su vertiente colectiva contra una empresa cuando previamente sus afiliados y la misma organización sindical, interviniendo como coadyuvante, han interpuesto varias demandas relativas a violaciones de ese derecho fundamental contra el mismo empleador. No hay falta de

acción. El sindicato accionante sostiene que la empresa demandada de manera sistemática ha vulnerado su derecho fundamental, lo que ha dado lugar a varias sentencias condenatorias atinentes al derecho individual de libertad sindical de sus afiliados o representantes sindicales. El actor argumenta que en esos pleitos nunca actuó en defensa de sus propios derechos sino como mero coadyuvante. Por ello, la parte demandante sostiene que en este pleito está reclamando la libertad sindical del propio sindicato, no de sus afiliados.

STS 14-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3495/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3495
No de Recurso: 1034/2018
No de Resolución: 912/2020
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Libertad sindical: el "plus de trasporte" previsto por el convenio colectivo para cada día en que se prestan servicios ha de satisfacerse también cuando un miembro del comité de empresa acumula horas de crédito y queda relevado de su actividad.

MODIFICACION SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

STS 8-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3487/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3487
No de Recurso: 122/2019
No de Resolución: 887/2020
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Resumen: Modificación sustancial de condiciones de trabajo: se declaran justificadas y ajustadas a derecho alguna de las decisiones adoptadas por la empleadora tras finalizar sin acuerdo el periodo de consultas, determinando sin embargo la nulidad de la medida consistente en la reducción salarial impuesta por la misma, en lo que afecta a conceptos retributivos derivados del XVII Convenio Colectivo sectorial de aplicación

La reducción salarial afecta a conceptos retributivos contemplados en el Convenio Colectivo de aplicación, y no puede por lo tanto verse afectada por una decisión adoptada en el marco de un procedimiento de MSCT seguido conforme a lo dispuesto en el art. 41 ET, sino que exigiría haber acudido a la tramitación de un proceso de descuelgue como contempla el art. 82.3 ET para esta clase de materias, o bien tramitar un nuevo de MSCT una vez que dicho convenio colectivo ha perdido su vigencia con posterioridad al inicio del actual procedimiento de MSCT que es objeto del litigio.

PRESTACION EN FAVOR DE FAMILIARES

STS 27-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3680/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3680
No de Recurso: 3893/2018
No de Resolución: 942/2020
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Prestación en favor de familiares: no procede reconocer la prestación en favor de familiares a quien, al momento del hecho causante, se

encontraba separada de hecho, pendiente de que le fuera nombrado abogado de oficio para formular demanda de separación. El hecho de haber solicitado la designación de abogado de oficio, aunque lo fuera para formular la demanda de separación y obtuviera la sentencia más allá de los seis meses del fallecimiento del padre, ello no es relevante ni otorga a la actora la condición de separada legalmente al momento del hecho causante.

PRESTACION POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

STS 10-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3610/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3610
No de Recurso: 1887/2018
No de Resolución: 923/2020
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Riesgo durante la lactancia natural: En el presente caso el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales sostuvo que "se debe(n) proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo para ejercer el derecho a la lactancia natural", añadiendo que, por la "especial susceptibilidad (de la trabajadora) a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, hay que extremar las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche."

La dirección de Emergencias Sanitarias contestó que no era posible adaptar/cambiar el puesto de trabajo de la trabajadora en la línea requerida por el servicio de prevención de riesgos laborales (lo que antes hemos denominado medida primera) y que tampoco era posible asignar a la trabajadora otro puesto de trabajo diferente (medida segunda). Tales circunstancias son las que, en el diseño legal, activan la medida tercera (la suspensión del contrato de trabajo) que conlleva la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural

Reitera doctrina: a STS 353/2018, 3 de abril de 2018 (rcud 762/2017), que confirma la sentencia de contraste invocada en el presente recurso; la STS (Pleno) 667/2018, 26 de junio de 2018 (rcud 1398/2016); y las posteriores SSTS 739/2018, 11 de julio de 2018 (rcud 396/2017), 53, 54 y 56/2019, las tres de 24 de enero de 2019 (rcuds 2037/2017, 3529/2017 y 4164/2017), 89/2019, 6 de febrero de 2019 (rcud 4016/2017), 244/2019, 26 de marzo de 2019 (rcud 2170/2018) y 828/2019, 4 de diciembre de 2019 (rcud 2343/2017).

RECURSO DE SUPLICACION

STS 13-10-2020. **Ir al texto**

No de Recurso: 44/2019
No de Resolución: 902/2020
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Recurso de suplicación: admisible por cuantía. la cuantía litigiosa está perfectamente definida en la suma de 79.315,66 €. Por ello no puede caber duda alguna sobre la firmeza de la sentencia de la Sala de Madrid ante la evidencia de que el litigio estaba abocado a su resolución en una única instancia, tal y como prescribe la legislación procesal que rige el orden jurisdicción social. La Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) comunica a la empresa (noviembre 2017) una propuesta de liquidación en concepto de aportación

económica de los años 2012 y 2013 derivada de despido colectivo afectante a trabajadores de cincuenta o más años. D) Mediante posterior Resolución (enero de 2018) el SPEE acuerda exigir la empresa el pago de 79.315,66 € por el referido concepto.

RELACIONES LABORALES ESPECIALES

STS 20-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3667/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3667
No de Recurso: 4605/2018
No de Resolución: 928/2020
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen: Relación laboral especial de artistas: relación laboral especial de artistas permite ampliamente la contratación temporal, pero no excluye la aplicabilidad del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores en un supuesto de sucesivos contratos temporales suscritos entre las partes al amparo del Real Decreto 1435/1985.

La regla general es la temporalidad de los contratos de trabajo que en tal área se concierten; pero la excepción a esta regla general no sólo está integrada por los contratos fijos discontinuos, sino también por las contrataciones fijas de carácter continuo, es decir, toda contratación fija o indefinida, tenga carácter continuo o discontinuo, se configura en esta relación laboral especial como excepción a esa regla general. Esto supone que, así como en el ámbito de esta especial relación laboral, cuando se trata de una actividad continua de la empresa, se permite perfectamente la concertación de contratos temporales de acuerdo con lo que establece el art. 5-1 del RD 1435/1985".

La regulación contenida en el artículo 15.5 ET, que traspuso al ordenamiento interno de la repetida Directiva, y que viene a establecer un criterio objetivo de limitación de contratos temporales a un tope máximo sin necesidad de que haya que apreciar circunstancias indiciarias de abuso ni menos de fraude de ley, debe aplicarse a los contratos temporales de los artistas, ya que de otra manera se llegaría al resultado inadmisible de que el Estado español no habría dado cumplimiento a la Directiva en cuanto a estos trabajadores temporales, tal y como mantuvimos en STS 15 de enero de 2020, rcud. 2845/2017 y 7 de mayo de 2020, rcud. 3221/2017.

SUCESION DE EMPRESAS

STS 13-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3488/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3488
No de Recurso: 2126/2018
No de Resolución: 895/2020
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Subrogación convencional: consecuencias de que finalice una externalización de actividad accesoria (limpieza) y la empresa principal (una Administración Pública) acabe asumiéndola con personal y medios propios.

A) En el presente caso ha quedado claro que la Administración pasa a prestar la actividad antes externalizada sin utilizar infraestructura productiva relevante que ya se viniera poniendo en juego previamente por CLECE. También se parte de que el Instituto demandado no

ha asumido parte alguna de la plantilla que venía adscrita a la contrata de limpieza.

Es decir, las vías generales para que opere la subrogación empresarial (asunción de plantilla en sectores donde la mano de obra sea fundamental; aprovechamiento de medios materiales relevantes que ya estuvieran adscritos a la contrata) no permiten sostener que debiera operar la subrogación en los contratos de trabajo.

B) Centrado el debate en si lo previsto en el convenio sectorial (propio de la actividad de la empresa adjudicataria de la contrata) es aplicable al Instituto, luce con claridad que éste no es empresa dedicada a tal ramo de servicios y que la eficacia general de los convenios solo resulta predicable a quienes quedan comprendidos dentro del ámbito representativo de las partes firmantes. El muy conocido principio de correspondencia y el propio diseño normativo del ET así lo imponen.

C) Concurre, además, en nuestro caso el dato de que sí existe un convenio colectivo aplicable a la Administración demandada. Es, precisamente, el medio que nuestra doctrina considera idóneo para resolver los problemas suscitados cuando en el seno de la misma se desarrollan tareas materialmente subsumibles en un convenio sectorial.

D) En suma: no cabe acudir a la subrogación convencional porque la entidad que desarrolla la actividad queda fuera del campo aplicativo del convenio que la impone y ni siquiera concurre ausencia de convenio colectivo aplicable a la Administración demandada.

STS 27-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3671/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3671
No de Recurso: 1254/2018
No de Resolución: 940/2020
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Sucesión de empresas: la existencia de sucesión empresarial impide excluir la responsabilidad de la nueva titular de la unidad productiva en relación a las deudas laborales que mantenía la empresa originaria y que seguían insatisfechas en el momento de la transmisión -en los términos del art. 44.3 ET-, aun cuando ésta se hubiera producido tras la situación de concurso de la anterior empleadora. Reitera doctrina: STS/4a de 22 julio 2020 -rcud. 3488/2017.

VIUDEDAD

STS 14-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3494/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3494
No de Recurso: 3186/2018
No de Resolución: 915/2020
Ponente: RICARDO BODAS MARTIN

Resumen: Viudedad: la demandante, separada judicialmente de su causante y que tiene reconocida una pensión compensatoria, tiene derecho a que en el cómputo de la pensión de viudedad se adicionen las cantidades abonadas por el marido para los préstamos concertados por el matrimonio. Acreditado que la sentencia, que declaró la separación de los cónyuges, estableció una pensión compensatoria a favor de la actora de 750 euros mensuales, reducida posteriormente a 360 euros mensuales, además del pago de los créditos causados por los préstamos del matrimonio, es claro que, el fallecimiento del causante de la demandante le ha provocado un desequilibrio económico, que no se satisface plenamente con la

pensión compensatoria establecida formalmente, puesto que la demandante deberá abonar al menos el 50% de los créditos de los préstamos del matrimonio, lo cual supondrá la práctica neutralización de la pensión compensatoria establecida formalmente, provocándole un manifiesto desequilibrio económico.

STS 14-10-2020. **Ir al texto**

Roj: STS 3486/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3486
No de Recurso: 2753/2018
No de Resolución: 908/2020
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN
Resumen: Viudedad: Derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho de la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, cumpliendo los restantes requisitos legalmente exigidos: interpretación con perspectiva de género
.- En efecto, en estos supuestos en que el otro integrante de la pareja de hecho ejerce la violencia de género contra la mujer con la que convive, la protección de esta mujer lo que precisamente exige es, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia con vistas a impedir que siga sufriendo una situación de violencia. En estos casos, la convivencia no solo es imposible e indeseable, sino que ha de evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se
impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género. Y ha de recordarse que la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia.
En este contexto, es plenamente compartible la afirmación de la sentencia recurrida de que no puede exigirse a la solicitante de la pensión de viudedad de parejas de hecho víctima de violencia de género "que para tener derecho a la pensión de viudedad debió haber mantenido la convivencia a pesar de los malos tratos de los que era objeto cuando la finalidad perseguida por el legislador ha sido siempre, y sobre todo a partir de la Ley Orgánica 1/2004, la de actuar contra todas las situaciones de violencia de género, bien en el matrimonio o entre quienes están unidos por una relación de afectividad similar."

Bienvenidas/os al **Blog de la Comisión Social de Juezas y Jueces para la Democracia**, un espacio para compartir novedades legislativas, análisis, informes y estudios de actualidad laboral, así como una selección de la más interesante y novedosa jurisprudencia de ámbito nacional y europeo.

Jurisdicción Social

JURISPRUDENCIA

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco. Rec. 941/2020

Accede a la Sentencia

PRESTACIÓN NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR EN FAMILIA MONOPARENTAL. DISCRIMINACIÓN DEL MENOR POR RAZÓN DEL PROGENITOR E INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO.

La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco con base en la aplicación directa del Convenio sobre los Derechos del Niño estima la pretensión de la demandante consistente en incorporar a su prestación de nacimiento y cuidado del menor las ocho semanas que le hubiesen correspondido al otro progenitor en el caso de tratarse de una familia biparental. La Sala considera que si se deniega tal pretensión existiría una conculcación del derecho de igualdad que consagra la citada Convención al verse mermada la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado respecto de otros que nacen en un modelo familiar biparental. Expone también las razones por las que la norma introduce un elemento importante de discriminación respecto a la mujer y a los fundamentos de la conciliación familiar.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco. Rec. 1344/2020

Accede a la Sentencia

PRESTACIÓN POR HIJO CON CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE. BASE REGULADORA DE TRABAJADORA QUE ESTÁ EN SITUACIÓN DE JORNADA REDUCIDA POR CUIDADO DE HIJO. PROTECCIÓN DEL MENOR E INTERPRETACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco reconoce una base reguladora del 100% a trabajadora que al acceder a la prestación por hijo con enfermedad grave ya se hallaba en reducción de jornada, pues entiende que cuando inició la jornada reducida el menor ya presentaba síntomas de la enfermedad grave que se diagnosticaría casi cinco años después, pero que el impedía en aquel momento optar por la vía el artículo 37.3.6 ET. Pone de relieve la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y el valor superior de protección del menor para ponderar los derechos constitucionales implicados, y desde una interpretación con perspectiva de género, atendiendo a la realidad existente que demuestra que permanece el estereotipo social que asigna la labor de cuidado y atención a la madre, considera que el objeto del procedimiento se mueve en el ámbito de la discriminación indirecta por razón de sexo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. REC. 6293/2019

Accede a la Sentencia

DESPIDO NULO DISCRIMINATORIO POR DISCAPACIDAD. DOCTRINA TJUE ASUNTOS RING Y DAOUDI.

La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña estima el recurso de suplicación frente a la Sentencia de instancia y declara la nulidad del despido de la trabajadora demandante al examinar la concurrencia de discriminación por discapacidad en el despido desde los parámetros interpretativos de la doctrina del TJUE sentados en las Sentencias Ring y Daoudi. Tras analizar las aportaciones doctrinales que sobre el concepto de discapacidad y sus elementos esenciales realizan ambas sentencias, concluye que los únicos parámetros relevantes para determinar, en el caso concreto, si la situación médica de la demandante en la fecha del despido puede ser considerada una situación de discapacidad son “que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio la incapacidad del interesado no presentase una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo” o que

“dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. REC. 4708/2019

Accede a la Sentencia

DESPIDO SIN CAUSA. IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNA Y EUROPEA.

En esta Sentencia, dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, y con un importante y meritorio voto particular suscrito por 9 Magistrados/as de los 25 que lo componen, la Sala analiza las consecuencias de los despidos efectuados sin alegación de causa alguna. Tras el estudio detallado de la normativa y jurisprudencia interna y europea, el Pleno concluye que la legislación española que declara improcedente el despido realizado sin alegación de causa no contradice las normas internacionales en la medida en que la indemnización legalmente prevista responde al incumplimiento del principio de causalidad del despido y en que la jurisprudencia analizada del TJUE y TEDH no es aplicable porque la legislación española no viola el principio al acceso al proceso.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares. REC. 179/2020

Accede a la Sentencia

DESPIDO COLECTIVO. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CONVENIO 158 OIT

La Sala de lo Social del TSJ de Palma de Mallorca lleva a cabo el control de convencionalidad en relación al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo para excluir de la aplicación a los despidos colectivos que finalizan con acuerdo la limitación a supuestos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho como causas de impugnación del despido. Señala que en los supuestos de despido colectivo finalizado por acuerdo la presunción de la concurrencia de causa es una presunción iuris tantum.

JURISPRUDENCIA
Juzgados de lo Social

Sentencia Autos 612/2020 del Juzgado de lo Social Nº 15 de Madrid

Accede a la Sentencia

PERIODO DE PRUEBA. EXTINCIÓN VÁLIDA. NO INDICIO DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD.

En esta sentencia se analiza un supuesto de extinción de contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba de un trabajador afectado por Covid. La Magistrada no considera acreditado el indicio discriminatorio pues si bien considera que la afectación por Covid19 fue la causa determinante de la decisión de entender no superado el periodo de prueba, no existía constancia de proceso de larga duración.

Sentencia Nº 32/2020 del Juzgado de lo Social Nº 3 de Sabadell

Accede a la Sentencia

La Magistrada del Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell estima la demanda interpuesta por un trabajador de Aena que solicitaba su traslado de centro de trabajo al amparo del artículo 42 del Convenio Colectivo de empresa, y lo hace atendiendo a la concurrencia de los requisitos recogidos en tal precepto, a la inexistencia de acreditación sobre el abuso de derecho invocado por la empresa, y a la efectividad de la asunción de responsabilidades familiares de forma equilibrada entre hombres y mujeres en cumplimiento de lo previsto en el artículo 44 de la LOIEFM 3/2007.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

DESPIDO COLECTIVO

STJUE 11-11-2020. Ir al texto

«Procedimiento prejudicial — Directiva 95/46/CE — Artículos 2, letra h), y 7, letra a) — Reglamento (UE) 2016/679 — Artículos 4, punto 11, y 6, apartado 1, letra a) — Tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad — Obtención y conservación de copias de documentos de identidad por un proveedor de servicios de telecomunicaciones móviles — Concepto de "consentimiento" del interesado — Manifestación de voluntad libre, específica e informada — Declaración del consentimiento mediante una casilla — Firma del contrato por el interesado — Carga de la prueba»

En el asunto C-61/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunalul Bucureşti (Tribunal de Distrito de Bucarest, Rumanía), mediante resolución de 14 de noviembre de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de enero de 2019, en el procedimiento entre Orange România SA y Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP),

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: Los artículos 2, letra h), y 7, letra a), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y los artículos 4, punto 11, y 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento

general de protección de datos), deben interpretarse en el sentido de que corresponde al responsable del tratamiento de los datos demostrar que el interesado ha manifestado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales mediante un comportamiento activo y que ha recibido, previamente, información respecto de todas las circunstancias relacionadas con ese tratamiento, con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, que le permita determinar sin dificultad las consecuencias de dicho consentimiento, de modo que se garantice que este se otorga con pleno conocimiento de causa. Un contrato relativo a la prestación de servicios de telecomunicaciones que contiene una cláusula conforme a la cual el interesado ha sido informado y ha consentido en la obtención y la conservación de una copia de su documento de identidad con fines de identificación no permite demostrar que esa persona haya dado válidamente su consentimiento para dicha obtención y dicha conservación, en el sentido de las referidas disposiciones, cuando

– la casilla referente a dicha cláusula haya sido marcada por el responsable del tratamiento de datos antes de la firma del contrato, o cuando

– las estipulaciones contractuales de dicho contrato puedan inducir al interesado a error sobre la posibilidad de celebrar el contrato en cuestión pese a negarse a consentir en el tratamiento de sus datos, o cuando

– la libre elección de oponerse a dicha obtención y dicha conservación se vea indebidamente obstaculizada por ese responsable, al exigir que el interesado, para negarse a dar su consentimiento, cumplimente un formulario adicional en el que haga constar esa negativa.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

STJUE 18-11-2020. **Ir al texto**

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2006/54/CE — Igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación — Artículos 14 y 28 — Convenio colectivo nacional que reconoce a las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas el derecho a un permiso inmediatamente después del permiso legal de maternidad — Exclusión de los trabajadores del derecho a ese permiso — Protección de la trabajadora tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad — Requisitos de aplicación»

En el asunto C 463/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el conseil de prud'hommes de Metz (Tribunal Laboral Paritario de Metz, Francia), mediante resolución de 15 de mayo de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de junio de 2019, en el procedimiento entre Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle y Caisse primaire d'assurance maladie de Moselle, con

intervención de: Mission nationale de contrôle et d'audit des organismes de sécurité sociale, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

Los artículos 14 y 28 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en relación con la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la disposición de un convenio colectivo nacional que reserva a las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas el derecho a un permiso una vez expirado el permiso legal de maternidad, siempre que ese permiso adicional tenga por objeto la protección de las trabajadoras tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad, lo que corresponde verificar al tribunal remitente teniendo en cuenta, en particular, las condiciones del derecho al permiso, sus modalidades de disfrute y su duración y la protección legal asociada al período de permiso.

PROTECCIÓN DE DATOS

STJUE 11/11/2020. **Ir al texto**

«Procedimiento prejudicial — Directiva 95/46/CE — Artículos 2, letra h), y 7, letra a) — Reglamento (UE) 2016/679 — Artículos 4, punto 11, y 6, apartado 1, letra a) — Tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad — Obtención y conservación de copias de documentos de identidad por un proveedor de servicios de telecomunicaciones móviles — Concepto de "consentimiento" del interesado — Manifestación de voluntad libre, específica e informada — Declaración del consentimiento mediante una casilla — Firma del contrato por el interesado — Carga de la prueba».

En el asunto C-61/19,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunalul Bucureşti (Tribunal de Distrito de Bucarest, Rumanía), mediante resolución de 14 de noviembre de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de enero de 2019, en el procedimiento entre Orange România SA y Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP),

l Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

Los artículos 2, letra h), y 7, letra a), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y los artículos 4, punto 11, y 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), deben interpretarse en el sentido de que corresponde al responsable del tratamiento de los datos demostrar que el interesado ha manifestado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales mediante un comportamiento activo y que ha recibido, previamente, información respecto de todas las circunstancias relacionadas con ese tratamiento, con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, que le permita determinar sin dificultad las consecuencias de dicho consentimiento, de modo que se garantice que este se otorga con pleno conocimiento de causa. Un contrato relativo a la prestación de servicios de telecomunicaciones que contiene una cláusula conforme a la cual el interesado ha sido informado y ha consentido en la obtención y la conservación de una copia de su documento de identidad con fines de identificación no permite demostrar que esa persona haya dado válidamente su consentimiento para dicha obtención y dicha conservación, en el sentido de las referidas disposiciones, cuando:

– la casilla referente a dicha cláusula haya sido marcada por el responsable del tratamiento de datos antes de la firma del contrato, o cuando

– las estipulaciones contractuales de dicho contrato puedan inducir al interesado a error sobre la posibilidad de celebrar el contrato en cuestión pese a negarse a consentir en el tratamiento de sus datos, o cuando

– la libre elección de oponerse a dicha obtención y dicha conservación se vea indebidamente obstaculizada por ese responsable, al exigir que el interesado, para negarse a dar su consentimiento, cumplimente un formulario adicional en el que haga constar esa negativa.

PROTECCION TRABAJADORES EN CASO DE INSOLVENCIA

STJUE 25-11-2020. **Ir al texto**

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2008/94/CE — Artículos 2 y 3 — Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario — Conceptos de “créditos impagados de los trabajadores asalariados” y de

“insolvencia de un empresario” — Accidente de trabajo — Fallecimiento del empleado — Indemnización del daño moral — Cobro del crédito frente al empresario — Imposibilidad — Institución de garantía».

En el asunto C 799/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Okresný súd Košice I (Tribunal Comarcal de Košice I, Eslovaquia), mediante resolución de 5 de agosto de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de octubre de 2019, en el procedimiento entre NI, OJ, PK y Sociálna poisťovňa, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

1) El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, debe interpretarse en el sentido de que no puede considerarse que se encuentra en «estado de insolvencia» un empresario frente al que se ha presentado una solicitud de incoación de un procedimiento de ejecución por un derecho a indemnización, reconocido por una resolución judicial, pero el crédito ha sido declarado incobrable en el procedimiento de ejecución debido a la insolvencia de hecho de ese empresario. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, con arreglo al artículo 2, apartado 4, de dicha Directiva, el Estado miembro de que se trata ha decidido extender la protección de los trabajadores asalariados prevista por la citada Directiva a esa situación de insolvencia, establecida mediante otros procedimientos, distintos de los señalados en dicho artículo 2, apartado 1, previstos en el Derecho nacional respectivo.
2) El artículo 1, apartado 1, y el artículo 3 de la Directiva 2008/94 deben interpretarse en el sentido de que solo puede considerarse que una indemnización debida por un empresario a los parientes cercanos supervivientes por el daño moral sufrido como consecuencia del fallecimiento de un empleado a raíz de un accidente de trabajo constituye un «crédito en favor de los trabajadores asalariados, derivado de contratos de trabajo o de relaciones laborales», en el sentido del artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, cuando esté comprendida en el concepto de «remuneración» tal y como este concepto haya sido precisado por el Derecho nacional, extremo que corresponde determinar al tribunal nacional.

JURISPRUDENCIA
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTIMIDAD

STEDH 29-10-2020. Ir al texto

El caso trata sobre un registro en el domicilio del demandante ordenado en relación con una investigación policial sobre distribución ilegal de folletos.
En abril de 2011 folletos con información sobre el salario del alcalde de Dąbrowa Tarnowska y su fotografía se distribuyó de forma anónima en lugares públicos de tres localidades cercanas. Durante la investigación del incidente, se informó a la policía que el demandante podría estar en posesión de más folletos. El fiscal local autorizó una búsqueda en la casa del demandante para asegurar cualquier posible fuente de prueba. La policía realizó el registro y no se encontraron folletos u otras pruebas.

El demandante interpuso una acción civil contra la orden de registro, alegando que la decisión no había sido suficientemente razonada y que no ha habido justificación para una violación de su derecho al respeto de su vida privada y su hogar. Los tribunales desestimaron su acción en junio de 2011, resolviendo que la búsqueda había sido lícita y justificado, ya que era la única forma de verificar que el demandante había tenido en su poder los folletos que se habían distribuido.

Basándose en particular en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar, el hogar y correspondencia) del Convenio, el Sr. Doroż se quejó de que el registro de su domicilio no sido proporcionado ni necesario, dado que el derecho interno no había prohibido la posesión de folletos, y la información contenida en ellos era de dominio público.
Violación del artículo 8 .

LIBERTAD DE EXPRESION

STDEH 5-11-2020. Ir al texto

Art. 10 • Libertad de expresión. Violación existente. • Suspensión de la pena de prisión impuesta a un periodista, sin tener en cuenta las normas de la Convención, por calificar al director de una escuela como "neonazi" en respuesta a sus opiniones expresadas públicamente.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

OIT NEWS

Los derechos fundamentales en el trabajo pueden contribuir a lograr una mejor reconstrucción después de la COVID-19. **Ir al texto**

Reunión del Consejo de Administración de la OIT 30 de octubre de 2020
La 340.a reunión del Consejo de Administración de la OIT se celebrará del 2 al 13 de noviembre. Será la primera de este año y la primera en celebrarse en formato virtual; en las sesiones participarán los miembros del Consejo de Administración de todas las regiones. **Ir al texto**

"Hay mañana", una campaña para impulsar el trabajo decente en la producción y distribución de alimentos. **Ir al texto**

Personas con discapacidad, un recurso sin explotar
Es necesario cambiar nuestra mentalidad e invertir en las personas con discapacidad, Mike Hess, Director Ejecutivo y fundador del Blind Institute of Technology (BIT) en Estados Unidos. **Ir al texto**

Las mujeres, especialmente afectadas por el impacto de la COVID-19 en el sector de la confección.
Un fuerte aumento de despidos de trabajadores a causa de la pandemia, junto a las prácticas existentes de discriminación en el trabajo y a la distribución desigual de la carga de cuidado, han afectado de manera desproporcionada a las trabajadoras de la confección. **Ir al texto**

El trabajo infantil es una afrenta a nuestros valores comunes
La ratificación universal del Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil constituye un gran avance para la infancia en África, señala Cynthia Samuel-Olonjuwon, Subdirectora General de la OIT y Directora Regional para África. **Ir al texto**

La OIT celebra el compromiso constante del G20 a favor de proteger los medios de subsistencia
El Director General de la OIT señaló que la protección y la creación de empleos, la protección social y el diálogo social son esenciales para minimizar los daños a largo plazo de la pandemia de COVID-19. **Ir al texto**

La OIT publicará un nuevo informe mundial sobre salarios y la COVID-19
Aviso a los media | 27 de noviembre de 2020 **Ir al texto**

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Trabajo e Industria presentan un Plan de Formación para mejorar las competencias y cualificación del sector del turismo

Las ministras de Trabajo y Economía Social, Yolanda Díaz, y la ministra de Industria, Comercio y Turismo, Reyes Maroto, han presentado esta mañana, en la Escuela de Organización Industrial (EOI) de Madrid, el Plan de Formación Profesional para el sector del turismo, en un acto con los agentes sociales. **Ir al texto**

Los presupuestos del Ministerio de Trabajo y Economía Social apuestan por la protección de las personas, la formación y la lucha contra la precariedad **Ir al texto**

CALENDARIO ESTADÍSTICO

Índices de precios industriales. **Ir al texto**

ÍNDICES DE COMERCIO AL POR MENOR. ICM. SEPTIEMBRE DE 2020. **Ir al texto**

Efectos de la COVID–19 en la EPA de este trimestre . **Ir al texto**

28 de julio de 2020

- Los resultados de la EPA del segundo trimestre de 2020 continúan reflejando la situación derivada de la pandemia.
- La ocupación ha bajado en 1.074.000 personas en el segundo trimestre. Hay que tener en cuenta que esta cifra no incluye a los afectados por un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) con suspensión de empleo que, según la metodología de la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se aplica en la EPA, se consideran ocupados.
- En cambio, la suspensión o reducción de jornada de los trabajadores afectados por ERTE, junto con otros tipos de ausencias al trabajo (como paro parcial por razones técnicas o económicas, o enfermedad, accidente o incapacidad temporal), sí ha tenido reflejo en las horas efectivas de trabajo realizadas, que han disminuido un 22,59% respecto al primer trimestre. Con ello, el número de ocupados que efectivamente han trabajado en el segundo trimestre se reduce a 13.901.000 (el 35,14% de la población de 16 y más años).

- El 16,20% de los ocupados (3.015.200) trabajaron desde su propio domicilio más de la mitad de los días, frente al 4,81% observado en 2019.
- Por su parte, el paro ha aumentado en 55.000 personas. La tasa de paro se sitúa en el 15,33%. Hay que tener en cuenta que no todos los que han perdido su empleo han pasado a clasificarse como parados según la definición de la OIT. Una parte considerable ha pasado a la inactividad, categoría que ha aumentado en 1.062.800 personas.
- Este incremento de la inactividad se debe fundamentalmente a que el confinamiento y el cierre de empresas han impedido a 1.628.500 personas buscar empleo a pesar de estar disponibles para trabajar. Por ello, no han podido cumplir todas las condiciones que la definición OIT exige para ser clasificado como parado y han quedado clasificados como inactivos.

- Una visión más pormenorizada de las transiciones observadas entre ocupación, paro e inactividad se obtiene con la Estadística de Flujos, que refleja que 1.034.200 ocupados y 1.107.600 parados del primer trimestre han pasado a la inactividad en el segundo. No se ha producido una reducción del empleo y del paro del mismo orden debido a la existencia de movimientos en sentido contrario que han compensado

1 En la página 19 de la nota de prensa se ha incluido una nota explicativa adicional sobre las especiales circunstancias derivadas de la pandemia COVID-19.

parcialmente el descenso de la actividad. Entre ellos cabe señalar que 454.800 parados y 409.600 inactivos del primer trimestre han encontrado empleo en el segundo.

IPC (Indicador Adelantado). **Ir al texto**

IPCA (Indicador Adelantado). **Ir al texto**

Encuesta de inserción laboral de titulados universitarios . **Ir al texto**

Contabilidad nacional trimestral: principales agregados. **Ir al texto**

Índices de precios a exportación e importación. IPRIX-IPRIM. Septiembre 2020. **Ir al texto**

Estadística de procedimiento concursal. **Ir al texto**

Índices de producción industrial. **Ir al texto**

Encuesta de población activa (decil de salarios del empleo principal). **Ir al texto**

Índices de precios de consumo. **Ir al texto**

Índice de precios de consumo armonizado. **Ir al texto**

Cuentas medioambientales: impuestos ambientales. **Ir al texto**

Estadística de sociedades mercantiles. SM. Septiembre 2020. **Ir al texto**

Índices de cifras de negocios en la industria. **Ir al texto**

Indicadores de actividad del sector servicios. **Ir al texto**

Índice de precios industriales. IPRI. Octubre 2020. **Ir al texto**

Índice de comercio al por menor. ICM. Octubre 2020. **Ir al texto**

Encuesta de transición educativa-formativa e inserción social. Resultados. **Ir al texto**

Estadística sobre actividades de I+D **Ir al texto**

El rincón de la contracultura

Silvia Ayestarán y AG Stakanov

Cine

Este mes: Gritos y susurros (“Viskningar och rop”) (91 min.) Dir. Igmar Bergman. Producida por Lars-Owe Calberg. Guion Igmar Bergman. 1972. Disponible en Filmin.

No existe ninguna película que se le parezca. Terrorífica para unos y de una gran angustia metafísica para otros, nos expone a la crudeza de la muerte y la hipocresía dderivada de vivir de espaldas a ella. También habla de los problemas de pareja y los abismos del alma femenina, que tan bien retratan sus protagonistas, tres reinas absolutas del universo bergmaniano: Harriet Andersson (*Un verano con Mónica*), Ingrid Thulin (*Fresas salvajes*) y Liv Ullmann (*Secretos de un matrimonio*), además de Erland Josephson (*Saraband*), intérpretes que fraguaron un vínculo muy estrecho con el director hasta el punto de que, tal y como cuenta uno de sus hijos, su padre, ya anciano, manifestaba echarles de menos. Su hija le respondía que podía también echar de menos a sus hijos y nietos, siendo Bergman al respecto rotundo: *“es que no los echo de menos”.*

La trama es simple: dos hermanas que acuden a acompañar a su otra hermana en sus últimos días de vida. Pero por el camino el director nos descubre las personalidades de cada una de ellas, su historia, sus frustraciones y anhelos. Bergman escribió que en esta película -al igual que en *Persona*-, *“sentía que había ido lo más lejos que puede y que en ambos casos, trabajados en total libertad, tocaba secretos sin palabras que sólo el cine puede descubrir”.*

Por otro lado, las circunstancias en las que se gesta la película son excepcionales: el director, tras 40 películas a sus espaldas, arruinado y retirado en su isla de Farü, sin un banco que lo avalara y con gran parte de la crítica teniéndolo por acabado, recurrió para este film a sus actrices fetiche, quienes, además de poner su talento, renunciaron al sueldo para conseguir producirla.

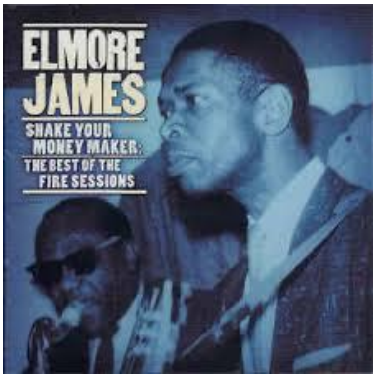
Cuenta el director que uno de los distribuidores americanos al que se le ofreció la película salió de la proyección con grandes aspavientos y amenazando con vengarse de Bergman por el rato tan malo que le hizo pasar, amén de la ofensa personal que constituía para él presumir que aceptaría semejante oferta. … Al final se estrenó en Nueva York en poco más que un garito de los de mirilla y contraseña y, de pronto, el gran éxito mundial.

Cinco nominaciones a los Oscar, cuatro de ellas principales (director, guión y actriz principal, Liv Ullman), incluyendo estas el de la mejor película, (siendo los premios gordos de ese año para *El Golpe*). Bergman se hizo con un trofeo menor, el de la mejor fotografía, reconocido a su habitual escudero Sven Nykvist, posiblemente gracias a esos impactantes rojos, influencia del expresionismo pictórico alemán tan caro al realizador de Uppsala; esa saturación al rojo compone un universo despegado del blanco y negro con el que supo caracterizar sus obras más principales.

EL CONTRAPUNTO. Fanny y Alexander, realizada por Bergman diez años después, en 1982. Película atípica dentro de su filmografía por contar con dos niños -Alexander, alter ego del director- de protagonistas y por introducir unas entretelas llenas de calidez humana, a cargo de la abuela, su amigo -¿novio?- judío y su gabinete de las maravillas, en contraposición con la tiranía y rigidez moral de un padrastro, trasunto del padre de Bergman, pastor luterano. También fue galardonada con el Oscar, el Globo de oro y el César a la mejor película extranjera y contó con el favor de la crítica. Durante muchos años, hasta 2003 con *Saraband*, constituyó ésta su última película.

Blues/Rock/Soul. Los tres colores básicos…

Este mes: Elmore James. *"Best of Fire sessions*" (Budha records, 2001. *Delta Blues*).



El socio de Sonny Boy Wlliamson, tremendo armonicista de la época gloriosa en *Chess Records*, es tenido sin discusión por el rey del *slide blues*, género forjado a base de sustituir el fraseo desnudo de mano izquierda por el desplazamiento de un trozo de botella por el mástil, propiciando ese *glissado* característico del *blues* que suena a veces como una punzada y otras como un llanto. Del recurso improvisado (*bottleneck*) se pasó al uso de

forros de aluminio (*slide*), ajustados al dedo preferido por el intérprete, y de ahí a su aplicación sobre las *steel guitars*, instrumento de origen hawaiano que habría trascendido al rock gracias, entre otros, a David Gilmour de los Pink Floyd.

Además de por dar una segunda utilidad a las botellas de cerveza usadas, Elmore destacó por aplicar sus conocimientos como técnico de radios a los rudimentarios aparatos de amplificación disponibles en sus tiempos (años 40/50), logrando un sonido crudo y distorsionado que servirá de inspiración a la fabricación en serie ya en los años 60.

Elmore James fue también una influencia definitiva para el segundo de los miembros del club de los 27 (Brian Jones), y podríamos decir que hasta propició la reunión de la banda de rock más importante de todos los tiempos. No en vano Jagger y Richards decidieron incorporar a su proyecto a Jones tras escuchar su versión del éxito cenital del viejo Elmore, *Dust my broom*.

…y sus Derivados (combinaciones, permutaciones y perversiones)

Este mes: The Smiths *"Meat is Murder"* (Rough trade, 1985, Indie).

El intrincado guitarrista Johnny Marr tuvo el honor de sostener la punta de lanza de la vanguardia *indie,* que rasgó con rabia la aburrida escena post-punk inglesa. Complejo industrial este dominado por subproductos de estudio (alineados tras etiquetas como *new romantics*, *synth pop,* o *new wave*) y solistas procedentes de bandas más o menos gloriosas en los 70 (citemos a los Genesis aquí), resueltamente entregados a los singles de derribo. Ni siquiera un genio como Elton John pudo sobrevivir a estos años con cierta dignidad. Todo valía por hacerse millonario.

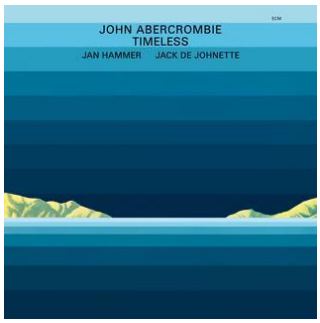
Contra todo ese marasmo de *números uno* venenosos, ajenos a toda expresión de buen gusto, procesados en serie por los grandes estudios londinenses y lanzados a los 4 vientos por el invento de la década (MTV), se alzó un puñado bandas alternativas, necesariamente alejadas del epicentro del desastre. El foco de la renovación alternativa lo volveremos a encontrar, como en los 60, a orillas del Mersey, aunque no en su desembocadura (Liverpool), sino en su nacimiento (Manchester). Allí en *Cottonopolis* surgirán los *Joy Division* de Ian Curtis, los *Stone Roses* de Ian Brown y el grupo de nuestro protagonista, donde, para variar, no militaba ningún Ian.

Como ocurre con toda banda seminal, el impacto de los The Smiths en las listas de éxitos fue relativo (más gloria para ellos), lo que no ha impedido su trascendencia,

tal y como ya habría sucedido con otros grupos oscuros en su día al par que cruciales para explicar la posterior evolución del rock (The Velvet Underground). El LP que aquí recomendamos, más allá de la obvia proclama vegetariana, contiene joyas que un extraterrestre difícilmente colocaría en el ominoso contexto artístico de los mediados 80. Ahí estan The Headmaster ritual y esos arpegios "Made in Marr", o el eco desgarrado de This joke isn't funny anymore. Himnos resistentes al tiempo cuya complejidad sonora difícilmente alcanzaban las superbandas de la city, a pesar de todos sus ejércitos de ingenieros, sintetizadores y vendedores de hombreras.

Jazz/Experimental

Este mes: John Aebercrombie. *"Timeless"* (ECM, 1975; *Fusión*).



Cerramos un mes dedicado a los guitarristas atrayendo al rincón más exigente de los tres que cultivamos a John Aebercrombie, que nos vista de la mano de su primer trabajo, cuyo "eterno" título, pese a sus incontestables pretensiones, sigue haciéndose honor a sí mismo 45 años después de su edición.

Alumno de la escuela musical en Berkeley, donde conoció al teclista Jan Hammer (socio de Maclaughlin en la *Mahavishnu Oschestra*, pero más conocido por haber creado sintonía de la serie *Miami Vice*), completó trío con el baterista Jack Dejonette (socio habitual de Bill Evans), reunidos al objeto de grabar este álbum, tras la invitación cursada al guitarrista neoyorquino por el *factutom* de ECM, Manfred Eicher.

El álbum pretende abarcar un amplio espectro del género, desde la tensión hard bopper contenida del tema que abre la serie (*Lungs*), a concesiones al clasicismo (*Ralph's piano waltz*), desgranando toda su intención innovadora en su segunda parte, donde conviven *Red and Orange*, *Remembering* y la propia *Timeless*, en las que Hammer exhibe toda su tapicería, sin incurrir en los excesos tecnológicos que echaron a perder una buena parte del jazz fusión setentero.

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

ARTÍCULO 12 CSE Derecho a la seguridad social

Todos los trabajadores y quienes de ellos dependen tienen derecho a la seguridad social

12.1 A fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen a establecer o mantener un sistema de seguridad social.

Definiciones

El artículo 12 § 1 garantiza el derecho a la seguridad social a los trabajadores, incluidos los trabajadores por cuenta propia, así como a las personas que de ellos dependen1. Los Estados Partes deben para este fin establecer un sistema de seguridad social reconocido por el derecho y operativo de hecho.

Es complejo distinguir entre prestaciones de seguridad social y otras prestaciones, incluidas las prestaciones de asistencia social. Para determinar quiénes participan en la seguridad social (artículo 12) y cuáles están comprendidos en la asistencia social (artículo 13), el Comité tiene en cuenta la finalidad y las condiciones de concesión de la prestación en cuestión. En cuanto a las prestaciones de la seguridad social, se trata de prestaciones que se otorgan en caso de que se

[1] Conclusiones XIV-1 (1998), Irlanda

produzca un riesgo pero que no pretenden compensar un posible estado de necesidad que pudiera derivarse del propio riesgo[2]. [3]

La seguridad social, que incluye tanto los regímenes universales como los ocupacionales y generales, incluye, en el sentido del artículo 12, prestaciones contributivas, no contributivas y mixtas, vinculadas a la aparición de determinados riesgos, pero que no pretenden compensar un posible estado de necesidad que podría resultar del riesgo mismo[4].

Ámbito de aplicación material y personal

Existe un sistema de seguridad social en el sentido del artículo 12 § 1 cuando cumple los siguientes criterios[5]:

- **El número de riesgos cubiertos**: el sistema de seguridad social debe cubrir los riesgos tradicionales: asistencia médica, prestaciones por enfermedad, prestaciones por desempleo, pensiones de vejez, prestaciones por accidentes de trabajo, prestaciones familiares y prestaciones por maternidad.[6] [7]

- **El ámbito de aplicación personal**: un porcentaje importante de la población debe estar cubierto por el sistema de seguridad social en lo que respecta al seguro médico[8] y las prestaciones familiares. La cobertura de salud debe extenderse más allá de las relaciones laborales. El sistema debe cubrir un porcentaje significativo de la población activa en lo que respecta a prestaciones de enfermedad, maternidad y desempleo, pensiones y prestaciones en caso de accidente laboral o enfermedad profesional.

- **Financiación:** el sistema debe financiarse de forma colectiva, es decir, mediante aportaciones de empresarios y trabajadores y / o del presupuesto estatal.
Cuando el sistema se financia con impuestos (o con recursos presupuestarios), su cobertura, en términos de personas protegidas, debe basarse en el principio de no discriminación, sin prejuzgar las condiciones de la titularidad (prueba de medios, etc.).

El principio de financiación colectiva es una característica fundamental de un sistema de seguridad social en virtud del artículo 12 de la Carta porque garantiza una distribución equitativa y económicamente justa de los riesgos entre los miembros de la comunidad, incluso entre los empleadores y ayuda a evitar la discriminación contra las categorías vulnerables de trabajadores[9].

---

[2] Observación interpretativa de los artículos 12 y 13, Conclusiones XIII-4
[3] Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, Queja No. 108/2014, §27, Decisión sobre el fondo del 4 de diciembre de 2016, queja No. 108/2014, Decisión sobre el fondo del 4 de diciembre de 2016, §27
[4] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 12
[5] Conclusiones XVI-1 (2002), Comentario interpretativo sobre el artículo 12
[6] Conclusiones 2006, Bulgaria
[7] Conclusiones 2013, Georgia
[8] Conclusiones 2013, Bulgaria
[9] Conclusión 2006, Países Bajos

Prestaciones de seguridad social y adecuación de estas prestaciones

El sistema de seguridad social también debe garantizar un derecho efectivo a la seguridad social para todas las prestaciones previstas por cada sector[10]. Con respecto al artículo 12 § 1, cuando las prestaciones de seguridad social se pagan en lugar de ingresos, su monto debe estar dentro de una proporción razonable del salario recibido anteriormente y no puede ser inferior al umbral de pobreza, fijado en el 50% de la renta mediana ajustada y calculado sobre la base del umbral de riesgo de pobreza por Eurostat. Sin embargo, si la prestación en cuestión se encuentra entre el 40 y el 50% de la renta mediana ajustada según se define anteriormente, se tendrán en cuenta otros beneficios, incluida la asistencia social[11]. Cuando el nivel de la prestación es inferior 40% de la renta mediana ajustada, es manifiestamente insuficiente y, por lo tanto, su acumulación con otras prestaciones no puede poner la situación en conformidad con el artículo 12 § 1.[12] [13] [14] Las prestaciones por desempleo también deben cumplir condiciones específicas para satisfacer el artículo 12 § 1: su duración no debe ser demasiado breve[15]. Debe haber un período inicial razonable durante el cual el desempleado pueda rechazar un trabajo que no corresponda a su profesión y calificaciones anteriores sin perder su derecho prestaciones por desempleo.[16] En determinados casos y en determinadas circunstancias, la pérdida de las prestaciones por desempleo como consecuencia de la denegación de una oferta de trabajo podría constituir indirectamente una restricción libertad para trabajar, por lo que la situación debe ser examinada, como tal, de conformidad con el artículo 1§2[17]. Sin embargo, el artículo 1§2 se aplica a la situación que acontece después del período razonable inicial y el Artículo 12 §1 a la que tiene lugar durante este mismo período.

Vincular la concesión de prestaciones por enfermedad a la naturaleza y el origen de la afección es una medida punitiva que no puede justificarse y que constituye una discriminación en el sentido del artículo E (estado de salud), que resulta contraria a la Carta.[18]

La existencia de la protección por maternidad y familia se tiene en cuenta en el artículo 12 § 1, pero el alcance y el nivel de estas prestaciones se examinan, respectivamente, en los artículos 8 y 16.

12.2 Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen a mantener el sistema de seguridad social en un nivel satisfactorio, al menos igual al

[10] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 12
[11] Conclusiones 2013, Hungría
[12] Conclusiones 2013, Austria
[13] Conclusiones 2013, Finlandia
[14] Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, Demanda No. 88/2012, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2014, §§59-63
[15] Conclusiones 2006, Malta
[16] Conclusiones XVIII-1 (2006), Alemania
[17] Conclusiones de 2012, Observación interpretativa sobre el artículo 1 §2
[18] República Eslovaca 2013

necesario para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social.

El párrafo 2 del artículo 12 obliga a los Estados Partes a establecer y mantener un sistema de seguridad social al menos equivalente al nivel mínimo prescrito para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social. Esto requiere la aceptación de un número mayor de partes que el Convenio 102 de la OIT; Se deben aceptar seis de los nueve riesgos, pero algunas prestaciones cuentan para más de una parte: la atención médica cuenta para dos partes y la vejez para tres. Cada prestación proporciona niveles mínimos de cobertura y prestación personales.

Para los Estados Partes que han ratificado el Código Europeo de Seguridad Social, la evaluación del cumplimiento de este párrafo tiene en cuenta las resoluciones del Comité de Ministros relativas al Código (que a su vez se basan en la evaluación de la Comisión de expertos de la OIT y del Comité Gubernamental de la Carta Social Europea y el Código Europeo de Seguridad Social). El incumplimiento del Código conduce a la conclusión de incumplimiento del artículo 12§2, cuando el Estado no cumple con los mínimos necesarios para la ratificación[19].

Cuando el estado en cuestión no ha ratificado el Código, se realiza una evaluación del sistema de seguridad social para decidir si la situación cumple con el artículo 12 §2[20] y para examinar si el sistema de seguridad social esde un nivel al menos igual al necesario para la ratificación del Código, se le deberá comunicar la información precisa sobre los riesgos cubiertos, el ámbito de aplicación personal y el nivel de prestaciones otorgadas.

12.3 A fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen a esforzarse por llevar gradualmente el sistema de seguridad social a un nivel superior.

El artículo 12 §3 obliga a los Estados Partes a mejorar su sistema de seguridad social. Un desarrollo positivo puede estar en conformidad con el artículo 12 § 3, incluso si el sistema de seguridad social no ha alcanzado los niveles requeridos en los dos primeros párrafos del artículo 12 o estos dos párrafos no están aceptados[21].

La extensión de regímenes, la cobertura de nuevos riesgos o el aumento de beneficios, son ejemplos de mejoras.[22] [23]

---

[19] Conclusiones 2006, Italia
[20] Conclusiones XIV-1 (1998), Finlandia
[21] Conclusiones 2009, Observación interpretativa sobre el artículo 12 §3

[22] Conclusiones 2013, Georgia
[23] Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, Solicitud No. 88/2012, Decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2014, §84

Una involución del sistema de seguridad social no es automáticamente contraria al artículo 12 §3. Para evaluar la situación se tienen en cuenta los siguientes criterios[24]:

- el contenido de los cambios (alcance, condiciones para la concesión de prestaciones, nivel de las prestaciones y su duración, etc.);
- las razones de los cambios y el marco de política social y económica en el que encajan;
- la importancia de los cambios (las categorías y el número de personas afectadas, la cantidad de prestaciones antes y después del cambio);
- la necesidad de la reforma y su adecuación a la situación que la originó (objetivos perseguidos);
- la existencia de medidas de asistencia social destinadas a las personas necesitadas como resultado de estos cambios (esta información puede presentarse en virtud del artículo 13);
- los resultados obtenidos por las modificaciones.

Incluso cuando las medidas restrictivas individuales son, como tales, acordes con la Carta, su efecto acumulativo puede constituir una violación del Artículo 12 § 3 de la Carta[25].

La consolidación de las finanzas públicas puede ser un medio necesario para contribuir al mantenimiento y sostenibilidad del sistema de seguridad social. Debido a los estrechos vínculos entre la economía y los derechos sociales, la búsqueda de objetivos económicos no es incompatible con el artículo 12.[26]

Sin embargo, ningún cambio puede socavar la protección social efectiva de todos los miembros de la sociedad contra los riesgos sociales y económicos y hacer del sistema de seguridad social un simple sistema de asistencia mínima.[27] [28]

En consecuencia, cualquier modificación del sistema de seguridad social debe garantizar el mantenimiento de un sistema básico obligatorio suficientemente extenso. [29] [30]

12.4 Con el objetivo de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen a tomar medidas, mediante la celebración de convenios bilaterales o multilaterales apropiados o por otros medios, y sujeto a las condiciones establecidas en estos acuerdos, para asegurar:

[24] Conclusiones XVI-1 (2002), Observación interpretativa sobre el artículo 12 §3
[25]Denuncias No. 76/2012 Federación de pensionistas IKA –ETAM c. Grecia Denuncia No. 76/2012, decisión sobre el fondo del 7 de diciembre de 2012 (§§78-83)
[26]Federación de Jubilados Asalariados de Grecia (IKA-ETAM) c. Grecia, denuncia n ° 76/2012, decisión sobre el fondo de 7 de diciembre de 2012, §71
[27]Conclusiones XIV-1, Observación interpretativa sobre el artículo 12
[28]Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, denuncia No. 88/2012, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2014, §85-86
[29]Conclusiones XIV-1, Comentario de interpretación del artículo 12
[30]Conclusiones 2013, Lituania

a. igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los nacionales de las otras Partes con respecto a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas otorgadas por la legislación de seguridad social, cualesquiera que sean los desplazamientos que las personas protegidas puedan llevar a cabo entre los territorios de las Partes.

Anexo: Las palabras "y sujeto a las condiciones establecidas en estos acuerdos" que aparecen en la introducción a este párrafo se entienden en el sentido de que, con respecto a los beneficios existentes independientemente de un sistema contributivo, una Parte podrá exigir el cumplimiento un período determinado de residencia antes de otorgar estos beneficios a los nacionales de otras Partes.

Ámbito personal de aplicación del artículo 12 § 4

Para definir el ámbito personal de aplicación del Artículo 12§4, debe hacerse referencia al párrafo 1 del Apéndice de la Carta, que dice: "Sujeto a las disposiciones del Artículo 12§4, las personas mencionadas en Los artículos 1 a 17 incluyen a los extranjeros sólo en la medida en que sean nacionales de otras Partes que residan legalmente o trabajen regularmente en el territorio de la Parte en cuestión ". Esto significa que el alcance del artículo 12 § 4 incluye a los nacionales de otros Estados Partes que ya no residen en el territorio del Estado en cuestión pero que han residido legalmente o trabajado allí en el pasado y que, en consecuencia, han conservado sus derechos a la seguridad social adquiridos en virtud de la legislación de ese país.

Los refugiados y apátridas están cubiertos por el artículo 12 § 4. Los trabajadores autónomos también están cubiertos por el artículo 12 § 4. [31]

Finalmente, el principio de reciprocidad no se aplica al artículo 12 §4.[32]

Ámbito de aplicación material del artículo 12§4ª

A fin de garantizar el derecho a la seguridad social de las personas que se desplazan entre los Estados Partes, deben asegurarse los siguientes principios:

Derecho a la igualdad de trato

La garantía de igualdad de trato en el sentido del artículo 12 § 4 requiere que los Estados Partes eliminen de su legislación sobre seguridad social todas las formas de discriminación contra los nacionales de otras Partes.

[31] Conclusiones XIV-1 (1998), Turquía
[32] Conclusiones XIII-4 (1996), comentario de interpretación sobre el artículo 12 §4

Se cubren tanto la discriminación directa como la indirecta. La legislación nacional no puede reservar un beneficio social solo para los nacionales, ni imponer condiciones adicionales o más restrictivas aplicables solo a los extranjeros[33].

Tampoco puede la legislación nacional imponer condiciones para la recepción de los beneficios de la seguridad social que, aunque 'aplicables independientemente de la nacionalidad, son más difíciles de satisfacer por parte de los extranjeros y, por lo tanto, tienen una mayor importancia para ellos.[34] Sin embargo, la legislación nacional puede prever una condición de duración de la residencia para poder beneficiarse de prestaciones no contributivas[35].

En cuanto al pago de las prestaciones familiares, exigir que el niño en cuestión resida en el territorio del estado en cuestión es conforme con el artículo 12 §4.[36] Esto significa que cualquier niño que resida en un país tiene derecho a estos beneficios de la misma manera que los ciudadanos del país en cuestión. Independientemente del beneficiario del sistema de seguridad social, el trabajador o el niño, los Estados Partes están obligados a garantizar, mediante medidas unilaterales, el pago efectivo de las prestaciones familiares a todos los niños que residen en su territorio. Sin embargo, dado que no todos los países aplican tal sistema, los Estados Partes que imponen una "condición de residencia del niño" tienen la obligación, a fin de garantizar la igualdad de trato en el sentido del artículo 12 § 4, de celebrar en un plazo razonable acuerdos bilaterales o multilaterales con los Estados Partes que apliquen un principio diferente de elegibilidad para estos servicios[37].

La igualdad de trato no implica necesariamente que las asignaciones familiares se paguen por la misma cuantía cuando el hijo, por el que se pagan estas asignaciones, no reside en el mismo país que el beneficiario. De hecho, el importe de las asignaciones puede reducirse en este caso si el coste de vida en el país de residencia del niño es significativamente menor. Sin embargo, la reducción debe ser proporcional a las diferencias en el coste de la vida entre los países en cuestión. [38] [39]

Derecho a conservar las prestaciones adquiridas

Las prestaciones de invalidez, vejez o supervivientes, pensiones por accidente de trabajo o enfermedades profesionales adquiridas en virtud de la legislación de un Estado y en las condiciones de concesión fijadas por esta legislación podrán mantenerse independientemente de los desplazamientos del beneficiario [40] [41]Debido a la naturaleza especial de las prestaciones por desempleo, la exportabilidad de las prestaciones a corto plazo estrechamente vinculadas al

[33] Conclusiones XIII-4 (1996), comentario de interpretación sobre el artículo 12 §4
[34] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario de interpretación sobre el artículo 12 §4
[35] Conclusiones 2004, Lituania
[36] Conclusiones 2006, Observación interpretativa del artículo 12 § 4
[37] Conclusiones 2006, Chipre
[38] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 12
[39] Conclusiones XIV-1 (1998), Alemania
[40]Conclusiones XIV-1 (1998), Finlandia
[41] Conclusiones XIV-1 (1998), Noruega

funcionamiento del mercado laboral, no puede estar comprendida en el artículo 12 § 4 bis. [42]

En cuanto a la conservación de las prestaciones adquiridas (exportabilidad), las obligaciones contraídas por los Estados Parte deben ser cumplidas independientemente de cualquier otro acuerdo multilateral que sea de aplicación en el campo de la seguridad social [43]. Esto significa que los Estados Parte pueden optar entre un acuerdo bilateral o cualquier otra medida, [44] [45] ya sea unilateral, legislativa o administrativa.

b. el otorgamiento, mantenimiento y restablecimiento de las prestaciones de seguridad social a través de medios tales como la agregación de períodos de seguro o de empleo cumplidos de acuerdo con la legislación de cada una de las Partes.

Alcance material del artículo 12 § 4b

Derecho a mantener derechos en curso de adquisición

No debe ser perjudicial el hecho de haber cambiado de país de empleo sin haber cumplido el período de empleo o seguro necesario según la legislación de ese Estado para tener derecho a determinadas prestaciones y determinar el monto de las mismas. origen del daño. Esto implica que la técnica de sumar los períodos de empleo o seguro pasados en el exterior y, para beneficios a largo plazo, priorizar para la apertura, cálculo y pago de prestaciones[46]
Los Estados Partes tienen la opción de los medios para mantener los derechos en el curso de la adquisición: convenio multilateral, acuerdo bilateral o cualquier otro medio, como medidas unilaterales, legislativas o administrativas.[47] Los Estados Partes que han ratificado la Convención Europea de Seguridad Social se presume han realizado esfuerzos suficientes para garantizar la conservación de los derechos en curso de adquisición.

[42] Conclusiones XVI-1 (2002), Bélgica
[43] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 12
[44] Conclusiones XIII-2 (1994), Noruega
[45] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 12
[46] Conclusiones XIV-1, Portugal
[47] Conclusiones 2006, Italia