Número 217

JURISDICCIÓN SOCIAL

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

Diciembre 2020

Editorial

Artículos

Legislación

Negociación colectiva

Jurisprudencia

Organización Internacional del Trabajo

Administración del Trabajo y Seguridad Social

Cultura y trabajo

Enlaces de interés

Carta social europea

Juezas y Jueces para la Democracia

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

EDICIÓN Y MAQUETACIÓN

Fátima Mateos Hernández

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

ÍNDICE

EDITORIAL

ARTÍCULOS

- Vacunas y trabajo. Jaime SEGALÉS FIDALGO
- La exigencia de congruencia fáctica entre la demanda y la previa papeleta de conciliación ex art. 80.1.c) LRJS: un requisito subsanable. Joan AGUSTÍ MARAGALL
- Ultra vires y el nuevo texto refundido de la ley concursal. Juan GÓMEZ ARBÓS
- El día internacional de las personas con discapacidad y su derecho a la plena igualdad e integración laboral. Pedro TUSET DEL PINO

LEGISLACIÓN

- Unión Europea
- Estatal y extracto *LPGE 11/2020*
- Comunidades Autónomas

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Estatal
- Autonómica

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Tribunal Superior de Justicia
- Juzgado de lo Social
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Prontuario 2020

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EL RINCÓN DE LA CONTRACULTURA

CARTA SOCIAL EUROPEA

EDITORIAL

Comenzamos el último mes del año celebrando, el pasado 3 de diciembre, el Día Internacional de las Personas con Discapacidad. No está de más recordar que los Días internacionales nos dan la oportunidad -aunque sea fugazmente- de sensibilizar a la sociedad, sobre temas de interés relacionados con los derechos humanos, el desarrollo sostenible o la salud. Este año, además, el tema elegido por Naciones Unidas para conmemorar el día fue la "Participación y el liderazgo de las personas con discapacidad: Agenda de Desarrollo 2030", centrándose en el empoderamiento de las personas con discapacidad para un desarrollo inclusivo, equitativo y sostenible. Frente a la realidad de que casi todos/as nosotros/as experimentaremos en algún momento de nuestras vidas algún tipo de discapacidad, temporal o permanente, pocos son los países que disponen de una regulación y unos presupuestos económicos adecuados para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad. Ambos se hacen más necesarios aún en momentos de crisis, y en especial en este futuro cercano, en el que el impacto de la Covid 19 ha afectado de forma más acuciante a las personas con discapacidad, en especial a aquéllas que trabajan en la economía informal. Incorporamos en esta revista el artículo del Magistrado Pedro Tuset del Pino redactado con ocasión de este día.

También este mes nos deja las primeras imágenes del inicio de la vacunación frente al Sars Covid-2) en Europa, una brizna de esperanza en este hosco año, y en la que muchos sitúan el principio del fin. Pero este proceso vacunal no está exento de polémica, al menos desde el punto de vista laboral, y es la que gira en torno a la posibilidad de discriminar a aquellas personas trabajadoras que hubieran rechazado someterse al tratamiento vacunal. Nuestro compañero Jaime Segalés analiza, en el artículo que también incluimos en este número, los elementos en conflicto a propósito de la obligación vacunal, en relación al ciudadano en general, y a la persona trabajadora en particular, en el que anticipa unas interesantes conclusiones provisionales en el incipiente escenario que se asoma.

De gran utilidad es el estudio que nos presenta nuestro colaborador Juan Gómez Arbós, en el que analiza el nuevo texto refundido de la Ley Concursal y en concreto la atribución al juez del concurso de la competencia exclusiva para conocer de los supuestos de sucesión empresarial y deja sobre la mesa la posibilidad de considerar ésta como una norma ultravires susceptible de futuras cuestiones de constitucionalidad.

Y con ocasión del debate que se suscitó en el seno de nuestra comisión sobre la solución alcanzada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2020 (nº 28/20) nuestro compañero Joan Agustí ha abordado el estudio de la exigencia procesal del artículo 80.1 c) LRJS, defendiendo la posibilidad de subsanar el incumplimiento de tal requisito cuando sea detectado en el momento inmediatamente posterior a la recepción de la demanda. No hemos querido retrasar su publicación al mes de enero por la utilidad y trascendencia práctica de su contenido, ante la cada vez más frecuente invocación de la referida Sentencia en los Juzgados.

Como regalo anticipado de Navidad, el Tribunal Supremo nos recompensó con un cambio de doctrina trascendental en la lucha para reducir la temporalidad, que en nuestro país alcanza la tasa más alta de toda la Unión Europea, situándose en el 24,17% en la última encuesta de población activa publicada por el INE. El Pleno de la Sala de lo Social rechazó el pasado 15 de diciembre la justificación de la limitación temporal de los contratos de trabajo en atención a los contratos mercantiles de las empresas con aquéllas a las que prestan servicios.

Y sobre temporalidad trata una de las tres sentencias que incorporamos en la sección de jurisprudencia remitida por nuestros compañeros/as. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell, que califica como indefinida la relación laboral de un trabajador interino por vacante aplicando la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11.06.2020 (rec.5173/2019) y la doctrina del TJUE en Sentencia de 19.03.2020. La segunda es una Sentencia del TJS de País Vasco en la que se aplica el Real Decreto 103/2019, que aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación, a un contrato cuyo inicio fue anterior a la entrada en vigor del Estatuto, atendiendo al específico sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral. Y por último, la del Juzgado de lo Social nº 42 de Madrid, en la que se aborda un tema que ya se creía superado en materia de jornada de trabajo, tiempo de trabajo efectivo y tiempos de espera, pero que la economía de las plataformas y las diversas fórmulas buscadas para alcanzar rentabilidad a costa de los derechos de los trabajadores está haciendo crecer la conflictividad laboral en los juzgados de instancia.

También hemos querido completar esta publicación con el enlace al Prontuario de jurisprudencia del año 2020 que elabora nuestro compañero Carlos Preciado, y que encontrareis al final de la sección de jurisprudencia, y con un extracto Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 en la que el catedrático Ignacio García Ninet recoge los preceptos de interés laboral y de Seguridad Social. Éste lo encontraréis al final del apartado de Legislación.

Concluimos este número de diciembre y con él este año 2020 con nuevas recomendaciones de cine y música en el Rincón de la contracultura y con el análisis del artículo 13 de la Carta Social Europea sobre asistencia social y médica.

ARTÍCULOS

VACUNAS Y TRABAJO

Dr. Jaime SEGALÉS FIDALGO
Magistrado. Catedrático (EU) en excedencia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. PRESENTACIÓN

El escenario de excepción en el que vivimos por causa de la pandemia ha venido propiciando manifestaciones de toda especie, resultando especialmente destacables las declaraciones hechas por Christa Schweng, Presidenta del Comité Económico y Social Europeo (CESE), quien habría admitido la posibilidad de discriminar para el empleo a aquel trabajador que hubiera rechazado someterse al tratamiento vacunal frente a la COVID-19[1]. Como premisa mayor en justificación de la anterior afirmación, la austriaca sostuvo que *"como empresario puedo decidir con quién firmo un contrato"*. Afirmación ésta que, si bien resulta plausible en términos generales, debe admitir ciertas excepciones dentro de un sistema democrático de relaciones laborales.

Las importantes consecuencias económicas determinadas por la interrupción de la actividad económica por razón de la pandemia estarían estimulando la acogida de cualquier horizonte que, en términos de aparente razonabilidad, asegure un retorno al punto de partida. A este punto, las continuas manifestaciones hechas por Jefes de Gobierno, así como por representantes de instancias supranacionales, equiparando la irrupción de vacunas con recuperación de la normalidad (pese a las manifestaciones de la OMS[2]), habrían desembocado en un debate acerca de la necesidad de establecer programas de vacunación masivos, tan pronto las farmacéuticas implicadas dispongan de un número suficiente de unidades.

Por tanto, si se admite de forma acrítica el que la vacunación constituye la estrategia fundamental para la contención de la pandemia, lógica consecuencia de lo anterior será la necesidad de asegurar su generalización, al igual de lo que habría ocurrido con las

[1] https://www.efe.com/efe/espana/economia/schweng-evidentemente-es-posible-que-un-empresario-niegue-trabajo-sin-vacuna/10003-4406473

[2] https://www.rtve.es/noticias/20200821/oms-senala-vacuna-no-va-poner-fin-pandemia-si-sola/2040664.shtml

medidas de protección empleadas hasta la fecha (distancia social y uso de mascarillas). Ahora bien, mientras que el uso de equipos de protección especializados puede perfectamente controlarse por quien haya de asumir tal obligación (incluso el empleador), no ocurre lo mismo con la administración de la vacuna, de no establecerse una disciplina consistente en la exigencia del que ya viene en llamarse *"pasaporte sanitario"*, por emplear una terminología ya conocida, propia del transporte de viajeros internacional.

Cualquier jurista avisado conoce que la importación de estas lógicas al ámbito de las relaciones laborales ocasiona sobre éstas unos puntos de fricción de extraordinaria relevancia. Si se pretenden evitar tales colisiones, baste adelantar la obvia necesidad de acometer profundas reformas dentro de las bases del ordenamiento jurídico laboral, sin que sea dable aceptar la implementación de simples medidas de excepcionalidad o compromiso, autorizadas de forma vicaria bajo la coartada del carácter estacional de la pandemia. Precisamente, la apelación a la excepcionalidad como justificación para una degradación transitoria de los derechos fundamentales, ha sido, tal y como la Historia nos enseña, el pretexto más eficaz para el asentamiento definitivo de expresiones autoritarias.

1.1. ELEMENTOS EN CONFLICTO A PROPÓSITO DE LA OBLIGACIÓN VACUNAL

Nuestro sistema de relaciones laborales presupone, obvio es decirlo, el previo reconocimiento de la figura del ciudadano, centro de imputación de derechos y deberes, y cuya condición no puede quedar degradada a causa de la suscripción de un contrato de trabajo (STC 88/1985). El catálogo de derechos fundamentales del ciudadano-trabajador, no obstante, ha padecido de modulaciones determinadas por las exigencias impuestas por la relación obligatoria laboral, lo que llevó desde temprano a que la Doctrina constitucional concibiera el contrato de trabajo como un factor condicionante para el ejercicio de algunas facultades ciudadanas.

De entre todos los derechos fundamentales que se tomaron por inespecíficos a la relación obligatoria laboral -una tipología productiva en términos académicos, pero que facilitó el debilitamiento de todos aquellos que no fueran la libertad sindical o la huelga- ha sido el derecho al respeto de la intimidad ex art. 18 CE uno de los últimos en recibir las atenciones por parte del Tribunal Constitucional, bien que determinado por la generalización de mecanismos tecnológicos aplicados a la actividad productiva. Será, en precisamente este contexto donde primordialmente haya de escenificarse la fricción a la que nos hemos referido en el momento de introducir la problemática, sin que ello pueda despreciar el eventual sacrificio de otros derechos (principalmente la integridad física ex art. 15 CE), si bien, normalmente, el trabajador recurrirá al primero como armadura instrumental al servicio del segundo.

Asimismo, la presentación de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados por la generalización de una especie de pasaporte vacunal profesional dependerá directamente de las obligaciones genéricas y específicas que pudieran pesar sobre el empleador, y que pudieren venir impuestas por la Administración so capa de la contención de la pandemia. Ciertamente, tanto el actual marco jurídico, como el que pudiera derivarse de una normativa de excepción, despliegan sobre la actividad determinadas restricciones que gravitan sobre la responsabilidad del empresario.

Efectivamente, aun sin necesidad de plantearse un escenario de excepcionalidad, determinadas actividades han venido tradicionalmente condicionadas por exigencias de orden sanitario, susceptibles de afectar a la continuidad de la actividad en caso de verse insatisfechas. Estas exigencias, como resulta natural, podrían llegar a repercutir en forma de obligaciones sobre las personas que desarrollan su prestación laboral en dichos entornos.

Llegados al punto de hacer mayor precisión sobre estas obligaciones, normalmente imputables al empleador y, eventualmente, al personal a su cargo, podríamos distinguir dos escenarios diferentes.

En primer lugar, contamos con las determinadas por la normativa en prevención de riesgos laborales, sustancialmente proyectadas sobre la exposición a agentes biológicos durante la actividad laboral y a las que atiende el RD 664/1997 de 12 de mayo. Reglas basadas en el principio genérico de obligatoriedad para el empleador y voluntariedad para el trabajador.

En segundo lugar, hemos de contar con las obligaciones vacunales impuestas por el Reglamento Sanitario internacional (RSI), Acuerdo Internacional suscrito por España integrado en nuestro ordenamiento ya desde 1974 (BOE de 18 de febrero), y cuya tercera edición data de 2005. Tales obligaciones habrían de pesar sobre el personal destacado para realizar actividad en otros países. Así, el actual RSI, en su art. 31 dispone:

> *Artículo 31* Medidas sanitarias relacionadas con la entrada de viajeros
>
> *1. No se exigirá un examen médico invasivo, la vacunación ni otras medidas profilácticas como condición para la entrada de viajeros en el territorio de un Estado Parte; no obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32, 42 y 32 35 45, el presente Reglamento no impide que los Estados Partes exijan un examen médico, la vacunación u otras medidas profilácticas, o certificado de vacunación o prueba de la aplicación de otras medidas profilácticas, en los casos siguientes:*
>
> > *a) cuando sea necesario para determinar si existe un riesgo para la salud pública;*
> >
> > *b) como condición para la entrada de viajeros que pretenden solicitar una residencia temporal o permanente;*
> >
> > *c) como condición para la entrada de viajeros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 o en los anexos 6 y 7; o d) cuando se efectúen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.*
>
> 2. Si un viajero al que un Estado Parte puede exigir un examen médico, la vacunación u otras medidas profilácticas de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo no da su consentimiento para tales medidas o se niega a facilitar la información o los documentos a que hace referencia el párrafo 1(a) del artículo 23, el Estado Parte de que se trate podrá denegar, de conformidad con los artículos 32, 42 y 45, la entrada de ese viajero. Si hay pruebas de un riesgo inminente para la salud pública, el Estado Parte, de conformidad con su legislación

> nacional y en la medida necesaria para controlar ese riesgo, podrá obligar al viajero, con arreglo al párrafo 3 del artículo 23, a someterse a lo siguiente:
>
> > *a) el examen médico lo menos invasivo e intrusivo posible que permita lograr el objetivo de salud pública;*
> >
> > *b) la vacunación u otra medida profiláctica; o bien*
> >
> > *c) otras medidas sanitarias reconocidas que impidan o controlen la propagación de la enfermedad, con inclusión del aislamiento, la cuarentena o el sometimiento del viajero a observación de salud pública.*

Como tendremos ocasión de precisar más adelante, la normativa estatal en materia de prevención de riesgos descarta la posibilidad de imponer tratamientos forzosos, aún en el caso de verse obligados a manipular agentes biológicos contagiosos. Determinación congruente con un modelo regulatorio claramente caracterizado en hacer descansar en el empleador el centro de gravedad de la estrategia preventiva.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con aquellas obligaciones trasladadas desde el segundo de los capítulos que hemos presentado —de exigencia generalizada a todo ciudadano que se encuentre en las situaciones descritas por el RSI—. En este particular contexto es donde será necesario calibrar una eventual negativa del trabajador a someterse a aquellas disposiciones internacionales impuestas por la imposición de un tratamiento vacunal, ya lo haga invocando su derecho a la integridad física o, simplemente, negándose a dar información sobre aspectos propios de su esfera privada.

En definitiva, el problema que ocupa a este ensayo se concreta en abordar someramente el reflejo que sobre el patrimonio jurídico fundamental del trabajador pudieran tener aquellas obligaciones impuestas a su empleador desde la normativa que regula la actividad; un terreno determinado por el balanceo entre el legítimo ejercicio de la libertad de empresa y los derechos y libertades fundamentales reconocidos a su antagonista.

2. EL CIUDADANO Y LAS VACUNAS. MARCO GENERAL

El esclarecimiento de la posición de cualquier ciudadano ante la obligatoriedad en la administración de un tratamiento exige traer a colación la Ley 33/2011, General de Salud pública. Esta norma establece en su artículo 5.2:

> Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública.

La aludida LO 3/1986, bien que cercana a contextos de excepcionalidad que expresamente contempla, reconoce a las Administraciones Públicas competentes la posibilidad de desarrollar un conjunto de medidas en supuestos de urgencia o necesidad. Tales medidas, por lo que a nosotros interesa, son las recogidas en los artículos segundo y tercero de aquel texto:

> Artículo segundo.

Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Artículo tercero.

Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible

La amplitud con la que se maneja la indicada norma podría sugerir un aval para el recurso a la vacunación en tanto estrategia global en la contención de una epidemia. Ahora bien, una lectura detenida de ambos preceptos permite descubrir que las hipótesis de trabajo se limitan a escenarios determinados por una persona o grupo de personas, cuya enfermedad podría representar un peligro para el resto de la sociedad.

La conclusión se deduce de las particulares medidas que cabría adoptar dentro del artículo tercero, cuando describe los procedimientos adecuados para el control de los enfermos o de las personas que estén o hayan estado en contacto con aquellos (o del medio ambiente inmediato). En definitiva, la norma se plantea la posibilidad de tomar específicas medidas de contención cuyos destinatarios serían aquellas personas afectadas o que pudieran haber quedado expuestas, sin aludir de forma expresa, como sería deseable cuando de lo que se trata es de afectar derechos fundamentales, a la posibilidad de estrategias de contención generalizadas.

Precisamente, la Ley 41/2002, ocupada de atender los derechos del paciente, admite la posibilidad de imponer tratamientos en los términos establecidos en la LO 3/1986, fijando así un catálogo de excepciones a la regla básica del consentimiento informado:

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. *La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.*

2. *Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:*

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986,

se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Obsérvese, no obstante, que la disciplina impuesta por este segundo apartado del artículo 9 no está pensando en un contexto de vacunación preventiva sobre individuos sanos, sino en la necesidad de prescribir un tratamiento de forma obligatoria cuando éste pueda tenerse como la única fórmula posible de contener una epidemia, y ello a causa de la negativa del enfermo a someterse a medidas de menor gravedad (o no darse garantías suficientes para el cumplimiento de aquellas).

Ha tenido el TC ocasión de abordar supuestos de imposición de tratamientos clínicos, determinando el peso específico del derecho a la integridad física dentro de estos contextos. El pronunciamiento más relevante a este particular lo contiene la STC 120/1990, que aborda el problema de la alimentación forzosa por la Administración penitenciaria a reclusos que habían declarado su intención de iniciar una huelga de hambre. Sobre este pronunciamiento se han edificado otros, de menor interés en lo que respecta a este estudio, relativos a la administración de tratamientos contrarios a ciertas convicciones religiosas, y al respecto de personas que habrían perdido toda capacidad para tomar decisiones o de aquellas que estaban sometidas a la tutela de sus padres.

En la citada sentencia, el TC entronca la inviolabilidad de la persona, precipitado del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), con la eventual administración de un tratamiento en contra de su voluntad. Los términos empleados por el pronunciamiento ellos son los siguientes (FJ 8º): "*Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.*

Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.

A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981*, fundamento jurídico 7.º;* 2/1982*, fundamento jurídico 5.º,* 110/1984*, fundamento jurídico 5.º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (STC* 53/1986*, fundamento jurídico 3.º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (SSTC* 62/1982*, fundamento jurídico 5.º;* 13/1985*, fundamento jurídico 2.º)*

y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987. fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse.

En aplicación de esta doctrina, procede examinar si la asistencia médica que autoriza la resolución recurrida viene justificada en la protección de derechos o valores constitucionalmente reconocidos y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquellos a los que se impone.

Y aquí debemos recordar que, según dejamos expuesto, la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial. viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el art. 3.4 de la LOGP, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas.

Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindiblemente necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida.

Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985).

Por otro lado, la necesidad de cohonestar el derecho a la integridad física y moral de los internos en un Centro penitenciario y la obligación de la Administración de defender su vida y salud, como bienes también constitucionalmente protegidos, encuentra en la resolución judicial recurrida una realización equilibrada y proporcionada que no merece el más mínimo reproche, puesto que se limita a autorizar la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justifica, permitiéndola tan sólo en el momento en que, según la ciencia médica, corra «riesgo serio» la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno."

La sentencia, por tanto, respalda la capacidad del derecho a la integridad física y moral para ofrecer resistencia frente al establecimiento de tratamientos médicos forzosos. A salvo de las inevitables diferencias existentes entre el ciudadano recluso y el que goza de libertad (al interesar la salud del primero las obligaciones propias de la Administración penitenciaria), el TC autorizaría una asistencia médica obligatoria únicamente en

aquellos casos en los cuales la estrategia terapéutica se presente como el medio necesario (test de indispensabilidad) para proteger un bien como la vida, presupuesto ontológico para el ejercicio de los demás derechos.

Por tanto, insiste el pronunciamiento en prefigurar un contexto prácticamente extremo en orden a autorizar lo que considera una lesión palmaria del derecho recogido en el artículo 15 CE, materializándolo en dos requisitos útiles a nuestro propósito:

- Necesidad de elegir entre la vida del paciente y su derecho a la integridad física.
- Eficacia del tratamiento que debe administrarse en orden a asegurar la supervivencia del enfermo.

Y ello sin perder de vista el corolario al que apuntan ambos elementos, el de que la persona padezca de una privación de su salud (debido a un agente externo o, como era el caso, a una decisión voluntaria de no ingerir alimento).

3.- EL TRABAJADOR Y LA VACUNACIÓN

Como resulta evidente, la relación obligatoria laboral impide imponer un tratamiento médico sean cuales fueren las circunstancias, reduciéndose la controversia a establecer las derivadas que para el trabajador pudiera tener el no recibirlo de grado (art. 15 CE) o, en su caso, el no dar información acerca de si ya se encuentra vacunado (art. 18 CE).

Al margen de la situación de excepción determinada por la pandemia, existe ya una serie de trabajadores cuya actividad les expone a contraer enfermedades contagiosas, disponiendo ya el ordenamiento de forma estructural un conjunto de normas destinadas a regular la administración de eventuales tratamientos. Téngase en cuenta, no obstante, que este aparato normativo se encomienda exclusivamente a generar obligaciones imputables al empleador.

El ejemplo más obvio es el del personal sanitario, al cual podríamos tomar como paradigma a nuestro interés. La normativa que afecta a este personal la podemos localizar en el RD 664/1997 de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. La citada norma desarrolla en su articulado la estrategia preventiva básica que modela la LPRL en su art. 15.1, sostenida en torno a dos medidas articuladas en modo subsidiario: la exclusión del riesgo y, en su caso, la contención del que presenta un carácter inevitable.

Así el RD 664/1997 manifiesta una natural preferencia por sustituir aquellos agentes biológicos más peligrosos (art. 5), dedicando los artículos 6 y 7 a la hipótesis subsidiaria, enderezada a minimizar los ineludibles. A estos fines despliega las habituales medidas de contención general e individual (procedimientos, herramientas, señalización, EPIS, formación, higiene…).

Incluso, dentro de las estrategias de contención del riesgo, el artículo 8 del RD 664/1997 regula las manifestaciones singulares que, en este particular entorno, tendría el deber básico de vigilar la salud de los trabajadores. Resulta de especial interés a nuestro propósito el contenido incluido en su ordinal 3º:

3. *Cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación. Cuando los empresarios ofrezcan las vacunas deberán tener en cuenta las recomendaciones prácticas contenidas en el anexo VI de este Real Decreto.*
Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación en relación con otras medidas de preexposición eficaz que permitan realizar una adecuada prevención primaria.

Del anterior contenido se deducen dos elementos de interés. En primer lugar, el carácter voluntario de la vacunación (no de otra forma se entiende la alusión a un consentimiento informado, coherente con la previsión genérica establecida en el art. 8 de la Ley 41/2002); y, en segundo lugar, que esa regla de oro insiste en dicho carácter voluntario aun tratándose de lo que presenta como *"vacunas eficaces"*. *Sensu contrario*, parece obvio inferir que una ausencia de datos relativos a la eficacia de la eventual vacuna impediría un consentimiento informado, constituyendo éste el factor indispensable para la administración de cualquier tratamiento.

Norma que se reitera en la Orden ESS/1451/2013, de 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario hospitalario. Su artículo 6 anota:

> *3. Si la evaluación mencionada en el artículo 5 revela que existe un riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores debido a la exposición a agentes biológicos para los que existen vacunas eficaces, la vacunación debe ser ofrecida a dichos trabajadores.*
>
> *4. La vacunación y, si fuera necesario, su recordatorio, se deben realizar conforme a la legislación y a las recomendaciones de las autoridades sanitarias, incluyendo la determinación del tipo de vacunas.*
>
> > *a) Se debe informar a los trabajadores de los beneficios y desventajas de la vacunación y de la no vacunación, incluyendo el posible impacto en su salud y en la de su entorno.*
> >
> > *b) La vacunación debe ofrecerse de manera gratuita a todos los trabajadores y a los estudiantes que realicen actividades sanitarias y afines en el lugar de trabajo. En el caso de no aceptación de la vacunación ofertada deberá quedar constancia escrita de esta decisión.*

A la luz de lo indicado, parece razonable concluir en que las obligaciones vacunales concebidas por el ordenamiento jurídico para el personal que, dentro de su rutina, debe manejarse con agentes biológicos, se concretan en el respeto al consentimiento informado, partiendo asimismo de un presupuesto expreso inaplazable, materializado en la eficacia predicable de la vacuna. Nótese que esta exigencia no alcanza ni siquiera a conmover la regla del consentimiento informado, al tiempo que actualiza un recordatorio del conocido como "test de idoneidad" al que debe enfrentarse cualquier sacrificio de un derecho fundamental para resultar aceptable.

No hay motivos para rechazar que lo que resulta expresamente aceptado por el ordenamiento dentro del concreto ámbito de la actividad sanitaria (o de la investigación aplicada), no haya de extenderse al resto de la población, si ésta se ve condicionada, a causa de una pandemia, por ese factor añadido de peligrosidad del que ya parte la regulación rutinaria dentro de aquel sector. En definitiva, y dicho en otros términos, la no obligatoriedad de las vacunas dentro de un sector naturalmente abocado al riesgo de contagio (aun cuando aquellas presenten normalmente un predicado de eficiencia) enmarca un rigor perfectamente exportable hacia el resto de actividades cuando éstas hayan de verse afectadas por un riesgo de idéntica morfología (y aún con un marco de mortalidad y/o transmisibilidad inferior por comparación a otros riesgos biológicos habitualmente manejados en hospitales o laboratorios).

Resta hacer alusión al otro escenario susceptible de generar una obligación vacunal, y al que ya habríamos hecho alusión en la parte introductoria de este modesto estudio. Estaríamos ante las obligaciones impuestas por los Estados en relación con el desplazamiento de ciudadanos procedentes de aquellos en los cuales pudiera existir una enfermedad endémica. Como ya hemos avanzado, el RSI se plantea la posibilidad de que los firmantes del Acuerdo puedan exigir la vacunación a los viajeros. Hemos de advertir que la genérica descripción de los presupuestos propiciatorios circula bien lejos de las garantías que impone el respeto de los derechos fundamentales:

> a) cuando sea necesario para determinar si existe un riesgo para la salud pública;
> b) como condición para la entrada de viajeros que pretenden solicitar una residencia temporal o permanente;
> c) como condición para la entrada de viajeros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 o en los anexos 6 y 7; o d) cuando se efectúen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.

Las medidas adoptadas por el Estado español no han pasado hasta la fecha de exigir controles de temperaturas, practicar exploraciones visuales o, como medida menos invasiva, la de obligar al viajero a cubrir un formulario acerca de su estado de salud (Resolución de 29 de junio de 2020). Ciertamente, una vez se comercialicen las vacunas sometidas hoy a estudio, no es descartable que se exija la previa vacunación como presupuesto para aceptar la entrada del viajero.

Ahora bien, cuando el Estado firmante de dicho Acuerdo pretende condicionar la entrada del viajero a una vacunación, queda sometido a ciertas exigencias recogidas en el artículo 43 RSI, a las que hacemos alusión seguidamente:

> *Artículo 43* Medidas sanitarias adicionales
>
> *1. El presente Reglamento no impedirá que, en respuesta a riesgos específicos para la salud pública o emergencias de salud pública de importancia internacional, los Estados Parte apliquen medidas sanitarias acordes con su legislación nacional pertinente y las obligaciones dimanantes del derecho internacional*
>
> > *a) que proporcionen un nivel igual o mayor de protección sanitaria que las recomendaciones de la OMS; o*

b) que en otras circunstancias estarían prohibidas par el artículo 25, el artículo 26, los párrafos 1 y 2 del artículo 28, el artículo 30, el párrafo 1(c) del artículo 31 y el artículo 33, siempre que esas medidas no sean incompatibles de otro mudo con este Reglamento.

Estas medidas no habrán de ser más restrictivas del tráfico internacional ni más inversivas ni inversivas para las personas que otras opciones razonablemente disponibles que permitan lograr el nivel adecuado de protección sanitaria.

2. Para determinar si aplican las medidas sanitarias referidas en el párrafo 1 del presente u otras medidas sanitarias previstas en el párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 1 del artículo 27, 2 del artículo 28 y el párrafo 2(c) del artículo 31, los Estados Partes se basarán en;

a) principios científicos;

b) las pruebas científicas disponibles de un riesgo para la salud humana o, si esas pruebas son insuficientes, la información disponible, incluida la procedente de la OMS y otras organizaciones intergubernamentales y órganos internacionales pertinentes; y

c) toda orientación o recomendación específicas disponibles de la OMS.

3. Si un Estado Parte aplica algunas de las medidas sanitarias adicionales previstas en el párrafo 1 del presente artículo y éstas conllevan trabas significativas para el tráfico internacional, dicho Estado Parte comunicará a la OMS las razones de salud pública y la información científica pertinente. La OMS transmitirá esa información a otros Estados Partes, y comunicará información sobre las medidas sanitarias aplicadas. Para los fines del presente artículo, en general, por trabas significativas se entiende impedir la entrada o la salida internacionales de viajeros, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías, etc., o retrasarlas por más de 24 horas.

4. Tras evaluar la información facilitada de conformidad con los párrafos 3 y 5 del presente artículo y otros datos pertinentes, la OMS podrá pedir al Estado Parte en cuestión que reconsidere la aplicación de las medidas.

5. Si un Estado Parte aplica algunas de las medidas sanitarias adicionales previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo y éstas conllevan trabas significativas para el tráfico internacional, dicho Estado Parte comunicará a la OMS, dentro de las 48 horas siguientes a su aplicación, esas medidas y sus razones de salud pública, a menos que las medidas sean objeto de una recomendación temporal o permanente.

6. El Estado Parte que aplique una medida sanitaria en virtud de los párrafos 1 ó 2 del presente artículo revisará la medida dentro de un plazo de tres meses teniendo en cuenta las orientaciones de la OMS y los criterios enunciadas en el párrafo 2 del presente artículo.

> *7. Sin perjuicio de los derechos que le amparen en virtud del artículo 56, un Estado Parte afectado por una medida adoptada de conformidad con los párrafos 1 o 2 del presente artículo podrá pedir al Estado Parte que la aplica que mantenga consultas con él. La finalidad de esas consultas es aclarar la información científica y las razones de salud pública en que se basa la medida y*

En particular, y por lo que atañe al escenario de vacunación, el artículo 23 del RSI toma como referencia la información que pudiera obtener el Estado a partir de la declaración hecha por el propio viajero, admitiendo la posibilidad de la medida…

> *2. Sobre la base de las pruebas obtenidas mediante las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo, o por otros medios, sobre la existencia de un riesgo para la salud pública, los Estados Partes podrán aplicar medidas adicionales de salud de conformidad con el presente Reglamento, en particular en relación con viajeros sospechosos o afectados, según el caso, el examen médico lo menos intrusivo e invasivo posible que permita lograr el objetivo de salud pública consistente en prevenir la propagación internacional de enfermedades.*

La opción de cada Estado en cuanto al establecimiento de una vacunación obligatoria queda sometida, por tanto, a la concurrencia de argumentos sanitarios, susceptibles de escrutinio por parte de la OMS (art. 43.2 RSI), dada la incidencia de aquellas medidas sobre el tráfico internacional. En cualquier caso, a pesar de lo anterior, cabe perfectamente el que un Estado, en el ejercicio de su soberanía, disponga este tipo de cautelas, las cuales habrán de ser padecidas por todo tipo de viajero, incluyendo a todos aquellos que se desplazan para realizar una actividad laboral.

Una eventual negativa del trabajador a someterse a la vacunación exigida por un Estado supondría una afectación sobre el equilibrio contractual subyacente en aquellos casos en los que la prestación comprendiera la necesidad del desplazamiento internacional. Menos fundamento podría tener la negativa del trabajador en aquellos supuestos en los cuales la prestación ya contemplara el viajar a países afectados por una enfermedad endémica, toda vez que el pacto inicial resultaría inconcebible sin asumir el trabajador ese condicionante específico.

Ciertamente, el escenario que más habría de preocuparnos sería el de aquel trabajador contratado para prestar servicios en el extranjero, pero sin comprender lugares condicionados por enfermedades endémicas. En este caso, la relación obligatoria se vería sorprendida por un elemento accidental, no previsto en el contrato, capaz de afectar a la libertad del trabajador a la hora de consentir un tratamiento sanitario.

Esta tensión entre el derecho fundamental y el equilibrio contractual sólo debería admitir soluciones extintivas una vez descartadas otras de menor entidad -de corte modificatorio o suspensivo-. En cualquier caso, el definitivo establecimiento de un requisito estructural acabaría generando un contexto propiciatorio para la extinción, recurriéndose -caso de acreditarse el carácter ineludible de la restricción impuesta por el Estado en el que hayan de prestarse los servicios- a una extinción objetiva sostenida en la letra b) del art. 52 ET.

4.- CONCLUSIONES

Difícilmente puede pretenderse dotar de un carácter definitivo a unas conclusiones cuando éstas deben proyectarse sobre un escenario que aún no cabe considerar actual (en España aún no ha empezado a comercializarse ninguna vacuna frente al SARS COVID-2). No obstante, lo anterior, cabe anticipar algunas intuiciones con carácter provisional, a modo de punto de partida.

> Primera: La doctrina del TC ha establecido una conexión ineludible entre el Derecho a la integridad física ex art. 15 CE y la eventual posibilidad de imponer tratamientos sanitarios en determinadas circunstancias, quedando aquélla reservada a personas cuyo estado de salud justifique la adopción de tal medida.
>
> Segunda: Nuestro ordenamiento jurídico ha tenido ocasión de plantearse la intersección entre la vacunación -en tanto tratamiento sanitario indicado para determinadas infecciones- y las obligaciones derivadas de la relación laboral.
>
> Tercera: Esta intersección se ha saldado afirmando no únicamente la voluntariedad del tratamiento, sino incluso presumiendo a la vacuna un predicado de eficacia en la contención del riesgo.
>
> Cuarta: No existe fundamento alguno para rechazar la extensión de este modelo de abordaje jurídico al resto de las actividades, toda vez que los riesgos a que se enfrenta la normativa preventiva vigente en el sector sanitario resultan, en no pocas ocasiones, mucho más agresivos (en términos de transmisibilidad y mortalidad) que los que genera la actual pandemia.

Añadamos a estos presupuestos lo que hoy se sabe a propósito de los fármacos llamados a materializar la estrategia global de vacunación. Hasta la fecha, la comercialización de cualquier medicamento venía exigiendo una previa fase de desarrollo cuya duración en el tiempo resultaba considerablemente superior a la empleada por los laboratorios que ya han anunciado disponer de una vacuna para esta enfermedad[3].

A nadie se le escapa que tales fases de desarrollo han podido comprimirse, sacrificando algunos pasos, dada la incidencia que sobre la economía ha tenido la pandemia; pero tal argumento no puede favorecer la puesta en entredicho de las genéricas exigencias que el ordenamiento impone al respeto de la integridad física del ciudadano; máxime cuando esa reducción en los períodos de investigación exigibles a cualquier fármaco resta garantías a la hora de conocer los efectos secundarios del tratamiento (siendo ésta la principal razón que justifica el retraso en el desarrollo de las fases de estudio). Este inconveniente capital habría llevado a la Comisión (Comunicación de 17-6-2020) a *"Adaptar el marco reglamentario de la UE a la actual situación de urgencia y hacer uso de la flexibilidad normativa disponible para acelerar el desarrollo, la autorización y la disponibilidad de vacunas, manteniendo al mismo tiempo las normas de calidad, seguridad y eficacia de la vacuna".* Círculo virtuoso cuya consecución parecen poner en entredicho las propias farmacéuticas, cuyos equipos jurídicos no han vacilado en incorporar cláusulas de salvaguarda en los contratos suscritos con la UE, al objeto de reducir o bloquear posibles responsabilidades: https://es.euronews.com/2020/09/03/las-

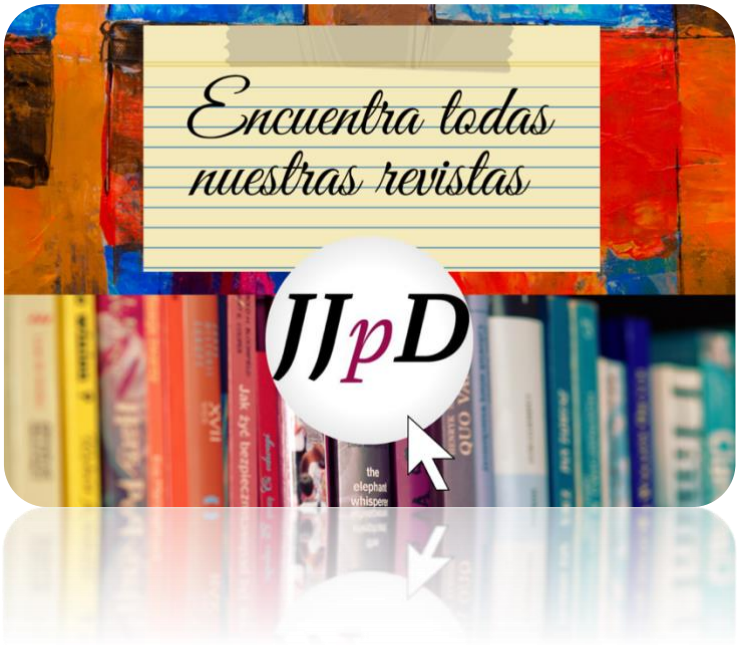
[3] https://www.historyofvaccines.org/es/contenido/articulos/desarrollo-pruebas-y-reglamentos-para-las-vacunas

farmaceuticas-se-protegen-ante-el-rapido-desarrollo-de-la-vacuna-anti-covid.
Justamente, estos factores hacen razonable que países como Suiza, dotados de un importante sector farmacéutico, hayan rechazado la vacunación de emergencia[4].

Aceptado lo anterior, resulta difícilmente sostenible la imposición de un protocolo forzoso de vacunaciones a propósito de la contención del SARS COVID-2, ello debido a la imposibilidad de atribuir un predicado de eficacia (y aun de idoneidad o de no lesividad) con relación a las existentes en el mercado.

Terminaremos con una reflexión crítica que pretendemos poner en valor una vez anotadas las anteriores razones. La conocida como "primera ola", comprendida desde la aparición de los primeros casos hasta el inicio de la desescalada, albergó en España un buen número de opiniones claramente "situacionistas" -por emplear un término deliberadamente benigno-, relativas entonces a diversas obligaciones en materia de prevención de riesgos y cuyo cumplimiento exigían de forma perentoria el personal sanitario y la policía. Aquellas decisiones, que afortunadamente no llegaron a hacerse dominantes en la Jurisdicción, no descartaban despegarse de una interpretación literal de la norma, acogiendo sin apuro argumentos de excepción, ya de propia cosecha o fruto de una acogida acrítica (en algunos casos entusiasta), de las disculpas ofrecidas por quien venía obligado a cumplir con aquellos deberes.

Precisamente, uno de los mayores desafíos al que nos podemos enfrentar una vez España disponga de dosis suficientes para promocionar una estrategia global de vacunación exige evitar que la emotividad propia del contexto coadyuve a la abrogación de los derechos que sirven para constituir la propia caracterización ontológica del ciudadano, a quien resulta imposible enajenar su capacidad para rechazar cualquier intervención sobre su integridad física, so pena de transformarlo en un ente inferior y, por tanto, fatalmente subordinado.



[4] https://www.swissinfo.ch/spa/vacunas--suiza-descarta-aprobaciones-de-emergencia-/46218448

ARTÍCULOS

LA EXIGENCIA DE CONGRUENCIA FÁCTICA ENTRE LA DEMANDA Y LA PREVIA PAPELETA DE CONCILIACIÓN EX ART. 80.1.C) LRJS: UN REQUISITO SUBSANABLE

Joan Agustí Maragall
Magistrado especialista. Sala Social TSJ Catalunya

RESUMEN

El artículo, con ocasión de la reciente STS 25.6.20. (nº 528/20), aborda el estudio de la exigencia procesal contenida en el art. 80.1.c) LRJS conforme en la demanda no pueden alegarse hechos no aducidos en la conciliación previa. Después de recordar el ignoto origen de tal exigencia (cuya inclusión en la LPL de 1990 pudo constituir un "ultra vires"), y de situar en el intento de conciliación previa y no en el proceso judicial la justificación de tal exigencia, defiende -como solución procesal razonable y congruente con los principios procesales propios del proceso laboral- la "subsanabilidad material" del incumplimiento de tal requisito, siempre que sea detectado de oficio o a instancia de la demandada en el momento inmediatamente posterior a la recepción de la demanda.

INDICE

I. Objeto de reflexión: el requisito procesal de congruencia entre los hechos aducidos en la papeleta de conciliación previa y la posterior demanda.
II. El procedimiento en la instancia (JS nº 26 de Madrid, autos nº 1204/2015).
III. La sentencia de suplicación (STJS de Madrid nº. 1069/2016).
IV. La sentencia de casación: la STS de 26.6.20.
V. Posible colisión de la solución alcanzada por la STS de 25.6.20 con principios esenciales del proceso laboral.
VI. Origen de la exigencia de no invocación de "hechos distintos" en la demanda respecto de los aducidos en conciliación: ¿una exigencia ultra vires?
VII. La finalidad pre-procesal de la exigencia de congruencia fáctica.
VIII. Carácter "materialmente subsanable" del incumplimiento del requisito de congruencia fáctica a la luz de la doctrina constitucional.
IX. Detección y subsanación de la incongruencia fáctica. La preclusión del plazo para su invocación.
X. A modo de conclusión.

I.- Objeto de reflexión: el requisito procesal de congruencia entre los hechos aducidos en la papeleta de conciliación previa y la posterior demanda.

Dispone el art. 80.1.c) LRJS, como una de los "*requisitos generales"* de la demanda, "*la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas",* añadiendo a continuación que "*en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previa variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad."*

Esta última exigencia procesal, a la que me referiré en adelante –para abreviar- como "exigencia de congruencia fáctica", me ha preocupado desde su sorpresiva -y como veremos, inmotivada- aparición en la LPL de 1990 por cuanto, según como se interprete, puede incurrirse en un grave "formalismo enervante", contrario a los principios rectores del proceso laboral y a la doctrina constitucional que acuñó tal calificativo.

Tal situación es la que puede haberse producido en la reciente sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo nº 528/20 de 25 de junio que, en aplicación del art. 80.1.c) LRJS, concluye (FJ 5.2) que "*al haberse alegado en los escritos de ampliación de la demanda hechos distintos de los aducidos en conciliación, no procede tomar en consideración dichos hechos, es decir, la situación de embarazo de la trabajadora en el momento del despido*", por lo que revoca la sentencia del TSJ de Madrid núm. 1069/2016 de 16 diciembre que, precisamente, había declarado la nulidad del despido en base a dicha situación de embarazo. En tal caso, pues, el incumplimiento formal ha terminado enervando el derecho de la demandante a obtener la declaración de nulidad de su despido en razón de su situación de embarazo, que sí había sido reconocida en la sentencia de suplicación.

Con el máximo respeto al criterio del Tribunal Supremo, y entendiendo que en el estrecho marco del RCUD en ocasiones no caben reacciones judiciales que sí son factibles en la instancia, es mi propósito exponer que –en la instancia, y una vez detectado de oficio o alegada por la demandada la "incongruencia fáctica" entre los hechos aducidos en la demanda y los invocados en la previa papeleta de conciliación- procede activar necesariamente el mecanismo de subsanación establecido en el art. 81.1 LRJS para que la parte demandante corrija tal incongruencia y la demandada pueda posicionarse en conciliación previa respecto a los "nuevos" hechos aducidos.

Y que lo que en ningún caso debería hacerse es admitir -y mucho menos estimar- la extemporánea alegación de incongruencia fáctica opuesta en el acto del juicio como una excepción procesal perentoria que, a la postre y como ha ocurrido en el caso resuelto por el Tribunal Supremo, determine nada menos que la privación a la demandante de la tutela anti-discriminatoria por razón de sexo o la tutela "objetiva" por razón de embarazo.

Expongo a continuación una breve referencia a dicho proceso para, a continuación, justificar y proponer la que considero debe ser la reacción procesal correcta desde la instancia ante esta alegación procesal.

II.- El procedimiento en la instancia

La demandante prestaba servicios para la clínica dental demandada desde 17-2-2014, con categoría recepcionista y puesto de promotora. Había firmado contrato por obra o servicio determinado con fecha 17-2-2014, y con fecha 30 de septiembre de 2015, percibiendo la correspondiente indemnización por fin de contrato. Recoge el hecho probado sexto que *"En el momento de la extinción la actora se encontraba embarazada, habiendo comenzado su descanso por maternidad con fecha 31 de marzo de 2016".*

Según recoge la STJS de Madrid núm. 1069/2016 de 16 diciembre (FJ 3º), la demandante, en la papeleta de conciliación, no alegó el dato de que estaba embarazada, si bien ya postuló -genéricamente- la declaración de nulidad. Celebrado el acto sin avenencia presentó la demanda reiterando, como pretensión principal, la declaración de nulidad del despido, si bien no fue hasta en las dos posteriores ampliaciones a la misma cuando invocó, como fundamento de tal pretensión, que en el momento del despido estaba embarazada.

La sentencia de instancia, dictada en fecha 14/7/2016 por el Juzgado de lo Social número 26 de Madrid, en autos número 1204/2015, apreció "*la excepción de falta de congruencia entre papeleta y demanda respecto a la existencia de embarazo a fecha de extinción*" por la demandada, y estimó la demanda respecto a la pretensión subsidiaria, la declaración de improcedencia del despido, por fraude de ley en la contratación temporal.

Según refiere la STJS de Madrid núm. 1069/2016 de 16 diciembre (FJ 2º), la sentencia instancia fundamentó la apreciación de tal excepción por "*la falta absoluta de mención a la situación de embarazo de la actora en la papeleta de conciliación (e incluso en la primera versión de la demanda), cuando tal situación de embarazo era ya conocida por la actora (a fecha de extinción se encontraba ya de tres meses), y cuando dicha situación no consta que fuera conocida por la empresa, puesto que, no existe obligación de comunicación, ni existe baja por riesgo de embarazo en los meses previos (solo consta incapacidad temporal por contingencia común), ni se ha probado que la empresa conociera tal hecho, constituye una variación sustancial que altera la mínima congruencia fáctica necesaria entre papeleta y demanda, y hace perder al acto conciliatorio previo todo su sentido* ".

III.- La sentencia de suplicación

La STJS de Madrid núm. 1069/2016 de 16 diciembre estimó el recurso de suplicación interpuesto por la demandante y con revocación de la resolución judicial de instancia, declaró la nulidad objetiva del despido por causa de la situación de embarazo.

En relación a la excepción procesal de falta de congruencia apreciada en la instancia - a la luz de la doctrina constitucional a la que me referiré más adelante y contrariamente a lo razonado por la sentencia recurrida- concluye que no concurre incongruencia entre la papeleta de conciliación y la demanda ampliada y subsanada presentada en el Juzgado de lo Social, ya que ni el contenido de la demanda era sustancialmente distinto de lo planteado previamente en conciliación, ni ninguna indefensión se ocasionó a la demandada que sabía en el momento de acudir al juicio las razones invocadas por la

demandante para solicitar la nulidad del despido, añadiendo que "*Mal cabe deducir indefensión por la empresa en su escrito de impugnación al recurso con el argumento de que se le ha privado de conciliar en el servicio administrativo con el debido conocimiento, al no estar informada del estado de embarazo en el momento de poner fin al contrato, pues siempre la cabía la posibilidad de conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia (art. 84 LRJS (RCL 2011, 1845)) antes de pasar a la celebración del juicio*."

IV.- La sentencia de casación: la STS de 26.6.20

La sentencia del Tribunal Supremo de 26.6.20 ha estimado el recurso de casación formulado por la empresa demandada y, con revocación de la sentencia de suplicación, ha asumido el criterio de la sentencia de instancia "*y, en consecuencia, al haberse alegado en los escritos de ampliación de la demanda hechos distintos de los aducidos en conciliación, no procede tomar en consideración dichos hechos, es decir, la situación de embarazo de la trabajadora en el momento del despido".*

El razonamiento para llegar a tal conclusión, muy sucinto, es el siguiente:

> ***"****CUARTO****. -*** *1****.-*** *El recurrente alega que la sentencia impugnada vulnera lo establecido en el artículo 80.1 c) de la LRJS (RCL 2011, 1845), no interpretando de forma correcta dicho artículo y permitiendo que un hecho no incluido en la papeleta de conciliación y si en la demanda judicial, sea objeto del procedimiento.*
>
> *Aduce que, tal y como dispone el artículo 3 del Código Civil (LEG 1889, 27), hay que acudir a la interpretación literal del precepto - artículo 80.1 c) de la LRJS- y esta es clara prohibiendo expresamente la introducción de hechos nuevos en sede judicial no alegados en la papeleta de conciliación, siempre que fueran conocidos.*
>
> ***2.-*** *El motivo de recurso formulado ha de tener favorable acogida. A este respecto hay que señalar que ni en la papeleta de conciliación, ni en el acto de conciliación, la actora formuló alegación alguna respecto a que se encontraba embarazada y las consecuencias que tal hecho podría acarrear en la calificación del despido.*
>
> *En la demanda presentada el 18 de noviembre de 2015, hace constar que las causas alegadas por la empresa para la extinción del contrato son inciertas ya que no se ha producido el fin de obra. Interesa se declare la nulidad o improcedencia del despido.*
>
> *En el escrito de ampliación de demanda presentado el 18 de diciembre de 2015 figura, en el hecho cuarto, que se encuentra embarazada desde el mes de junio de 2015, teniendo pleno conocimiento de este hecho la empresa demandada, como consecuencia de una baja de incapacidad laboral transitoria, y siendo esta la causa real de despido, solicitando en el Suplico que se declare la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido.*
>
> *Finalmente en el nuevo escrito de ampliación de demanda de 20 de enero de 2016 alega que ha sido despedida durante su periodo de embarazo, vulnerando lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) en relación a lo dispuesto en el artículo 122.2 LRJS, por lo que debe dictarse la inmediata nulidad de la misma por vulneradora del art. 14 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , máxime cuando la empresa conocía la situación y además la única causa real de la extinción es la situación de embarazo y el riesgo de baja hasta el alumbramiento.*

Fácilmente se colige de la comparación de los hechos alegados en la papeleta de conciliación respecto a los alegados en los escritos de ampliación de demanda de 18 de diciembre de 2015 y de 20 de enero de 2016 que la actora ha consignado hechos distintos de los aducidos en conciliación ya que, no solo ha alegado que se encontraba embarazada, sino también que la causa de despido era su embarazo, en tanto en la conciliación alegó que no estaba conforme con el despido efectuado por la empresa porque sigue la obra.

*QUINTO.-**1.-** A tenor de lo establecido en el artículo 215 c) de la LRJS (RCL 2011, 1845) "De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el artículo 207, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes".*

2.- Procede, a la vista de lo establecido en este artículo, resolver la cuestión planteada y, en consecuencia, al haberse alegado en los escritos de ampliación de la demanda hechos distintos de los aducidos en conciliación, no procede tomar en consideración dichos hechos, es decir, la situación de embarazo de la trabajadora en el momento del despido."

Llama poderosamente la atención que la sentencia haya resuelto la cuestión procesal "*a tenor de lo establecido en el artículo 215 c) de la LRJS",* como si de un pronunciamiento de fondo se tratara, cuando –al apreciar un defecto en la formulación y admisión de la demanda- quizás procedía, en mi opinión, haberlo hecho en base al epígrafe b) del mismo artículo 215 LRJS que dispone que " *De estimarse las infracciones procesales previstas en la letra c) del artículo 207, se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, salvo que la infracción se hubiera producido durante la celebración del juicio, en cuyo caso se mandarán reponer al momento de su señalamiento."*

V.- Posible colisión de la solución alcanzada por la STS de 25.6.20 con principios esenciales del proceso laboral

La sentencia del Tribunal Supremo, por consiguiente, revoca la del TSJ de Madrid que, estimando el recurso de suplicación y revocando la sentencia de instancia, había declarado la nulidad "objetiva" del despido impugnado por causa de embarazo. Y lo hace por el simple hecho de que, en la papeleta de conciliación, en la que sí se había postulado la nulidad, no se había invocado ni la situación de embarazo ni postulado la nulidad anti-discriminatoria, hecho y pretensión que sí se invocaron en dos escritos ampliatorios de la demanda. Aclaro que el hecho que tal invocación haya sido en los posteriores escritos de ampliación de la demanda y no en el escrito inicial de la misma no incide en el criterio del Tribunal Supremo, ya que la incongruencia relevante la sitúa entre la demanda, con sus ampliaciones, y la previa papeleta de conciliación.

No voy a entrar en analizar si en el estrecho marco del RCUD, y dados los términos que

se planteó del recurso de casación, cabía otro pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo (en base al art. 215 b) LRJS, como ya he apuntado). Me centraré en la consecuencia procesal final que –en mi opinión-, pudiera ser contraria a la doctrina constitucional relativa al principio "pro actione", al principio de igualdad de armas y –en todo caso- manifiestamente desproporcionada, al incurrir en un manifiesto "formalismo enervante".

En primer lugar, contraria al principio "pro actione", por cuanto –a la postre, en situaciones como la que es objeto de la sentencia del Tribunal Supremo- una pretensión fundada en derecho como es la postulación de la nulidad del despido por causa de embarazo, resulta frustrada por un déficit técnico en el trámite pre-procesal como es el intento de conciliación, sin posibilidad de sanación posterior (en la demanda o su ampliación), incurriendo –por ello- en un manifiesto "formalismo enervante".

Contraria, en segundo lugar, al principio de igualdad de armas por cuanto supone, en la práctica, que mientras el/la demandante (el trabajador, en el 99% de las ocasiones) tiene que "retratarse fácticamente", esto es, fijar su relato de hechos probados ya en la papeleta de conciliación, sin posibilidad de alteración posterior en la demanda (sin incurrir en defecto procesal), la demandada -la empresa en el 99%- podrá hacerlo en el acto del juicio, sin otra limitación que la establecida en los art. 105-2 LRJS y solamente en los procesos por despido. Agrava este desequilibrio las condiciones de premura, déficit informativo y de asesoramiento con la que, en muchas ocasiones, deben formularse las papeletas de conciliación.

Cabe, como ya he avanzado, otra solución procesal que –sin contravenir la exigencia contenida en el art. 80.1.c) LRJS- sea más acorde con los referidos principios. A ello destino los siguientes apartados.

VI.- Origen de la exigencia de no invocación de "hechos distintos" en la demanda respecto de los aducidos en conciliación: ¿una exigencia ultra vires?

¿Cuándo aparece en el texto procesal esta exigencia de congruencia fáctica entre la papeleta y la demanda? ¿A qué principio o garantía procesal responde? Entiendo que son preguntas esenciales para dilucidar si la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo es la única posible, con la severa restricción a la tutela judicial efectiva que, en mi opinión, genera.

Empecemos por la primera pregunta: haciendo un poco de arqueología jurídica, se constata que fue en la LPL aprobada el RD 1587/1980 de 30 de junio (BOE 30.7.80)cuando se introdujo en su art. 50 el trámite del intento de la conciliación previa ante el –entonces- denominado Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (de ahí que los/las que peinamos canas todavía denominemos al servicio administrativo de conciliación, "*IMAC" o "CEMAC"),* como "*requisito previo para la tramitación de cualquier procedimiento ante la Magistratura de Trabajo",* y en su art. 71.3 (que se corresponde con el actual art. 80.1 LRJS), como requisito de la demanda se establecía "*la*

enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión", sin que se incluyera la actual exigencia de congruencia fáctica con la ya entonces denominada "*papeleta de conciliación".*

Años después, el 12 de abril de 1989 se promulgó la Ley 7/1989 de Bases del Procedimiento Laboral, que, como se explica en su exposición de motivos, "*no sólo obedece.... a la necesidad de acomodar el proceso a la reforma operada por la Ley Orgánica del Poder Judicial en la estructura judicial.* ..", sino también "*lograr la más ajustada realización práctica del derecho constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva.....para ello se han tenido en cuenta los criterios que sobre el contenido de ese derecho con garantía constitucional ha elaborado el Tribunal Constitucional, que, en el ejercicio de su función de intérprete supremo de la Constitución, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la conformidad o disconformidad del vigente texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral al texto constitucional".* En el apartado II de la exposición de motivos de dicha ley, de la que es continuadora la actual LRJS, se sintetiza la doctrina constitucional sobre las *"formas procesales"* en términos que merecen ser recordados y subrayados:

"Especial cuidado se ha tenido igualmente en la regulación de las formas procesales. Las formas cumplen, desde luego, una importante función, pero una función instrumental o derivada al logro de los intereses y valores a que todo proceso sirve. Desde el momento en que el proceso laboral sirve intereses vitales para un elevado número de ciudadanos, su regulación ha de prescindir de formalismos innecesarios, asegurando así la mayor accesibilidad a la justicia. Tales son los criterios que informan la Ley y que pueden verse reflejados, entre otras, en las bases 10.1 (subsanación y convalidación de actos procesales), 17,3 (deber del Juez de advertir a las partes los defectos u omisiones de la demanda), 19.2 (medios de prueba) y 31.1 (tramitación de los recursos de suplicación y casación, con subsanación de los defectos corregibles)."

En la base decimocuarta de dicha ley, el intento de conciliación previa ganó relevancia, pasando de ser un "*requisito previo"* a un mecanismo de "*evitación del proceso",* pero sin que ni en dicha base ni en la decimoséptima, referida a la demanda, se introdujera -como nuevo requisito procesal- la exigencia de congruencia fáctica entre la papeleta de conciliación y la posterior demanda, lo cual me parece un data especialmente importante. Esto es, la Ley de Bases que acomodó el proceso laboral a la doctrina constitucional sobre el mismo no previó tal exigencia.

Fue en el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando se introdujo inmotivadamente esta exigencia procesal. Y digo que se introdujo inmotivadamente por cuanto el objetivo único de dicho real decreto legislativo debiera haber sido, en teoría y según especificó el apartado VIº de la Ley de Bases y se reiteró en el art. 1º del mismo real decreto, la articulación en el texto rituario de las Bases de Procedimiento Laboral promulgadas en la Ley 7/1989[5].

---

[5] *Artículo primero. "Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministro de Justicia, con audiencia de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos, y previo informe del Consejo General del Poder Judicial y dictamen del Consejo de Estado, apruebe, en el plazo de un año, el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral que derogará el vigente texto refundido de la Ley de Procedimiento*

La exigencia procesal que analizamos, pues, ni tiene precedente histórico en la antigua LPL 1980 ni responde a una nueva exigencia de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral, sino que se introduce inmotivadamente mediante el texto articulado, ya que no consta texto legal alguno en la que el "legislador delegado" ex art. 82 CE[6] explique la razón o causa de introducir en el texto articulado una exigencia procesal que la ni la antigua ley rituaria (la LPL de 1980) ni la nueva Ley de Bases de 1989 contemplaron, lo cual supone un claro exceso del mandato de "articulación" y "refundición" y, por consiguiente, un posible "ultra vires".

La doctrina constitucional (ver la "sinopsis" oficial del art. 82 CE del Congreso de Diputados en app.congreso.es) admite la posibilidad de revisión jurisdiccional del ultra vires de los Decretos Legislativos, considerando que los preceptos que han incurrido en exceso no tienen naturaleza de Ley, ya que el contenido de la norma delegada no queda cubierto por la ley de delegación y el decreto no puede darse a sí mismo un rango que no le corresponde. Como consecuencia, los tribunales ordinarios podrían proceder por sí mismos a su inaplicación, sin necesidad de plantear cuestión de constitucionalidad.

De hecho, en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional ha llegado a rechazar la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad contra un Decreto Legislativo por entender que el exceso sobre la delegación era materia controlable por la jurisdicción ordinaria y no por el Tribunal Constitucional (ATC 69/1983, de 17 de febrero). En todo caso, es doctrina asentada del Tribunal Constitucional que el control que realiza la jurisdicción ordinaria de la legislación delegada que ha incurrido en exceso de delegación es un control absoluto. Ello significa que, una vez que el órgano jurisdiccional ha determinado que se ha incurrido en ultra vires, no es preciso que el Tribunal Constitucional confirme que se ha producido una pérdida del rango legislativo por parte de la norma en cuestión (así, STC 166/2007, de 4 de julio).

Laboral, aprobado por Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, con arreglo a los principios y criterios que resultan de las siguientes bases"

[6] *Artículo 82.*

1. *Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.*
2. *La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.*
3. *La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.*
4. *Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.*
5. *La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.*

Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

De compartir y asumir el juzgador/a de instancia el carácter en ultra vires de tal exigencia procesal, cabría -en base a la expuesta doctrinal constitucional- entender inaplicable la misma, sin necesidad de mayor consideración.

Yo, desde la instancia, me inclinaría por tal solución si el texto procesal aplicable fuera la LPL de 1990 que incurrió, en mi opinión y por la razón ya expuesta, en tal ultra vires. Pero como sea que la posterior versión de 1995 y, en todo caso, la LRJS de 2011 han dejado incólume tal exigencia, y ello puede haber "sanado" el carácter en ultra vires de su origen, me inclino por una solución procesal menos radical y plenamente acorde con el texto procesal actual, que es la de la "subsanabilidad material" (que no "formal") de la invocada incongruencia fáctica.

Pero para tal solución procesal resulta necesario, previamente, identificar cual pueda ser la garantía procesal a la que responda tal exigencia de congruencia fáctica.

VII.- La finalidad pre-procesal de la exigencia de congruencia fáctica

En efecto, como acabo de señalar, lo cierto es que –con posterioridad a la inmotivada inclusión de la misma en el texto articulado de la LPL de 1990- la exigencia de congruencia fáctica ha sido reproducida en las posteriores versiones de la LPL y en la actual LRJS, siempre en el art. 80.1.c) de todas ellas, aunque sin que ninguna de ellas se explicara el principio o garantía procesal al que responde.

Tampoco en los escasísimos pronunciamientos judiciales relativos a tal concreta exigencia de congruencia fáctica que analizamos podemos encontrarla. La razón, en mi opinión, es clara y significativa: al estar huérfana tal exigencia de justificación, al no estar anudada a una garantía procesal relevante (la prohibición de indefensión, por ejemplo), raramente ha sido invocada. En los diecisiete años que dirigí juicios en la instancia en contadas ocasiones se me alegó esta incongruencia fáctica como excepción procesal (en más ocasiones, respecto a la reclamación previa, en pleitos de Seguridad Social), y cuando ocurría inquiría a quien la invocaba que me precisara el perjuicio o lesión procesal que le había generado tal falta de congruencia, respondiéndome sin otro argumento que no fuera el mero "incumplimiento formal" del precepto legal (art. 80.1.c) LRJS).

En todo caso, es obvio que tal exigencia no responde a la prohibición de indefensión, ya que la demandada conoce los "nuevos hechos" no alegados en la papeleta de conciliación en la demanda -o en su ampliación por escrito- con antelación al acto del juicio y, por consiguiente, puede preparar su defensa respecto de los mismos. Así, en el caso resuelto por la STS 25.6.20 que suscita la presente reflexión, la no alegación del estado de embarazo en la papeleta de conciliación ninguna indefensión generó a la demandada para su defensa en juicio, al haber sido invocado en la ampliación de la demanda, con antelación al mismo.

Tampoco la referida STS de 25.6.20, único pronunciamiento del TS sobre tal concreta exigencia en más de 30 años desde su inclusión en la LPL de 1990, explica la relevancia

procesal de su incumplimiento, bastándole la simple constatación del mismo para justificar la –a mi entender- desproporcionada consecuencia de no tener en consideración la situación de embarazo de la actora (con la grave consecuencia de frustrar la pretensión principal de nulidad del despido).

Paradójicamente, es la sentencia de instancia (la del Juzgado de lo Social número 26 de los de Madrid el 14 de julio de 2016, autos número 1204/2015) -según es de ver en el fragmente reproducido por la STJS de Madrid núm. 1069/2016 de 16 diciembre (FJ 2º)- la que sí identifica, ni que sea lacónicamente, el sentido del requisito procesal que analizamos cuando apostilla que su incumplimiento "*constituye una variación sustancial que altera la mínima congruencia fáctica necesaria entre papeleta y demanda, y hace perder al acto conciliatorio previo todo su sentido* ".

Y es que, en efecto, la única razón que pueda justificar, la exigencia procesal de congruencia fáctica que analizamos es, en realidad, "pre-procesal": esto es, que la demandada pueda conocer, ya en el intento de conciliación ante el servicio administrativo, como "*medio de evitación del proceso",* todos los hechos que fundamentarán la ulterior acción judicial y establecer adecuadamente su posición conciliatoria en base a los mismos. Así, en el caso de constante referencia, la alegación ya en la papeleta de conciliación previa de la situación de embarazo de la demandante en el momento del despido quizás habría inducido a la demandada a valorar la conveniencia de alcanzar una conciliación previa a fin de evitar una posible calificación de nulidad, con un alto coste en concepto de salarios de tramitación.

Adviértase, pues –y creo que ello es relevante- que la justificación del requisito en cuestión no atiende o sirve a una "*garantía del proceso*", sino -exclusivamente- a la conciliación administrativa como medio de la "*evitación del proceso*". El requisito no se justifica en orden a que el proceso sea "con todas las garantías", sino para que el medio de evitación del proceso -el intento de conciliación en sede administrativa- sí lo sea con pleno conocimiento de los hechos que se invocarán en el ulterior proceso. Es relevante destacar este aspecto por cuanto, a la postre, el requisito procesal que analizamos -en la práctica, la prohibición de alegación en la demanda de hechos "nuevos", que no hayan sido invocados en la papeleta de conciliación)- supone una auténtica restricción a la tutela judicial efectiva para la parte demandante salvo que, como propongo, se considere que el incumplimiento de tal requisito es "materialmente subsanable".

Creo –como ya he señalado- que cabe otra solución, a la luz de la doctrina constitucional relativa a la admisión de la demanda y su subsanación, que propongo a continuación y que posibilita una interpretación distinta de la exigencia procesal analizada, que compatibiliza la finalidad pre-procesal que la misma garantiza (que se ponga toda la carne "fáctica" en el asador de la conciliación previa, si se me permite expresión) sin que ello comporte una desproporcionada restricción del derecho a la tutela judicial efectiva para la parte demandante ni, como ya advertía al inicio, una manifiesto desequilibrio en las armas del proceso.

VIII.- Carácter "materialmente subsanable" del incumplimiento del requisito de congruencia fáctica a la luz de la doctrina constitucional

En efecto, la solución razonable y equilibrada pasa por entender que el incumplimiento, en su caso, del requisito de congruencia fáctica entre los hechos invocados en la papeleta de conciliación previa y en la posterior la demanda pueda ser subsanado tal como dispone el art. 81.1 LRJS respecto de "*los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso".* Recordemos el tenor literal del precepto y, a continuación, la doctrina constitucional que lo ha interpretado:

> *Artículo 81. Admisión de la demanda.*
>
> *1. El secretario judicial, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la demanda, dará cuenta al juez o tribunal, si entendiera que concurren los supuestos de falta de jurisdicción o competencia o, en otro caso, sin perjuicio de los procedimientos de señalamiento inmediato que puedan establecerse, resolverá sobre la admisión a trámite de aquélla, con señalamiento de juicio en la forma prevista en el artículo siguiente, o advertirá a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso, así como en relación con los documentos de preceptiva aportación con la misma, salvo lo dispuesto en el apartado 3 de este mismo artículo para la conciliación o mediación previa, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días."*

El Tribunal Constitucional, como recoge la STC 127/2006, ha entendido "*que la doctrina expuesta sobre el principio pro actione sirve de fundamento al trámite de subsanación de la demanda que en el proceso laboral se establece en el vigente art. 81 LPL , respecto del cual ya hemos declarado repetidamente que constituye la garantía de que los relevantes derechos de fondo deducidos en una demanda laboral no resulten ineficaces por el juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos procesales que pudiera imputársele a aquélla. (SSTC 118/1987, de 8 de julio , FF. 2 y 3; 120/1993, de 19 de abril , F. 5; 112/1997, de 3 de junio , F. 3; 130/1998, de 16 de junio , F. 5; 135/1999, de 15 de julio , F. 2; 75/2001, de 26 de marzo , F. 2; 199/2001, de 4 de octubre , F. 2; y 211/2002, de 11 de noviembre , F. 3).*

Más concretamente, en la STC 69/1997 (FJ 6º), y en relación a la subsanabilidad de los defectos en la demanda, ha entendido "*la norma procesal aplicada por el Juez de lo Social en fase de admisión de la demanda, art. 81 LPL, confiere al órgano jurisdiccional la vigilancia ex officio de la corrección jurídica de aquel escrito, en cuanto acto procesal esencial y rector del proceso seguido ante la jurisdicción social; vigilancia que atañe no sólo al aspecto jurídico-formal del escrito de demanda, en cuanto a la observancia de los requisitos generales o específicos de la misma, sino que también alcanza a algún presupuesto procesal, como el atinente a la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo (STC 335/1994, F. 5.º [RTC 1994\335]), y que se extiende en el apartado 2 del citado art. 81, a la posibilidad de subsanación del acto de conciliación preprocesal ante el órgano o servicio administrativo correspondiente cuando tal acto ha sido omitido, concediendo al efecto a la parte demandante el plazo de quince días.*

Añade dicha sentencia "*que el plazo habilitado para la subsanación no lo es tan sólo para la simple acreditación formal de que temporáneamente fue cumplido el requisito procesal exigible, sino también para la realización en dicho plazo del acto omitido o la rectificación*

del defectuosamente practicado.

La conclusión expuesta no queda enervada por el argumento de que la conciliación ha de ser previa a la demanda, pues, de una parte, el art. 81.2 LPL no se constriñe a la acreditación formal, consistente en la simple aportación de la certificación del acta de conciliación (para lo que resultaría a todas luces excesivo el plazo de quince días, en contraste con el más reducido de cuatro días del apartado 1 del precepto), sino a que se acredite «la celebración o el intento del expresado acto (de conciliación)» en el referido plazo de quince días; y de otra, que la finalidad que inspira dicha carga procesal es la de evitación del proceso, y de aquí que el art. 63 LPL no la considere en rigor como requisito previo a la demanda sino «previo para la tramitación del proceso», de tal suerte que lo esencial es conceder a las partes la oportunidad de, antes de tramitarse el proceso, lo que explica la admisión provisional de la demanda tal como señala el citado art. 81.2 LPL, someter la controversia a solución extrajudicial intentando la conciliación ante el órgano administrativo correspondiente; se cumple, pues, el designio inspirador del requisito si el demandante, en el plazo otorgado para la subsanación de la omisión, intenta el acto de conciliación presentando la correspondiente «papeleta», para que el empresario demandado, en este caso, …, pueda llegar a una avenencia que evite la sustanciación del litigio.

(…) En este orden de cosas, la doctrina constitucional ha reconocido la subsanabilidad material y no meramente formal de requisitos procesales a los que el legislador ha configurado como previos al proceso, (…)

La posterior STC 199/2001 abunda en la misma línea *(F. 6)* al razonar "*que la posibilidad, prevista en el art. 81.2 LPL, de subsanar en el plazo de quince días la omisión del acto de conciliación previa ante el órgano administrativo competente (cuando sea legalmente exigible), « tiene como objeto y esencial finalidad que el proceso no se frustre por el incumplimiento de requisitos susceptibles de posterior realización por la parte y que no se configuran como presupuestos procesales de indeclinable cumplimiento en tiempo y forma, de manera tal que mediante la subsanabilidad, rectamente entendida, se otorga como regla general a la parte que incurrió en el defecto procesal subsanable, la posibilidad de realizar, en el plazo al efecto habilitado, el requisito procesal incumplido o el acto procesal defectuosamente realizado, integrando así, o rectificando "ex novo" la actuación procesal inicialmente defectuosa o irregular . De lo anterior se infiere que el plazo habilitado para la subsanación no lo es tan sólo para la simple acreditación formal de que temporáneamente fue cumplido el requisito procesal exigible, sino también para la realización en dicho plazo del acto omitido o la rectificación del defectuosamente practicado».*

IX.- Detección y subsanación de la incongruencia fáctica. La preclusión del plazo para su invocación

De lo expuesto hasta el momento resulta claro que el mandato procesal en el art. 80.1.c) LRJS conforme en la demanda "*en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación"* no puede entenderse como una prohibición de alegación "a futuro" absoluta e irreversible de dichos "hechos distintos", sino como un "requisito" que –reformulado en positivo- comporte que los hechos invocados en la demanda deben haber sido invocados en la papeleta de conciliación previa a fin que la demandada los

conozca antes del intento conciliatorio. Se trataría, en rigor, de lo que en el art. 81.1 LRJS se identifica como un "*presupuesto procesal necesario"* más que de un requisito procesal de la demanda.

Por ello, a la luz de la doctrina constitucional anteriormente referida, especialmente de la STC 69/1997, cabe concluir que –como respecto del resto de defectos referidos al intento de conciliación previa, incluida la ausencia de la misma- la incongruencia fáctica debe ser corregida aplicando el criterio de "*la subsanabilidad material y no meramente formal de requisitos procesales a los que el legislador ha configurado como previos al proceso"*, por lo cual si el/la LAJA detecta la falta de congruencia fáctica entre la papeleta y la demanda, deberá requerir a la parte demandante para su subsanación, para lo cual bastará que en el plazo de cuatro establecido en el art. 81.1 LRJS acredite haber formulado nueva papeleta de conciliación que subsane la incongruencia fáctica.

En modo alguno puede exigirse, como se explicita en la doctrina constitucional invocada (FJ IVº de la STC 199/2001), que se acredite el intento conciliatorio respecto a la nueva papeleta de conciliación que subsana la incongruencia fáctica, lo cual será material y cronológicamente imposible, sino que bastará con la acreditación de la interposición de la nueva papeleta de conciliación que subsane la incongruencia. Y es que, recordemos, la garantía procesal a la que sirve la exigencia de congruencia fáctica no afecta al desarrollo de la fase judicial del proceso, posterior a la demanda, sino a la fase conciliatoria previa.

Podrá objetarse que, en muchas ocasiones, al no adjuntarse a la demanda la papeleta de conciliación, no es factible el control de oficio del requisito de congruencia fáctica por parte del/la LAJA. Siendo ello cierto, la única solución procesal razonable es que la parte procesal perjudicada por tal incumplimiento -la demandada que, al recibir la demanda y el emplazamiento a los actos de conciliación judicial y juicio, se ve "sorprendida" por "*hechos distintos de los aducidos en conciliación"*- debe poner en conocimiento del juzgado tal defecto a fin de que, por parte del mismo, se requiera a la parte demandante para su subsanación en los términos establecidos en el art. 81.1 LRJS (o en el art. 81.3 LRJS, según el caso). Entiendo que esta es mejor solución que no la interposición de recurso de reposición contra la admisión de la demanda si el/la LAJA no tuvo acceso a la papeleta de conciliación (que sí procedería, por el contrario, si se adjuntó la papeleta de conciliación que permitía la detección de oficio de la incongruencia).

En congruencia con lo anterior, considero que –recibida por la demandada la demanda y el emplazamiento al acto de conciliación y juicio- sino advierte al Juzgado de la incongruencia fáctica entre la papeleta y la demanda en el plazo de tres días inmediato a tal emplazamiento (el mismo establecido en el art. 81.1 para el/la LAJA para advertir el defecto), debiera entenderse precluido el plazo para tal alegación, ya que su alegación en momento procesal posterior carece de todo sentido en orden a la garantía o finalidad de tal exigencia procesal: posibilitar la conciliación previa al inicio del proceso judicial con conocimiento de todos los hechos que se invocarán la demanda.

Ningún sentido tiene admitir tal alegación en la contestación a la demanda por cuanto la conciliación, con pleno conocimiento de los "nuevos" hechos incorporados a la demanda (respecto a los invocados en la papeleta) podía haberse alcanzado en el intento de conciliación judicial previa al inicio al juicio, ante el/la LAJA, o, incluso, ante en el propio juez/a ex art. 84.3 LRJS.

Y menos sentido tiene invocar tal incongruencia fáctica a modo de excepción o cuestión procesal en el acto del juicio, cuando no está específicamente prevista como tal ni en la LRJS ni en la LEC. Ciertamente, en el art. 416.1 LEC se contempla, como "cuestión procesal" oponible en la audiencia previa al juicio, el defecto legal en el modo de proponer la demanda, pero en su art. 424.1, dispone también un trámite de subsanación respecto al mismo. Ello aparte, sabido es que tal excepción procesal tiene difícil cabida en el proceso laboral en razón del principio pro actione y del trámite de subsanación establecido en el art. 81 LRJS.

En todo caso, de no compartirse el criterio conforme el plazo para tal alegación ya habría precluido pasados tres días desde la recepción de la demanda (que entiendo el más correcto), la misma podría ser atendida pero –siempre a la luz de la doctrina constitucional ya referida relativa a la "subsanabilidad material" de todo defecto en la demanda laboral- mediante la suspensión del acto del juicio y la activación de la previsión del art. 81.1 LRJS, a fin de que la demandada pueda reconsiderar su posición en el intento de conciliación previa desde el pleno conocimiento de todos los hechos invocados en la posterior demanda judicial.

Ciertamente, activar tal trámite de subsanación para posibilitar un nuevo intento conciliatorio en sede administrativa, cuando la conciliación desde tal pleno conocimiento fáctico ya ha podido alcanzarse ante el/la LAJA o ante el/la Juez/a, no deja de ser un poco absurdo, razón que coadyuva en favor de la tesis ya expuesta de la preclusión del plazo a los tres días desde la recepción de la demanda judicial (tiempo suficiente para que la demandada detecte los "*nuevos hechos aducidos"* y valore la oportunidad de instar un nuevo intento conciliatorio, meses antes del acto del juicio, con el consiguiente ahorro de riegos y costes judiciales).

X.- A modo de conclusión

Recapitulando y reordenando lo anteriormente expuesto, me atrevo a concluir lo siguiente:

-La prohibición de alegación en la demanda de hechos distintos a los aducidos en conciliación o mediación, ex art. 80.1 c) LRJS es una exigencia formal que no responde a una finalidad o garantía procesal esencial en lo que al proceso judicial se refiere (aunque sí respecto al previo intento conciliatorio en sede administrativa), cuya inclusión en la LPL de 1990 pudo constituir un ultra vires que admitiría -como solución procesal más radical, al amparo de la doctrina constitucional ya invocada- la simple inaplicación de tal exigencia.

-Dado que la actual LRJS mantiene tal exigencia, me inclino por una solución procesal menos radical y plenamente acorde con el texto procesal actual, que es la de la "subsanbilidad material" (que no "formal") de la invocada incongruencia fáctica tal como dispone el art. 81 LRJS y ha entendido la doctrina constitucional, lo que comporta que "*el plazo habilitado para la subsanación no lo es tan sólo para la simple acreditación formal de que temporáneamente fue cumplido el requisito procesal exigible, sino también para la realización en dicho plazo del acto omitido o la rectificación del defectuosamente practicado».* Esto es, la interposición de la nueva papeleta de conciliación previa con los

hechos “nuevos” aducidos en la demanda judicial (sin exigencia, por consiguiente, de la acreditación del resultado del nuevo intento conciliatorio, lo cual es cronológicamente imposible en el breve plazo de cuatro días conferido para la subsanación).

-El control del cumplimiento de tal requisito corresponde de oficio, según dispone el art. 81.1 LRJS, al/la LAJA. En todo caso, nada impide que la demandada, una vez recibida la demanda y constatado el incumplimiento del mismo, pueda instar del juzgado a fin de que requiera a la parte demandante para la subsanación del defecto mediante la formulación de nueva papeleta de conciliación que repare la incongruencia fáctica. Pero el plazo para ello, en congruencia con lo dispuesto en el art. 81.1 LRJS respecto al control de oficio por parte del/la LAJA, debiera ser de tres días desde tal recepción, entendiéndose precluído el plazo a partir de entonces.

-Superado este momento procesal, de no compartirse el anterior criterio, la alegación de incongruencia fáctica podría ser atendida pero –siempre a la luz de la doctrina constitucional ya referida relativa a la “subsanabilidad material” de todo defecto en la demanda laboral- mediante la suspensión del acto del juicio y la activación de la previsión del art. 81.1 LRJS, a fin de que la demandada pueda reconsiderar su posición en el intento de conciliación previa desde el pleno conocimiento de todos los hechos invocados en la posterior demanda judicial.

-La solución procesal que, en mi opinión, debiera ser rechazada desde la instancia es que tal incongruencia fáctica constituya o se equipare a una excepción procesal perentoria que comporte una restricción injustificable y desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva, contraria a principios tan esencial del proceso laboral como son el pro actione y el de igualdad de armas.

ARTÍCULOS

ULTRA VIRES Y EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

Juan GÓMEZ ARBÓS
Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Resumen: Este estudio analiza el nuevo texto refundido de la Ley Concursal, que recoge la competencia única de la jurisdicción concursal en los supuestos de sucesión. Si el decreto legislativo no respeta lo establecido en la ley de delegación no sólo habrá vulnerado los términos de la delegación, sino que será susceptible de ser declarado inconstitucional puesto que la autoridad solamente puede realizar aquello para lo cual ha sido expresamente facultado por una disposición jurídica, de lo contrario podríamos

entender que nos encontramos ante una norma *ultra vires,* susceptible de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad.

Palabras clave: Ley Concursal. Sucesión empresarial. Ultra vires. Venta de unidad productiva. Competencia judicial.

La aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal coincidiendo con la aparición del *Covid 19* y su entrada en vigor en septiembre de 2020, ha dado lugar a que nos encontremos con la aplicación consolidada de una normativa centrada específicamente en los fenómenos relacionados con las crisis de empresas. Frente a la idea de conservación de la empresa, el Derecho Concursal supedita tal conservación, y con ello la de los contratos de trabajo, a la satisfacción preferente de la posición de los acreedores. La conservación de la empresa no tiene una finalidad en sí misma, sino en la medida en la que es un instrumento útil para garantizar un equilibrio interno entre los intereses implicados, un equilibrio que siempre se moverá sobre el predominio en caso de conflicto en favor de la posición jurídica de los acreedores[7]. Para ello el legislador recibió la habilitación para proceder a realizar el presente Texto Refundido conforme a lo previsto en la Disposición Final 8ª de la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que indicaba expresamente que la autorización otorgada incluía la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos.

Hasta la aprobación del nuevo Texto Refundido la práctica concursal, ha dado lugar a que tres órdenes jurisdiccionales se hayan tenido que manifestar en diferentes ocasiones. El mercantil, para la tramitación ordinaria del concurso. El orden contencioso administrativo, para las reclamaciones de deudas de seguridad social ejecutadas frente a la empresa adquirente por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social. Por último, el orden social, en tanto a la reclamación por parte de los trabajadores del reconocimiento de sucesión empresarial, ante una venta realizada mediante auto que no reconocía la aplicación del supuesto de sucesión empresarial para la nueva empresa, y la asunción por parte de la nueva empresa de las obligaciones previas delimitadas en el art. 44 ET. Para una parte de la doctrina, el fin de concurso es garantizar la satisfacción del acreedor, y en la medida de lo posible, mantener la actividad productiva. Sin embargo, está visión ha evitado establecer las garantías apropiadas para garantizar la estabilidad en el empleo, quizá por ello, se ha generado una elevada conflictividad.

El Texto Refundido ha incluido diversas novedades en el ámbito social, si bien, cabe desatacar el artículo 221.2 de tal modo que el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa y el art 224.1 respecto a las excepciones que prevé la norma para que los créditos de la concursada no pasen a la sucesora, donde se ha establecido que sólo es de aplicación a los trabajadores efectivamente subrogados. No podemos obviar que el mandato de las Cortes Generales determinaba que el Texto Refundido de la Ley Concursal debía ser el resultado de la regularización, la aclaración y la armonización de unas normas legales que, como las que son objeto de refundición han nacido en momentos distintos y han sido generadas

[7] MONEREO PÉREZ, J.L.: La *conservación de la empresa en la Ley Concursal*. *Aspectos laborales,* Valladolid, Ed. Lex Nova (Thomson/Aranzadi), 2006: PÁG 71, ZABALETA DIAZ, M. El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aranzadi. 2006. Págs. 33 – 36.

desde concepciones no siempre coincidentes, por tanto la creación *ex novo* de una disposición que estima que el juez del concurso es el único competente para declarar la sucesión de empresa, excede en mucho del mandato del legislador ya que afecta de pleno a lo previsto en el art 9.3 y 4 LOPJ, en cuanto a la asignación de competencias[8]. El Tribunal Constitucional en su sentencia 13/1992, de 6 de febrero, refiriéndose al alcance de un texto refundido, indica que el mismo permite "introducir normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición, siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o lograr la coherencia y sistemática del texto único refundido". El Consejo de Estado[9] ha tenido la oportunidad de precisar que la referida facultad habilita para realizar "algunas alteraciones en el texto literal de los preceptos objeto de refundición, en la medida en que sea necesario para clarificar una redacción unitaria del texto legal unificado, si bien con el límite de no establecer nuevos preceptos jurídicos que no estén ya expresamente incluidos en los textos legales que se refunden. En este sentido cabe señalar que en el Acuerdo adoptado por el pleno del CGPJ en sesión celebrada el 26 de septiembre de 2019 con relación al Punto I-23º que aprueba el Informe al Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal, Martínez Moya, en su voto particular[10] no considera adecuada la habilitación normativa, señalando que es muy discutible que *la "aclaración" postulada en el Proyecto de texto refundido de LC, infiriendo la competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil de lo dispuesto en los arts. 146 bis y 149 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), tenga cabida en los límites constitucionales de la delegación y no incurra en "ultra vires", por "razonables" que puedan ser los argumentos vertidos. La atribución de competencia al juez de lo mercantil en esta materia requiere una modificación legislativa*. Para finalizar indica No se olvide que la jurisdicción es única (art. 3.1 LOPJ) y conforme al art. 9.1 de la LOPJ "L*os Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley"* (Frente a este acuerdo formula voto particular discrepante Enrique Lucas Murillo de la Cueva y voto particular concurrente Juan Martínez Moya)[11].

Por tanto, no habiéndose producido derogación alguna, respecto a las materias reguladas en la LOPJ, el Tribunal Supremo, Sala 3ª, sentencias de 12 de marzo y 22 de enero de 2001, señaló expresamente que no puede entenderse la derogación cuando la tarea refundidora introduzca modificaciones que puedan implicar una limitación o supresión de derechos reconocidos por las normas objeto de la refundición, pues nos encontraríamos con una extralimitación de la delegación legislativa. La duda que se plantea en el establecimiento de la competencia previsto en el artículo 221.2 del Texto refundido, es si reitera la competencia ya prevista y sólo puede aplicarse en lo referido al propio concurso, pudiendo pronunciarse si así lo estiman, el orden contencioso o social, si las materias objeto del proceso, en este caso la sucesión de empresas que les corresponde en orden a la atribución prevista en la LOPJ, dado que no se ha producido derogación o modificación alguna respecto a su atribución de competencias. Si, por el

---

[8] Dicha Cuestión ya había sido advertida por ETXARANDIO HERRERA E. *La enajenación concursal de unidad productiva.* Anuario de Derecho Concursal nº43. 2018. pág. 11. (versión – digital).

[9] Dictamen de 28 de octubre de 2004, expte. nº 2.515/2004.

[10]http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20190926%20Informe%20proyecto%20RD%20Legislativo%20Ley%20Concursal%20-%20VP%20Juan%20Mart%C3%ADnez%20Moya.pdf

[11] Dicha cuestión también se pone de manifiesto en ALAMEDA CASTILLO, M.T. *y también en medio de la tempestad…reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales). TEMAS LABORALES núm. 153/2020. Págs. 61-100*

contrario, se entiende que conforme a dicha norma carecen de competencia alguna, en aquellos supuestos que una empresa se encuentre sujeta a concurso. Llama la atención que el legislador, lejos de buscar una solución que ajuste los diferentes intereses en juego, haya optado por una solución unilateral, estableciendo una competencia en el texto refundido que afecta a una Ley Orgánica. La regulación refundida excede del objeto previsto para la recopilación y armonización del nuevo texto, que afecta a terceros no presentes en el procedimiento, de tal modo que lo que debía ser un texto que generase claridad, termine siendo una nueva fuente de conflictos. Si bien en la actualidad las normas analizadas, obligan a la consideración de sucesión de empresas, habrá que determinar sobre qué trabajadores se aplican dichas reglas y en base a que interpretación se efectúa dicha declaración. En todo caso, para analizar los supuestos de sucesión empresarial, será necesario determinar que se considera unidad productiva y el concepto de sucesión laboral. En segundo lugar, si la asunción de las deudas y créditos pendientes es total o sólo la afectada por el traspaso de la unidad productiva, la denominada teoría del perímetro y que ha procedido a recoger el artículo 224.1.

Este exceso en la aplicación de las normas refundidas realizadas en la delegación de la Disposición Final 8ª de la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 82 CE, condiciona la validez del decreto legislativo. Si el decreto legislativo no respeta lo establecido en la ley de delegación no sólo habrá vulnerado los términos de la delegación, sino que será susceptible de ser declarado inconstitucional, la Autoridad solamente puede realizar aquello para lo cual ha sido expresamente facultado por una disposición jurídica. El posible exceso en la regulación del decreto legislativo se conoce como *ultra vires*. El art. 27.2.b) LOTC incluye los decretos legislativos dentro de las normas susceptibles de ser objeto de los procedimientos de control de constitucionalidad. Ahora bien, en los supuestos en que exista un exceso en la regulación, el contenido del decreto legislativo no estará cubierto por la ley de delegación, y no podrá darse a sí mismo rango de ley, por lo que sólo tendrá rango reglamentario[12]. Por tanto, lo que ha vulnerado el decreto puede ser sometido al control del Tribunal Constitucional, y al control de los órganos judiciales[13]. La posición del Tribunal Supremo es clara respecto al reconocimiento de rango reglamentario al exceso de la delegación, y a su posible control por los tribunales ordinarios. Así, en diferentes sentencias de la Sala Tercera ha declarado que la norma delegada tiene naturaleza de ley en todo lo que no sobrepase el límite de la delegación, pero si supera ese límite la norma queda reducida a un reglamento y puede ser controlada por la jurisdicción ordinaria (SSTS de 15 de junio de 1996, 3 de febrero, 9 de abril, 25 de junio, 3 de octubre de 1997). El Tribunal Constitucional, entiende que en los supuestos en que se haya producido un exceso en la regulación del decreto legislativo, sean los órganos judiciales los que decidan si optan por plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o por inaplicar el decreto legislativo

[12] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. considera que no hay una traslación automática de la fuerza de ley a cualquier norma que dicte el Ejecutivo en ejecución de una delegación legislativa, "*Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los decretos legislativos", Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a García de Enterría, Vol. I,* Civitas, Madrid,1991, p. 412.

[13] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981, pp. 35-37, 109-125, 173-186, y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1997, pp. 256-257, 260; VILLAR PALAST J.L. - SUÑE LLIÑAS, E. *"Legislación delegada, leyes de bases, textos legales refundidos", Comentarios a la Constitución de 1978*, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, O. EDERSA, Madrid, 1998, p.94

atendido su falta de rango de ley y su vulneración de la ley de delegación[14]. Respecto al control de los tribunales ordinarios, aún en el caso de ser una norma que afecta a una materia del orden social, conforme a lo previsto en el artículo 3 a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social no corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social. Por tanto, quedan excluidos para proceder a la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, aun en las materias laborales, sindicales o de Seguridad Social, sin perjuicio de acudir a la cuestión de constitucionalidad. En estos casos la competencia se encuentra expresamente atribuida conforme al artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo que conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación[15]. En cualquier caso, atendiendo a que existe una duplicidad de competencias en la que tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales ordinarios pueden actuar[16] habilita para que el órgano judicial disponga de una "prerrogativa exclusiva e irrevisable"[17], para ejercer la cuestión de inconstitucionalidad, tanto de oficio como a instancia de parte.

Llegados a este punto, se nos plantean dos cuestiones: La primera respecto a la posibilidad de seguir acudiendo al orden social en los supuestos de sucesión y el posible valor reglamentario de la normativa concursal. La segunda respecto a la asunción exclusivamente de las responsabilidades referidas sólo en los casos de trabajadores subrogados. Es posible que una norma con valor reglamentario altere lo dispuesto en relación a las competencias judiciales lo previsto en una Ley Orgánica. La respuesta, determina que en este caso pudiera dar lugar a una cuestión de inconstitucionalidad del art 221.2 TRLC. La cuestión no exige el convencimiento por parte del órgano judicial de que la norma cuestionada sea inconstitucional, basta la duda razonable (STC 17/1981). En este caso el auto se remitirá al Tribunal Constitucional junto con el testimonio de los autos y las alegaciones formuladas por las partes y en cualquier caso deberán esperar a obtener la resolución correspondiente, para entender inaplicable dicho precepto, y determinar el mantenimiento de la competencia del Orden Jurisdiccional Social, en los mismos términos anteriores al Texto Refundido

El problema que se nos plantea con la atribución de competencia exclusiva del juez del concurso tiene su origen en la elevada conflictividad, que dio lugar el ejercicio de acciones en los diferentes órdenes (Mercantil, Social y Contencioso)[18] que han intervenido en los procesos de determinación de sucesión de empresas. En estos supuestos late una tensión no siempre fácil de resolver entre satisfacer el interés general

---

[14] ATC 69/83, el Tribunal Constitucional manifiesta que "pertenecen al ámbito normal de poderes del Juez(...) inaplicar los Decretos legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso el valor de Ley", la STC 47/84, STC 159/2001, STC 205/93, ATC 259/95.

[15] VIRGALA FORURIA, E. *De nuevo sobre los decretos legislativos.* Revista Española de Derecho Constitucional, nº 56.1999, pág. 62 FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Cedecs. 2003. pág. 113.

[16] STC 47/1984.

[17] STC 149/2004.

[18] STS, Sala 3ª, de 29 de enero 2018 (rec. 3384/2015) interpretó el 149.2 LC, en su redacción anterior al Real Decreto- ley 11/2014, interpreta en un sentido restrictivo, limitando la responsabilidad solidaria con exclusión de las deudas de la Seguridad Social.

que subyace en esos casos con el de los propios acreedores. Todo ello debe hacerse teniendo en cuenta uno de los principios configuradores de la regulación concursal como es el mantenimiento de la empresa en funcionamiento como mecanismo para satisfacer los intereses de los acreedores, pero también —ante la presencia de una Administración Pública— como medio para ejecutar satisfactoriamente el contrato o atender los fines de interés general o de servicio público presentes[19]. Atendiendo a la evolución normativa se ha llegado a interpretar de manera distinta que el juez mercantil pueda de manera exclusiva y excluyente determinar la extinción de deudas derivadas del ámbito laboral y de seguridad social, sin que la cuestión de la competencia haya sido pacífica. En este sentido se llegó a solicitar la intervención del TJUE que resolvió en su sentencia de 28 de enero de 2015 [asunto C-688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L. en liquidación], la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Barcelona en relación a la interpretación de la Directiva 2001/23, 12 mar., DOCE, 22, El juzgado de lo mercantil trataba de saber si la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal prevea o permita que, con ocasión de una transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia, se autorice al cesionario a no asumir las cargas del cedente en relación con los contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen de Seguridad Social, por cuanto estas deudas son anteriores a la fecha de transmisión de la unidad productiva. El Tribunal respondió a las cuestiones planteadas indicando que la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que "en el supuesto de que, en el marco de una transmisión de empresa, el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia que esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente y el Estado miembro de que se trate haya optado por hacer uso del artículo 5.2 de la mencionada Directiva, ésta no se opone a que dicho Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la Seguridad Social, no se transfieran al cesionario siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987[20] si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente". El TJUE establece una posibilidad abierta a los Estados miembros para que, en su soberanía, puedan legislar a favor o en contra[21]. Además, y sin perjuicio de las disposiciones previstas en el artículo 3.4.b) de la Directiva, esta última "no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario". Se ha querido entender que el juez del concurso podía eximir de dichas deudas, lo cierto es que el TJUE, no se pronunció sobre el sentido de la decisión judicial, sino sobre si la norma nacional puede exonerar al adquirente de las deudas y si dicha exoneración era contraía a la normativa comunitaria. Lógicamente el TJUE, no valora que decisión debe tomar el Juzgado

[19] FERNÁNDEZ TORRES,I. *Liquidación concursal y sector público; en particular, la liquidación de las sociedades concesionarias de autopistas derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma* / ISABEL FERNÁNDEZ TORRES, FRANCISCO JAVIER ARIAS VARONA, JAVIER MARTÍNEZ ROSADO (COORDS), IUSTEL.2018.Pág 1420.

[20] Actual Directiva 2008/94, 22oct., DOCE, 28.

[21] SALAS PORRAS, M. *El pacto de exención de responsabilidad del adquirente concursal respecto de las deudas de Seguridad Social.* Revista Española de Derecho del Trabajo num.181/2015.Pág 8.

Mercantil, si bien indica que no es contraria a la normativa comunitaria, si así lo estima la normativa nacional que se extingan las deudas. La cuestión es que la normativa concursal no exoneraba de la aplicación del artículo 44ET ni tampoco el art. 127 LGSS, que tampoco son contrarios a normativa Comunitaria, ni con la redacción actual ni con la anterior. El legislador no estableció excepción en el art 44 ET a la aplicación de las reglas previstas para la sucesión y si bien dicha cuestión podía ser resuelta en el ámbito del proceso concursal, conforme al art. 57 bis ET, la sucesión nunca perdió su naturaleza laboral[22]. Por otro, se ha indicado por jurisprudencia social que no cabe convertir el auto judicial de adjudicación en una regulación de futuro de todo tipo de consecuencias laborales, fiscales, tributarias[23], tal pronunciamiento lo seria con carácter prejudicial y no produciría efectos de puertas afuera del concurso[24], por ese motivo se han mantenido intactas las competencias del orden contencioso administrativo y el orden social, en relación a las cuestiones suscitadas respecto a la consideración de sucesión de empresas[25]. Nadie puede negar la evidente la voluntad legislativa de dar mayor margen al juez de lo mercantil en aras del interés del concurso. Pero no menos verdad es que ello pretende hacerse en el marco de la ley laboral común, no en su devaluación, menos sin con ello se perjudica la función recaudatoria del sistema de seguridad social[26]. A la vista de esta cuestión, no resuelta, y que ha dado lugar a que se hayan dictado resoluciones en materia de sucesión, en el ámbito contencioso y en ámbito social, en que cada uno de ellos se atribuye la competencia, entre las que cabe destacar las sentencias del TS de 11 de enero de 2018 (rec. 3290/2015) de 27 de febrero de 2018, (rec. 112/2016), de 29 de octubre de 2014 (rec. 1573/2013), cuya base competencial se encuadra en la ausencia del adquirente en el proceso concursal, y en que la actuación del juez del concurso se encuadra exclusivamente a efectos perjudiciales. La STS 27 de octubre de 2020 y los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia Autos de 9-12-2015 y de 9-3-2016, en los que atendiendo a que se trata de una sociedad diferente de la concursada en liquidación, es el orden social de la jurisdicción el competente. En el orden contencioso administrativo[27] encontramos respuestas que admiten la extensión de responsabilidad, pero también otras sentencias que han entendido que el art 57 bis establece la excepción, determinando como ley especial la Ley Concursal, en este sentido la STS 29 de enero de 2018, rec. 3384/2015 que entiende que las competencias de los juzgados de lo mercantil no son prejudiciales[28].

---

[22] Sobre la naturaleza de las normas ver; STS, sala penal, 1696/2002 de 14 de octubre de 2002.

[23] Audiencia Nacional Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Social), de 22 de abril de 2014, nº 0078/2014. (AS 2014/2101) Procedimiento 299/2012 FJ 9º.

[24] Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, Auto 78/2015 de 16 Feb. 2015.

[25] TUSET DEL PINO, P. *Los efectos derivados de la sucesión de empresa en las adjudicaciones acordadas por el juez mercantil dentro del concurso*, *Revista Información Laboral*, núm. 12, 2015. Pág. 6.

[26] MOLINA NAVARRETE, C. *Transmisión de empresa, relaciones triangulares de trabajo y sistema multinivel de garantías: "bamboleos" de una jurisprudencia social ¿en espera del legislador?* REVISTA MEYSS Nº. 143, 2019. Pág.266.

[27] En el orden contencioso-administrativo también hay sentencias que entendieron que el art. 149.2 LC sólo permita limitar la transmisión de las deudas laborales abonadas por el FOGASA imponen la responsabilidad del adquirente respecto de las deudas de Seguridad Social, como la STSJ Castilla y León Valladolid (Cont.), de 18 junio 2015, Rec. 208/2014; STSJ Extremadura (Cont.), de 18 diciembre 2013, Rec. 874/2011; y STSJ Extremadura (Cont.), de 30 julio 2015, Rec. 251/2014; o SJCA Lérida-1 de 30 septiembre 2014, Rec. 43/2013; STSJ Castilla La-Mancha (Cont.), de 17 de septiembre de 2015,Rec. 531/2013.

[28] STSJ del País Vasco 3700/2018 T. Sala de lo Contencioso de 20 de noviembre de 2018. Nº de Rec.1111/2017.STSJ, sala contencioso administrativo, de 15 de abril de 2016, AAP Pontevedra de 20 de enero de 2014.

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, el nuevo Texto Refundido fija al juez del concurso como único competente para declarar la sucesión de empresas, se habilita al juez en una norma concursal para extinguir las deudas laborales y de seguridad social, estableciendo una competencia al margen del mandato del legislador y determinando como exclusiva del orden mercantil una competencia que se encuentra expresamente atribuida a otros órdenes judiciales en la LOPJ y La Ley de Jurisdicción Social. Al margen de la competencia señalada la respuesta a la extinción de las deudas sigue siendo negativa. No sólo porque la propia norma no lo prevea, sino porque expresamente el art 221.1 nos indica que, en caso de enajenación de una unidad productiva se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa.

En relación con el art 224.1, 2º referido a los efectos sobre los créditos pendientes de pago, establece que la exoneración de obligaciones y créditos previos no satisfechos no se aplicará cuando así lo establezca una disposición legal, como ocurre en el caso de la sucesión de empresas. En cuanto al alcance de dichas deudas, y por ello, parte central del supuesto de sucesión, debemos determinar en qué supuestos y a que trabajadores afecta dicha situación. El concurso no puede convertirse en un medio que permita eludir las reglas del art 44 ET y 127 LGSS, ni la doctrina social aplicable al mismo. Como norma imperativa, de derecho necesario. Debe respetar y garantizar la aplicación de la misma y debe evitar el uso en fraude de ley de la figura concursal. Para ello la normativa ha previsto una serie de garantías que operan respecto a la exoneración de créditos y obligaciones previas al concurso y que operan respecto a los adquirentes de las unidades productivas cuando sean personas especialmente relacionadas con el concursado. La novedad que incluye este precepto referido a la exclusión aplicable a cuyos contratos quede subrogado el adquirente, es que no se aplica a los no subrogados y a los despedidos previamente a la subrogación. Ante dicha situación se estableció dentro del ámbito concursal la doctrina del perímetro[29]. En base a la misma el auto que autoriza la transmisión o el convenio posterior fija el perímetro que o bien será la empresa completa, o sólo abarcará una parte de ella, en atención a la división o adelgazamiento que haya sufrido la misma. En estos casos la transmisión sólo acogerá aquellos contratos vinculados a la unidad productiva transmitida, y por tanto sólo se asumirán por el nuevo adquirente aquellas deudas derivadas de los trabajadores afectados por la transmisión. Dicha doctrina, en cualquier caso, no parece contraria al concepto de sucesión empresarial. No obstante, tal y como hemos señalado, se deberá atender a las reglas previstas para la sucesión, atendiendo que, en ocasiones, dada la actividad propia de la empresa, el mero traspaso de una actividad vinculada a la actividad esencial de la mano de obra, deriva en la sucesión del personal. Los supuestos de sucesión parcial han sido aceptados en algunas ocasiones respecto a las deudas de la empresa anterior, dado que se ha procedido a asumir una unidad de negocio independiente, con los medios materiales, clientes y trabajadores asociados al mismo, por ello, se estima la procedencia

[29] MARTÍNEZ DE MARIGORTA, C. (2014), *Venta de la unidad productiva*, en MARTÍN MOLINA, P. B.; DEL CARRE DIAZGÁLVEZ, J. M. y LOPO LÓPEZ, M. A. (Coord.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, Madrid: Dykinson, pp. 180 y ss.; GENTO CASTRO, Z., *La venta de la unidad productiva en el concurso*, AA.VV. coords. Ana B. Campuzano y Enrique Sanjuán, El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 715-740; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., *Transmisión concursal de unidad productiva: continuidad, existencia de trabajadores y perímetro de la sucesión*, Revista Aranzadi Doctrina 2016, pp. 5/6 y 6/6. VÁZQUEZ CUETO, J.C., *La enajenación de la unidad productiva en el concurso de acreedores*, RDM, núm. 301, 2016, BIB 2016, 85616, págs. 14-17. SENENT MARTÍNEZ, S., *La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas*, RDCyP, núm. 26, 2017, pág. 103-104. ETXARANDIO HERRERA E. (2017), *La enajenación concursal. op cit.* Pág 24.

de que se determine la existencia de una sucesión parcial, conforme a la interpretación establecida por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 17 de Julio de 1998, (rec. 4223/1997), que señala respecto a la sucesión parcial que "Puede afirmarse que ha habido la transmisión de una unidad productiva de la una a la otra, pero esta transmisión genera responsabilidad solidaria respecto de los trabajadores que prestan servicios en dicha unidad. No de aquellos otros que se hallan en puntos distintos de la misma empresa". En este sentido la STJUE (Sala Tercera) de 16 de mayo de 2019 asunto C509/17, petición de decisión prejudicial planteada Tribunal Superior de lo Laboral de Amberes, Sección de Hasselt, Bélgica, indica que la Directiva 2001/23, , debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en caso de transmisión de una empresa efectuada en el marco de un procedimiento de reestructuración judicial mediante transmisión sujeta a supervisión judicial que se aplica con el objetivo de mantener la totalidad o una parte de la empresa del cedente o de sus actividades, establece el derecho del cesionario a elegir de qué trabajadores desea hacerse cargo. En el ámbito comunitario tenemos diversos ejemplos, en los que se ha admitido la sucesión parcial, como en la sentencia STJUE 7 de agosto 2018 (C-472/16), (caso Colino Sigüenza) y recientemente en la sentencia STJUE, de 8 de mayo de 2019, asunto 194/18 al entender puede constituir una transmisión de empresa o parte de la empresa si está demostrada la existencia de una cesión de clientela, y en la STJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-664/17 (Caso Ellinika Nafpigeia)[30] que señala que autonomía parcial concurre incluso cuando la posesión de los medios de producción queda en manos de la empresa cedente, siempre y cuando la cesionaria disponga de las garantías suficientes entre ellas, convenios o contratos imperativos- que le permitan el acceso a esos factores de producción del cedente o de un tercero, para dotarle de la necesaria independencia en relación a las decisiones económicas unilaterales que pueda adoptar ésta, extremo que compete valorar al órgano jurisdiccional nacional. Por ello, es posible admitir la doctrina del perímetro en el ámbito de la sucesión empresarial, cuestión distinta es que la determinación de los trabajadores afectados por la sucesión empresarial, sea una cuestión pacífica. De modo que aquellos trabajadores que entiendan que deban estar vinculados a la actividad y se hayan visto incluidos en los supuestos de sucesión, se vean obligados a reclamar dicha consideración, o bien en aquellos casos en que extinguida su relación laboral previamente se vean obligados a reclamar a la empresa sucesora. En este sentido la sentencia en unificación de doctrina del TS, Sala de lo Social, en su Sentencia núm. 623/2020, nº rec. núm.: 1496/2018, de 8/07/2020, señala que *el interés del concurso no puede erigirse en la norma suprema que rija la adjudicación de los bienes pues habrán de respetarse las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico.* Por tanto, no habiendo transcurrido el plazo de tres años fijado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, cabe la interposición de la demanda y según el TS pagar la parte de su indemnización que no cubra el FOGASA. Respecto a los trabajadores cuyos contratos se extinguieron antes de la transmisión de empresa en el concurso, que han quedado excluidos con la nueva norma, que como señalan DE LA PUEBLA Y MERCADER UGINA[31] se trata de una solución que, aunque puede tener encaje en la Directiva 23/2001, de 12 de marzo, sobre traspasos de empresas (art. 3.1)

[30] Vid: VICENTE PALACIO, M.A. *De nuevo sobre el alcance del concepto de transmisión de empresas a la luz de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001*. Revista de Jurisprudencia Laboral (BOE). Número 5/2019.

[31] DE LA PUEBLA PINILLA, A Y MERCADER UGINA, J. *La nueva Ley Concursal a debate: ¿vuelve la polémica sobre la sucesión de empresas en el concurso?* https://forodelabos.blogspot.com/2020/12/la-nueva-ley-concursal-debate-vuelve-la.html

resulta a todas luces contraria a la que deriva del art. 44 ET que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente aplicable en el ámbito de la sucesión de empresas en el concurso como ha señalado la STS de 27 de octubre de 2020, rec. 1254/2018 [32]. La aplicación del nuevo art 224.1 debe atender sí es posible establecer un margen amparado en la doctrina del perímetro, de modo que sólo se asuma sólo la parte transferida a la nueva empresa, y en caso de que estime la reclamación del trabajador y se entienda la existencia de sucesión de empresa, debería mantenerse la aplicación del art 44 ET. Ahora bien, en estos supuestos es donde cabe preguntarse a raíz de lo previsto en el artículo 221.1 TRLC, donde debe plantearse la acción de reclamación. Con la nueva regulación, debería ejercitarse ante el juez del concurso. Sin embargo, si entendemos que el art 221.1 adolece de ultra vires, se deberá mantener el procedimiento de reclamación ejercido hasta la fecha en el ámbito social, y plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad del artículo mencionado. En cualquier caso, serán los tribunales los que deban determinar el alcance del este Texto Refundido, y buscar un equilibrio adecuado entre la liquidación de una empresa y el mantenimiento del empleo.

ARTÍCULOS

EL DÍA INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU DERECHO A LA PLENA IGUALDAD E INTEGRACION LABORAL

Pedro TUSET DEL PINO
Magistrado

Un año más se celebra, hoy día 3 de diciembre, el Día internacional de las personas con discapacidad, cuyo fin es fomentar la comprensión de los asuntos relativos a la discapacidad y movilizar el apoyo a la dignidad, los derechos y el bienestar de las personas discapacitadas. También intenta difundir la sensibilidad sobre los beneficios que se derivan de la integración de las personas con discapacidad en cada uno de los aspectos de la vida política, social, económica y cultural. El Día internacional pretende conseguir, en suma, que las personas discapacitadas disfruten de los derechos humanos y participen en la sociedad de manera plena y en condiciones de igualdad, objetivo establecido en el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982.

Uno de los objetivos más destacables de esta efeméride consiste en adoptar medidas

[32] http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c747e9655f3e0049/20201123

para la ulterior ejecución de las normas y estándares internacionales relativos a las personas con discapacidad, incrementando su participación igualitaria en la vida social y en su desarrollo.

En torno a las personas con discapacidad y por lo que se refiere a nuestro país, el número total de personas residentes en los hogares españoles que declaran tener alguna discapacidad se sitúa alrededor de las 3.847.900, hecho que supone un 8,5% de la población, según los resultados de la última Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia (EDAD) del año 2008. Por sexos, más de 2,30 millones de mujeres afirman tener una discapacidad, frente a 1,55 millones de hombres. Las tasas de discapacidad de las mujeres son más elevadas que las de los hombres en edades superiores a 45 años. En los tramos de edad inferiores a 44 años las tasas de los hombres superan a las de las mujeres.

Por lo que se refiere al marco normativo que regula los derechos de la población discapacitada y su plena integración social, educativa, cultural, económica y laboral en igualdad de condiciones, la Constitución española de 1978 marca, decididamente, un antes y un después.

Hasta su aprobación, predominaba el convencimiento, elevado a prejuicio social, que la minusvalía era sobre todo una limitación que condicionaba la persona que la sufría, de forma que le impedía su normal desarrollo e integración, tanto social como laboral, y que daba lugar no ya a una grave injusticia social sino al olvido y el ostracismo de un colectivo que se tenía que conformar con la acción proteccionista del Estado a través de las escasas ayudas de carácter asistencial y médica que, apenas, llegaba a toda la población afectada.

A título de ejemplo, fue en virtud del Real decreto 348/1986, de 10 de febrero, que se estableció que los términos “subnormal y subnormalidad” contenidos en las disposiciones reglamentarias vigentes hasta entonces, fueran sustituidos por los de “minusvalía y persona con minusvalía”, con especificación, cuando fuera preciso, de la naturaleza física, psíquica o sensorial de aquella, términos estos últimos que, actualmente, han quedado desplazados por los de “discapacidad y persona con discapacidad”.

No es hasta la aprobación del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto de 1970, que se impulsa, tímidamente, una política de incentivos a la contratación de trabajadores con discapacidad mediante la fórmula de la ocupación protegida, por medio de los entonces denominados centros especiales de ocupación protegida, con el fin de dar ocupación a trabajadores minusválidos mediante bonificaciones en la cuota empresarial de la Seguridad Social.

Por fortuna, la restauración de un Estado de derecho, la celebración de las primeras elecciones democráticas en 1977 y la promulgación de la Constitución fueron esenciales para el giro copernicano que experimentó la normativa existente en materia de discapacidad.

Precisamente, fue la Constitución de 1978, que ahora conmemora su 42 aniversario, la que impulsó definitivamente la modernización y renovación de la caduca normativa vigente, al reconocer su artículo 14 la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer

ninguna discriminación. A su vez, el artículo 9.2 de la Ley fundamental establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social, del mismo modo que su artículo 10 establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social.

En congruencia con estos preceptos la carta magna, en su artículo 49, cuando se refiere a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos, ya sean físicos, sensoriales o psíquicos, de forma que se les garantice la atención especializada que requieran y se les ampare de manera especial en el disfrute de los derechos fundamentales como cualquier otro ciudadano.

Consecuencia directa de todo ello fue la adopción por nuestro país de varios Tratados y Convenciones internacionales en materia de discapacidad, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución, al referirse a que el Estado español inspirará la legislación para la integración social de los disminuidos en la declaración de derechos del deficiente mental, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, y en la declaración de derechos de los minusválidos, aprobada por la Resolución 3447 de la organización mencionada, de 9 de diciembre de 1975, adaptando su actuación.

De aquellos Tratados internacionales destacaré los siguientes:

a) Convención para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

b) Declaración de los derechos del retrasado mental. Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1971.

c) Declaración de los derechos de los impedidos. Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975.

d) Convenio de la OIT sobre readaptación profesional y la ocupación de personas con discapacidad de 1983 y la Recomendación correspondiente de la OIT núm. R168, del mismo año.

e) Carta Social Europea revisada.

f) Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Resolución A61/611.

El siguiente paso fue la publicación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (posteriormente modificada por el termino discapacitados) (Y conocida por LISMI) que, inspirada en los principios programáticos del artículo 49 de la Constitución y de las declaraciones aprobadas por las Naciones Unidas en materia de deficiencia mental y minusvalía, supuso refundir en un solo texto la dispersa normativa existente, dándole unidad de criterio y de cohesión a los diferentes campos de actuación sobre los cuales se proyecta.

De entrada, se pone la primera piedra en desterrar la imprecisión terminológica, utilizando de manera indistinta expresiones tan dispares como “subnormal, desvalido, incapacitado o inválido”, expresiones todas ellas con una evidente connotación peyorativa. De tal manera que el artículo 7.1 de la LISMI adoptó, de manera uniforme, el término de personas minusválidas, definiéndolas como aquellas cuyas “posibilidades de integración educativa, laboral o social estén disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”.

Otro aspecto de interés, establecido de igual manera en la LISMI, es la definición y regulación de los centros especiales de empleo, definidos por el artículo 42.1 como aquellos cuyo objetivo principal es realizar un trabajo productivo, participar regularmente en las operaciones del mercado, teniendo como finalidad asegurar un trabajo remunerado, y prestar los servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos, erigiéndose, así, en un medio de integración del máximo número de minusválidos al régimen de trabajo normal. Centros especiales que si bien inicialmente tenían que estar integrados al completo por trabajadores discapacitados, posteriormente se redujo al 70% de su plantilla.

Los últimos acontecimientos relevantes han sido la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la posterior aprobación, el 13 de diciembre de 2006, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificado por España el 23 de noviembre de 2007.

El propósito de esta última Convención es promover, proteger y asegurar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad inherente, incluyendo cómo tales a todas aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con varias barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las otras.

La mencionada Convención ha venido acompañada de la aprobación en nuestro país del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Sería prolijo seguir detallando otros aspectos legales de interés aplicables a este colectivo especialmente vulnerable y, por tal razón, particularmente protegido. Sin embargo, desde estas páginas querría llamar la atención de que continúan produciéndose graves e intolerables desigualdades que originan una segregación de la población discapacitada, especialmente afectada en situaciones de recesión económica.

La integración laboral es un claro exponente de esto. La tasa de paro de las personas con discapacidad en España se redujo 1,0 puntos en 2018 y se situó en el 25,2%. Pese a esta caída, superó en 10,1 puntos a la de la población sin discapacidad (15,1%). Así lo revela el INE en la estadística ‘El Empleo de las Personas con Discapacidad’. En 2018 la tasa de actividad de las personas con discapacidad fue del 34,5% (cinco décimas

menos que en 2017), 43,1 puntos inferior a la registrada para la población sin discapacidad.

Por su parte, la tasa de empleo fue del 25,8%, frente al 65,9% registrado en las personas sin discapacidad. Dicha tasa se redujo en 0,1 puntos respecto a 2017. En el año 2018 había 1.899.800 personas con discapacidad en edad de trabajar (de 16 a 64 años), lo que supuso el 6,3% de la población total en edad laboral.

En cuanto al paro, en la población con discapacidad había mayor porcentaje de hombres de 45 a 64 años y de desempleados con estudios primarios y secundarios que en los parados sin discapacidad. Por el contrario, había menor representación de parados con estudios superiores y de personas de 16 a 24 años. Por su parte, la tasa de paro de las mujeres con discapacidad fue inferior a la de los hombres en 0,4 puntos. Para las mujeres sin discapacidad fue mayor en 3,5 puntos.

En todo caso, hay un dato revelador y es que el colectivo de personas con discapacidad continúa sufriendo una escasez de recursos económicos en formación profesional, en prestaciones sociales, en atención sanitaria y de rehabilitación que agrava su vulnerabilidad. A todo lo cual debe unirse un incumplimiento sistemático y prácticamente generalizado por parte de los centros especiales desempleo en aplicar los adecuados ajustes personales y sociales e implantar la adecuación de los puestos de trabajo, atendiendo a la naturaleza, grado y limitaciones derivadas de la discapacidad reconocida de cada trabajador.

Y es que, por mucho que se legisle, lo que de verdad importa es que, para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, debe procurarse no tan solo la concienciación tanto de las empresas ordinarias del mercado de trabajo como de los centros especiales de empleo en adecuar el puesto de trabajo y las condiciones laborales a la discapacidad del trabajador, y nunca al revés, como hacer realidad que las administraciones públicas implicadas cuenten con los presupuestos económicos necesarios para cubrir las necesidades del colectivo de personas con discapacidad en todos los órdenes, máxime en la presente etapa de pandemia en que se recrudece la situación laboral y económicas de muchos de ellos.

Y es, precisamente en este aspecto, donde la celebración de esta jornada puede y debe ser el adecuado revulsivo que remueva y concite conciencias, voluntades e iniciativas.

LEGISLACIÓN

UNIÓN EUROPEA
ESTATAL
COMUNIDADES AUTÓNOMAS

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTO (UE) 2020/1783 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) (versión refundida) **Ir al texto**

REGLAMENTO (UE) 2020/1784 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»)
(versión refundida) **Ir al texto**

Reglamento delegado (UE) 2020/2153 de la Comisión de 7 de octubre de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo en lo que respecta a las categorías de datos personales operativos y a las categorías de interesados cuyos datos personales operativos pueden ser tratados por la Fiscalía Europea en el índice de expedientes. **Ir a texto**

Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el marco para establecer una agenda europea de trabajo en el ámbito de la juventud 2020/C 415/01. **Ir a texto**

Decisión (UE) 2020/1782 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 por la que se modifica la Decisión n.o 573/2014/UE sobre una mayor cooperación entre los servicios públicos de empleo (SPE). **Ir a texto**

Decisión de la Defensora del Pueblo Europeo de 9 de noviembre de 2020 sobre el reglamento interno para limitar determinados derechos de los interesados en el tratamiento de sus datos personales. **Ir a texto**

Decisión (UE) 2020/2134 del Consejo de 10 de diciembre de 2020 sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto creado en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, en lo que respecta

a la modificación del anexo II de dicho Acuerdo, relativo a la coordinación de los regímenes de seguridad social. **Ir a texto**

Decisión (UE) 2020/2135 del Consejo de 10 de diciembre de 2020 relativa a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto del EEE, en lo que respecta a la modificación del anexo VI (Seguridad Social) del Acuerdo EEE. **Ir a texto**

Decisión del Consejo de Administración del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (Cedefop) de 6 de mayo de 2020 por la que se adoptan las normas internas relativas a las limitaciones de ciertos derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento del Cedefop. **Ir a texto**

Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. **Ir a texto**

ESTATAL

Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes. **Ir al texto**

Real Decreto 1154/2020, de 22 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. **Ir al texto**

Real Decreto 1156/2020, de 22 de diciembre, de ampliación de los medios traspasados a la Generalitat de Cataluña por el Real Decreto 966/1990, de 20 de julio, en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia. **Ir al texto**

Real Decreto 1049/2020, de 1 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, aprobado por el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre. **Ir al texto**

Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, por la que se adapta en función del progreso técnico el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. **Ir a texto**

Corrección de errores de la Resolución de 13 de octubre de 2020, de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, por la que se aprueban los modelos de certificación colectiva de créditos laborales, incluidos en la Lista de Acreedores del procedimiento concursal, que han de acompañarse con la solicitud de prestaciones de garantía salarial reguladas en el artículo 33 del Real Decreto legislativo 2/2015, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. **Ir al texto**

Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se amplía el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital. **Ir a texto**

Corrección de errores del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. **Ir al texto**

Resolución de 9 de diciembre de 2020, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autoriza a diferir el pago de las cuotas resultantes de la regularización definitiva de la cotización de los profesionales taurinos correspondientes al año 2019. **Ir al texto**

Resumen de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. Publicado en: BOE 31-12-2020. Realizado por Ignacio García Ninet, Catedrático de derecho del trabajo y seguridad social de la Universidad de Barcelona. **Ir a texto**

AUTONÓMICA

Aragón

RESOLUCIÓN de 17 de noviembre de 2020, del Subdirector Provincial de Trabajo de Teruel, por la que se determinan las fiestas locales, de carácter retribuido, no recuperables e inhábiles, para el año 2021, en los municipios de la provincia de Teruel. **Ir a texto**

RESOLUCIÓN de 19 de noviembre de 2020, de la Subdirectora Provincial de Trabajo de Huesca, por la que se determinan las fiestas locales, de carácter retribuido, no recuperables e inhábiles, para el año 2021, en los municipios de la provincia de Huesca. **Ir a texto**

RESOLUCIÓN de 19 de noviembre de 2020, de la Subdirectora Provincial de Trabajo de Zaragoza, por la que se determinan las fiestas locales, de carácter retribuido, no recuperables e inhábiles, para el año 2021, en los municipios de la provincia de Zaragoza. **Ir a texto**

ORDEN EPE/1219/2020, de 25 de noviembre, por la que se distribuyen funciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales entre los diferentes órganos del Departamento de Economía, Planificación y Empleo. **Ir a texto**

ORDEN EPE/1220/2020, de 25 de noviembre, por la que se distribuyen funciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales entre los diferentes órganos del Instituto Aragonés de Empleo. **Ir a texto**

ORDEN CDS/1194/2020, de 19 de noviembre, por la que se establece el complemento económico para perceptores de la pensión no contributiva, en su modalidad de jubilación e invalidez y pensiones de ancianidad y enfermedad, correspondiente al año 2020. **Ir a texto**

ORDEN SAN/1262/2020, de 25 de noviembre, por la que se regula el contenido, el acceso, el procedimiento de obtención y los requisitos generales de la prestación ortoprotésica. **Ir al texto**

Asturias

Resolución de 24 de noviembre de 2020, de la Consejería de Presidencia, por la que se establece, para el año 2021, el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos en el ámbito del Principado de Asturias. **Ir al texto**

Illes Balears

Decret 37/2020 de 21 de desembre, pel qual es fixa el calendari de dies inhàbils per a l'any 2021 a l'efecte del còmput administratiu. **Ir al texto**

Castilla y León

LEY 2/2020, de 24 de noviembre, de modificación del texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2019, de 10 de enero. **Ir al texto**

LEY 3/2020, de 14 de diciembre, de modificación de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León. **Ir a texto**

ORDEN EEI/1343/2020, de 26 de noviembre, por la que se convoca procedimiento de evaluación para la acreditación de competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, para unidades de competencia de la familia profesional de hostelería y turismo. **Ir a texto**

ORDEN EEI/1344/2020, de 26 de noviembre, por la que se convoca proceso de selección, formación y habilitación de personal asesor y evaluador para procedimientos de reconocimiento de competencias profesionales en unidades de competencia de diversas familias profesionales. **Ir a texto**

Catalunya

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**

ORDEN TSF/204/2020, de 30 de noviembre, por la que se establece el calendario de fiestas locales en Cataluña para el año 2021. **Ir al texto**

RESOLUCIÓ EMC/3178/2020, de 4 de desembre, per la que es modifica i es corregeix una errada de la Resolució EMC/3169/2020, de 3 de desembre, de modificació de la Resolució EMC/3613/2019, de 27 de desembre, per la qual es publiquen les dates afegides i/o substituïdes al calendari de dies festius amb obertura comercial autoritzada de diversos municipis per a l'any 2020. **Ir a texto**

Extremadura

Decreto 73/2020, de 9 de diciembre, por el que se fija el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos durante el año 2021 en la Comunidad Autónoma de Extremadura. **Ir al texto**

Resolución de 14 de diciembre de 2020, por la que se modifica el anexo de la 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 a texto**

Madrid

Decreto 39/2020, de 4 de diciembre, 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, para añadir la práctica de deportes federados a las excepciones que se enumeran a la limitación de la entrada y salida por razón de salud pública en determinados núcleos de población **Ir al texto**

Fiestas laborales. Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se declaran las fiestas laborales de ámbito local en la Comunidad de Madrid para el año 2021. **Ir al texto**

Navarra

LEY FORAL 17/2020, de 16 de diciembre, reguladora de las Actividades con Incidencia Ambiental. **Ir al texto**

LEY FORAL 18/2020, de 16 de diciembre, sobre medidas a favor del arraigo empresarial y contra la deslocalización empresarial. **Ir al texto**

LEY FORAL 19/2020, de 16 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo de Navarra. **Ir al texto**

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ESTATAL
COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ESTATAL

Resolución de 23 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 Convenio colectivo de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales, se aprueba la tabla salarial provisional para el año 2020 y el incremento salarial para el año 2021. **Ir a texto**

Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro. **Ir a texto**

AUTONÓMICA

Andalucía

Resolución de 27 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se registra y publica el Acuerdo de la Comisión Negociadora del II Convenio colectivo de ámbito autonómico de Andalucía para el Sector de Aparcamientos y Garajes. **Ir a texto**

Resolución de 9 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se registra y publica el IV Convenio Colectivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el sector de las empresas de transporte de personas enfermas y accidentadas en ambulancias. **Ir al texto**

Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). **Ir al texto**

Illes Balears

Resolució del conseller Treball, Comerç i Indústria per la qual es disposa la inscripció i el dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears, i la publicació del Conveni col·lectiu del sector de la indústria de la fusta i del moble de les Illes Balears (codi de conveni 07000495011981). **Ir a texto**

Correcció d'errada advertida en la Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball, d'11 de novembre de 2020, per la qual es disposa la inscripció i dipòsit al Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears, i la publicació de l'Acta de la Comissió negociadora del Conveni col·lectiu del sector de la construcció de les Illes Balears, de 28 d'octubre de 2020. **Ir a texto**

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball per la qual es disposa la inscripció i dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears de l'Acta d'aprovació del calendari laboral per a l'any 2021 del Conveni col·lectiu del sector dels derivats del ciment de les Illes Balears (codi de conveni 07000255011981). **Ir a texto**

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball per la qual es disposa la inscripció i dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears de l'Acta d'aprovació de les taules salarials per a l'any 2019 del Conveni col·lectiu del sector dels derivats del ciment de les Illes Balears (codi de conveni 07000255011981). **Ir a texto**

Catalunya

RESOLUCIÓ TSF/3003/2020, de 10 de novembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'acta de la Comissió paritària del Conveni col·lectiu de treball de Catalunya d'Acció Social amb infants, joves, famílies i d'altres en situació de risc 2013-2018 (codi de conveni núm. 79002575012007). **Ir a texto**

RESOLUCIÓ TSF/3267/2020, de 3 de desembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord de la Comissió negociadora del Conveni col·lectiu de treball per al sector d'escoles d'educació especial, relatiu a les taules salarials del 2020 (codi de conveni núm. 79000215011994). **Ir a texto**

RESOLUCIÓ TSF/3297/2020, de 3 de desembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord de la Comissió paritària del II Conveni col·lectiu de treball dels hospitals d'aguts, centres d'atenció primària, centres sociosanitaris i centres de salut mental, concertats amb el Servei Català de la Salut, relatiu a les taules salarials 2020 (codi de conveni núm. 79100135012015). **Ir a texto**

Madrid

Resolución de 3 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del acta 20 de noviembre de 2020, de la Comisión Negociadora por la que aprueba el calendario laboral para el año 2021 del Convenio Colectivo del Sector de Construcción y Obras Públicas (código número 28001055011982). **Ir a texto**

JURISPRUDENCIA
Tribunal Constitucional

DERECHO SANCIONADOR

STC 172/2020. Ir a texto

Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015. Interpuesto por más de cincuenta diputados de los grupos parlamentarios Socialista, La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Mixto del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Dignidad de la persona y principios de seguridad jurídica y de sometimiento de la acción de la administración al control judicial; derechos a la integridad física, intimidad, libertad de expresión e información, reunión, tutela judicial: nulidad parcial del precepto legal que tipifica como infracción grave el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad; interpretación conforme con la Constitución de ese mismo ilícito administrativo, así como de los relativos al incumplimiento de restricciones de circulación peatonal o itinerario en actos públicos y a la ocupación de inmuebles contra la voluntad de su titular; interpretación conforme de la disposición que establece un régimen especial de rechazo en frontera para Ceuta y Melilla. Voto particular.

DISCRIMINACIÓN

STC 168/2020. Ir al texto

Recurso de amparo 2587-2019. Promovido por doña María del Mar Pérez Ortega respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, y un juzgado de esa capital, desestimatorias de su demanda sobre cálculo de jornada reducida.

Vulneración de los derechos a la igualdad ante la ley y a no padecer discriminación por razón de sexo: STC 79/2020 (discriminación indirecta en el cómputo del descanso retribuido que ignora que la reducción de jornada ordinaria y complementaria trae causa del ejercicio del derecho de cuidar a los hijos y que las guardias realizadas, bien que menor en número son de la misma duración que para el resto de trabajadores.

JURISPRUDENCIA
Tribunal Supremo

CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA

STS 10-11-2020. Ir al texto

Roj: STS 3833/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3833
No de Recurso: 2323/2018
No de Resolución: 983/2020
Ponente: SEBASTIÁN MORALO GALLEGO

Resumen: Contratos de duración determinada: no es válido el contrato eventual celebrado por una administración con la finalidad de cubrir vacaciones y permisos. La empresa es plenamente conocedora de que la plantilla con la que cuenta disfruta de vacaciones y descansos con la regularidad propia de tales situaciones y, por consiguiente, la respuesta al volumen de actividad habitual debe contemplar las horas de efectiva prestación. El que los trabajadores de la plantilla ejerciten sus derechos al descanso y a las vacaciones es una circunstancia plenamente previsible y, por consiguiente, no es, pues, ajustada a Derecho la cobertura temporal de sus funciones acudiendo a la vía interinidad por sustitución. Tales ausencias al trabajo se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar.
No puede olvidarse que en nuestro ordenamiento jurídico el contrato indefinido constituye la regla general de la que se apartan los supuestos tasados y específicamente diseñados por el legislador, caracterizados todos ellos por la nota de causalidad. Y, en ese punto, el contrato de interinidad obedece a la circunstancia extraordinaria en que pueda incurrir la plantilla de la empresa al concurrir una causa de suspensión del contrato. Nada de extraordinario resulta el disfrute de los periodos de descanso y vacaciones, a los que tienen derecho todos los trabajadores de la empresa".

CONTRATO FIJO DISCONTINUO

STS 28-10-2020. Ir al texto

Roj: STS 3830/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3830
No de Recurso: 4364/2018
No de Resolución: 951/2020
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: contrato fijo-discontinuo: Los trabajadores en cuestión son trabajadores fijos continuos y no fijos discontinuos. El hecho de que los recurrentes hayan prestado servicios para su empresa "prácticamente sin solución de continuidad, encadenando unos contratos con otros" no es, en verdad, compatible con la naturaleza y finalidad del contrato fijo-discontinuo del artículo 16 ET, contrato que se concierta para "realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos". Si los servicios que se prestan no son, de forma sistemática y reiterada en el tiempo, discontinuos, sino que son continuos y sin solución de continuidad, el contrato dejará de ser fijo-discontinuo y pasará a ser fijo continuo, porque esta será su naturaleza real y verdadera. El contrato fijo- discontinuo se reconoce para atender necesidades empresariales y trabajos que son, por su propia naturaleza, discontinuos (periodos en los que se trabaja seguidos de periodos en los que no se trabaja), pero no es el contrato adecuado para los casos en los que el trabajo es continuo, toda vez que siempre se trabaja y no hay periodos en que no se trabaja. En estos últimos supuestos, el contrato adecuado es el fijo continuo u ordinario y no el fijo-discontinuo, por la sencilla razón de que no hay periodo alguno de discontinuidad.

En suma, es inherente al contrato fijo-discontinuo que haya cierta discontinuidad en el trabajo, esto es, intervalos temporales en los que no se presten servicios porque no haya trabajo que atender. Si el trabajo y las necesidades empresariales son prolongada y sistemáticamente ininterrumpidos y permanentes y dejan de ser intermitentes, el contrato muda su naturaleza ("ello repercute en la naturaleza jurídica de la relación", STS 10 de octubre de 2013, rcud 3048/2012) de fijo-discontinuo a fijo continuo u ordinario, pues no hay discontinuidad, sino que hay continuidad. Como esta Sala ha recordado que ya ha dicho en las citadas SSTS 15 de julio de 2010 y 10 de octubre de 2013, "la regulación legal excluye la sistemática y prolongada falta de solución de continuidad entre (las campañas), en términos tales que nos encontremos en presencia de una actividad permanente [que no intermitente, como la discontinuidad requiere por definición]."

STS 17-11-2020. Ir al texto

Roj: STS 3926/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3926
No de Recurso: 40/2019
No de Resolución: 1007/2020
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Contrato fijo discontinuo: la relación laboral de la trabajadora con la empresa demandada, en la que se han ido sucediendo diversos contratos temporales en fraude de ley, debe considerarse de carácter fijo discontinuo; y la fecha que hay que tener en

cuenta para determinar la antigüedad de la trabajadora en la empresa es desde el primer contrato

CONVENIOS COLECTIVOS

STS 28-10-2020. Ir al texto

Roj: STS 3822/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3822
No de Recurso: 3453/2018
No de Resolución: 949/2020
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: se ha de aplicar al trabajador recurrente el convenio colectivo del Concello de Viveiro (Lugo), aunque la categoría del trabajador no esté incluida en dicho convenio colectivo.
El trabajador recurrente en el actual recurso de casación unificadora presta servicios por cuenta y orden del Concello de Viveiro desde el 19 de junio de 2007 (hecho probado primero). No es dudoso, en consecuencia, que está incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo del personal laboral al servicio de dicho Concello, sin que, desde luego, la naturaleza de su relación de empleo (indefinido no fijo) sea incompatible con la aplicación de dicho convenio colectivo.

Y debemos recordar, asimismo, nuestra reiterada doctrina de que habrá que estar a lo establecido en el contrato de trabajo solo cuando el ayuntamiento carezca de convenio colectivo propio, - el convenio colectivo propio por parte de los Ayuntamientos es "la herramienta jurídica más adecuada" (STS 638/2020, 9 de julio de 2020, rcud 846/2019), lo que en el presente recurso no es precisamente el caso, pues el Ayuntamiento tiene convenio colectivo propio

DESEMPLEO

STS 11-11-2020. Ir al texto

Roj: STS 3914/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3914
No de Recurso: 3247/2018
No de Resolución: 996/2020
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Desempleo: no puede reconocerse la prestación por desempleo solicitada ante la inexistencia de situación legal de desempleo al no haber prestación efectiva de trabajo del demandante durante el periodo de suspensión de los contratos de trabajo vía ERTE acordado (15 de agosto de 2016 a 31 de diciembre de 2016). El demandante es beneficiario de una pensión de jubilación parcial desde el año 2012, con una jornada reducida del 15% concentrada durante el inicio del periodo de jubilación parcial, si bien con el salario prorrateado mensualmente durante todo el periodo de duración de la

jubilación parcial. Aunque durante el periodo del ERTE el empresario haya dejado de abonar al demandante su salario mensual prorrateado (salvo pagas extras prorrateadas), eso no implica la existencia de situación legal de desempleo ante la inexistencia durante dicho periodo del ERTE de prestación efectiva de trabajo objeto de suspensión. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la eventual reclamación salarial por parte del trabajador al empresario.

DESPIDO OBJETIVO

STS 3-11-2020. Ir al texto

Roj: STS 3837/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3837
No de Recurso: 1521/2018
No de Resolución: 955/2020
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Despido objetivo: Causas organizativas o productivas. Pérdida de la contrata. La rescisión de una contrata puede tener virtualidad como causa productiva u organizativa del art. 52 c) ET y ello porque, como indicábamos en la STS/4a de 3 mayo 2016 -rcud. 3040/2014-, la pérdida o disminución de encargos de actividad "significa una reducción del volumen de producción contratada" y "afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores".

También hemos matizado que es cierto que la mera pérdida de la contrata puede no resultar suficiente para concluir que siempre y en todo caso concurre causa justificativa para la extinción del contrato de trabajo. De ahí que, en relación con las causas organizativas o de producción, negáramos el efecto extintivo en el supuesto enjuiciado en la STS/4a/Pleno de 29 noviembre 2010 -rcud. 3876/2009-, porque se daba la circunstancia de que la necesidad de amortizar el puesto de trabajo, que se presume ínsita en la decisión extintiva, se veía allí desvirtuada por el dato de que la empresa había cubierto a la vez otros puestos vacantes o de nueva creación, lo que excluía la razonabilidad de la medida. No negábamos pues que la doctrina de la Sala se mantenía incólume y así lo hemos ratificado con posterioridad (STS/4a de 8 julio 2011 -rcud. 3159/2010-, 26 abril 2013 -rcud. 2396/2012-, y 30 junio 2015 -rcud. 2769/2014-).

En suma, no concurriendo circunstancias de análoga índole, ni constando siquiera que hubiera vacantes adecuadas, hemos reiterado que la pérdida de uno de los clientes supone un descenso o alteración de las necesidades de la empresa, al que cabe hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende (STS/4a de 12 diciembre 2008 -rcud. 4555/2007-, 16 septiembre 2009 -rcud. 2027/2008-, 26 abril 2013 -rcud. 2396/2012-, y 30 junio 2015 -rcud. 2769/2014).

4. Por último, también nos hemos pronunciado sobre la cuestión de la exigencia de que la empresa hubiere de recolocar necesariamente a los trabajadores afectados, siendo igualmente constante la tesis jurisprudencial que niega tal obligación por no desprenderse la misma de lo dispuesto en el art. 52 c) ET. Por ello, el que en la empresa pudieran existir otros puestos análogos no desdice el hecho de que la situación con

afectación en la actividad empresarial viene ocasionada por causa ajena a su voluntad, teniendo, por tanto, una naturaleza objetiva a la que la ley reconoce como justificación para la extinción contractual. Así lo expresamos en la sentencia que se ofrece como referencial, en la que se recogen numerosos antecedentes de esta Sala.

EXCEDENCIA VOLUNTARIA

STS 11-11-2020. Ir al texto

Roj: STS 3968/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3968
No de Recurso: 2405/2018
No de Resolución: 989/2020
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen: Excedencia voluntaria: formulada una primera petición de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria, que es denegada, no es preciso reiterar la petición de reingreso, sino que es suficiente con esta primera petición.

La excedente voluntaria, que solicita el reingreso en la empresa, tras finalizar el periodo de excedencia, tiene derecho a su reincorporación cuando con posterioridad a su petición la empresa ha procedido a transformar en fijos de actividad a tiempo completo a un determinado número de TCP temporales
Reitera doctrina: STSS 12 de febrero de 2015, recurso 322/2014

HUELGA

STS 2-12-2020. Ir al texto

Roj: STS 4088/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:4088
No de Recurso: 97/2019
No de Resolución: : 1078/2020
Ponente: RICARDO BODAS MARTIN

Resumen: vulneración del derecho a la libertad sindical y de huelga por parte del Comité de Huelga, porque la empresa excluyó unilateralmente a los trabajadores, que se habían inscrito en un evento, denominado "Día de la persona emprendedora", cuando se anunció que se realizaría huelga en la fecha de su celebración con una concentración en el lugar del evento. El comité de huelga acreditó indicios de vulneración del derecho de huelga, sin que la empresa aportara una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Se estima parcialmente el recurso del comité en lo que afecta a la vulneración del derecho y a la indemnización reclamada y se mantiene la absolución de la Consejería codemandada.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

STS 3-11-2020. Ir al texto

Roj: STS 3826/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3826
No de Recurso: 2680/2018
No de Resolución: 956/2020
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Indemnización de daños y perjuicios: no se ha producido prescripción del derecho a la indemnización de daños y perjuicios por la declaración de incapacidad absoluta (IPA), en revisión por agravación de la incapacidad permanente total (IPT), que le fue reconocida al demandante en 1993, ambas como consecuencia del accidente laboral sufrido en 1989.

La sentencia de esta Sala, STS 21 de julio de 2020, rcud 3636/2017, viene a recoger nuestra doctrina en la materia, debiendo resultarse de la misma las siguientes consideraciones, necesarias para resolver el debate que se ha traído al recurso:

a.- La naturaleza y la finalidad del instituto de la prescripción, recordando que supone un abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, con base en el principio de seguridad jurídica.
b.- El plazo de un año para ejercitar las acciones de indemnización de daños y perjuicios derivados de contingencias profesionales, según el art. 59.2 del ET.
c.- El día inicial del plazo es aquel en el que pudieron ejercitarse las acciones, entendiendo que no puede iniciarse éste hasta que "el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico".
d.- Cuando confluye una situación de incapacidad permanente e, incluso, se ha seguido un proceso judicial, se ha dicho también que "tal conocimiento -pleno y cabal-solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP, que es "cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto, debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios".

Habrá de estarse a la firmeza de la resolución administrativa, en aquellos casos en los que la controversia jurídica no se llegue a judicializar porque se resuelve en la fase administrativa del procedimiento, al aquietarse el interesado a dicha resolución sin formular reclamación previa frente a la misma. En este supuesto, el momento inicial para el cómputo de la prescripción no puede ser otro que el de la preclusión del plazo de 30días del que disponen las partes para formular la reclamación previa, porque hasta su agotamiento no adquiere definitivamente estado y deviene firme lo resuelto en la misma".

GRAN INVALIDEZ

STS 18-11-2020 Ir al texto

Roj: STS 3997/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3997
No de Recurso: 2241/2018 No de Resolución: 1010/2020
Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: Gran invalidez: para el cálculo de la base reguladora de la pensión de gran invalidez, reconocida a la parte actora, que se encontraba en situación de jubilación anticipada por discapacidad, no debe aplicarse la doctrina del paréntesis, computando las bases de cotización anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar, sino que, por el contrario, deben aplicarse las bases mínimas.

Reitera doctrina: STS 15/03/2010, rcud. 2149/2009: en ella se había descartado la aplicación general de la doctrina del paréntesis, cuyo uso se ha admitido para supuestos muy específicos, y su función -en lo que se refiere a la determinación de la BR- no es la de solucionar los problemas planteados por la existencia de lagunas de cotización que pueden producirse en la carrera de seguro de un trabajador por razones ajenas a su voluntad, dado que ello ya ha sido remediado por el legislador con la regla del art. 140.4 LGSS [integración de los vacíos de cotización por la base mínima], sino que su cometido se limita a los supuestos de IPV e IT prorrogada más allá del plazo en que hay que cotizar [la prórroga de IT del art. 131 bis 2 LGSS], pero no a los restantes casos, porque el mecanismo corrector se articula en el marco de un problema técnico de ordenación de la protección y de interpretación de un término en sí mismo tan equívoco como es el de "hecho causante", sin que pueda "extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de la articulación de la protección, ni se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario", que son atendidas por la regla general del art. 140.4 LGSS , y no por la doctrina del "paréntesis", que de ser utilizada con generalidad quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la BR (SSTS 01/10/02 -rcud 3666/01-, dictada en Sala General ...; 25/10/02 -rcud 1/02- ... 14/06/06 -rcud 4375/04-; 21/09/06 -rcud 2183/05-; y 26/12/07-rcud 4112/06-).

JUBILACIÓN ANTICIPADA

STS 28-10-2020. Ir al texto

Roj: STS 3843/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3843
No de Recurso: 2169/2018
No de Resolución: 944/2020
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Jubilación anticipada: a efectos del percibo de la pensión de jubilación parcial anticipada han de computarse los seis años anteriores al hecho causante en concepto de asimilado a trabajador por cuenta ajena al ejercer como Consejero Administrador sin control efectivo de la sociedad mercantil.

RELACIONES LABORALES ESPECIALES

STS 11-11-2020. Ir al texto

Roj: STS 3834/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:3834
No de Recurso: 2851/2018
No de Resolución: 992/2020
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

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.

VIUDEDAD

STS 3-12-2020. Ir al texto

Roj: STS 4155/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:4155
No de Recurso: 1518/2018 No de Resolución: 1080/2020
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Viudedad: fecha de efectos que procede atribuir al reconocimiento en vía administrativa de una pensión de viudedad, cuando previamente ya había sido denegada, y su concesión se debe a un cambio de criterio motivado por la interpretación de la norma aplicable por la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo.

Solicitada una prestación de la Seguridad Social que es inicialmente denegada sin impugnación del beneficiario, luego reiteradas las peticiones y desestimaciones, expresas o presuntas, cuando finalmente se reconoce el derecho del beneficiario en los términos inicialmente solicitados con base en los mismos datos fácticos de los que disponía la Entidad Gestora y con fundamento en idéntica normativa jurídica que la regía en el momento de la inicial solicitud, ha de otorgarse eficacia retroactiva a los actos dictados en sustitución de los revisados o anulados siempre que la retroactividad, como ahora acontece, no lesiona derechos o intereses legítimos de otras personas.

JURISPRUDENCIA

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. REC. 1391/2020

Accede a la Sentencia

DIFERENCIAS RETRIBUTIVAS. CONTRATO DE INVESTIGADORA PREDOCTORAL EN FORMACIÓN. ESTATUTO DEL PERSONAL INVESTIGADOR PREDOCTORAL EN FORMACIÓN. ESPECÍFICO SISTEMA DE FUENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL.

La Sala estima la reclamación de diferencias retributivas realizada por la actora, investigadora predoctoral en formación con la Universidad desde enero de 2015 a febrero de 2020 en virtud de contrato temporal, con fundamento en el art. 7.2, del Real Decreto 103/2019, que aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación, que entró en vigor el 16-3-2019. Se concluye que se ha efectuado un adecuado desarrollo reglamentario de la Ley 14/2011, de Ciencia y Tecnología. Coincide con el TSCA (Sentencia de 15-6-2020, rec. 197/2019) en la irretroactividad del RD, sin que ello implique que no pueda exigirse lo establecido en él a la relación laboral en cuestión desde el momento de su entrada en vigor, atendiendo al principio de inaplicación de condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales.

JURISPRUDENCIA
Juzgados de lo Social

Sentencia del juzgado de lo social nº 3 de Sabadell

Accede a la Sentencia

La Magistrada del Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell califica como despido improcedente el cese de un trabajador de la Corporació Sanitaria Parc Taulí de Sabadell que prestaba servicios en virtud de contrato de interinidad por vacante al considerar que dicho trabajador tenía la condición de indefinida por aplicación de lo dispuesto en el artículo 75 CC vigente a la fecha de la suscripción del contrato, por aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11.06.2020 (rec. 5173/2019) en la que se analiza la doctrina del TS, la doctrina del TJUE en Sentencia de 19.03.20202, y por ser la consecuencia prevista en el artículo 71 CC actualmente vigente y estar previsto en el artículo 8.2 c) EBEP.

Sentencia del juzgado de lo social nº 42 de Madrid

Accede a la sentencia

En esta Sentencia se estima parcialmente la reclamación de cantidad en concepto de horas extraordinarias por parte de un trabajador –conductor de VTC al que se fijan turnos de trabajo de 12 horas por la empresa empleadora, que presta servicios para la plataforma Uber. Partiendo de la regulación de la materia en el Convenio Colectivo de alquiler de vehículos con y sin conductor, interpretada a la luz de lo dispuesto en los artículos 8 y 10 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, se distingue dentro de la jornada diaria entre tiempo de espera y tiempo efectivo de trabajo, considerando como tal el periodo durante el que el trabajador se encuentra conectado a la aplicación Uber, pues durante él no puede disponer de su tiempo -debiendo permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a atender el servicio que se le asigne-, siendo tiempo de presencia aquél periodo durante el que el trabajador estando dentro de su jornada de trabajo (que se inicia al coger el vehículo en el centro de trabajo y finaliza cuando lo devuelve) no está conectado a la aplicación y tampoco está realizando pausas o descansos.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

STJUE 1-12-2020. Ir al texto

«Procedimiento prejudicial — Directiva 96/71/CE — Artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartado 1 — Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios — Conductores que se dedican al transporte internacional por carretera — Ámbito de aplicación — Concepto de "trabajador desplazado" — Transportes de cabotaje — Artículo 3, apartados 1, 3 y 8 — Artículo 56 TFUE — Libre prestación de servicios — Convenios colectivos declarados de aplicación general»

En el asunto C-815/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos), mediante resolución de 14 de diciembre de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de diciembre de 2018, en el procedimiento entre Federatie Nederlandse Vakbeweging y Van den Bosch Transporten BV, Van den Bosch Transporte GmbH, Silo-Tank Kft., el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) La Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a las prestaciones de servicios transnacionales en el sector del transporte por carretera.

2) Los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartado 1, de la Directiva 96/71 deben interpretarse en el sentido de que un trabajador que ejerce la actividad de conductor en

el sector del transporte internacional por carretera en el marco de un contrato de fletamento entre la empresa que lo emplea, establecida en un Estado miembro, y una empresa radicada en un Estado miembro distinto de aquel en el que el interesado trabaja habitualmente es un trabajador desplazado al territorio de un Estado miembro con arreglo a las citadas disposiciones cuando la ejecución de su trabajo presenta, durante el período limitado en cuestión, un vínculo suficiente con ese territorio. La existencia de un vínculo de este tipo se determina en el marco de una apreciación global de elementos tales como la naturaleza de las actividades realizadas en el territorio en cuestión por el trabajador de que se trate y la intensidad del vínculo de las actividades de ese trabajador con el territorio de cada uno de los Estados miembros en los que opera, así como la parte que las mencionadas actividades en esos territorios representan en el servicio de transporte total.

El hecho de que un conductor que se dedica al transporte internacional, suministrado por una empresa establecida en un Estado miembro a una empresa establecida en otro Estado miembro, reciba las instrucciones relativas a los servicios que se le encomienden y comience o termine los correspondientes recorridos en la sede de esa segunda empresa no basta para considerar que el conductor de que se trata ha sido desplazado al territorio de ese otro Estado miembro, en el sentido de la Directiva 96/71, si la ejecución del trabajo de dicho conductor no presenta un vínculo suficiente con el mencionado territorio.

3) Los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartado 1, de la Directiva 96/71 deben interpretarse en el sentido de que la existencia de una relación de grupo entre las empresas parte del contrato de suministro de trabajadores no es pertinente en sí misma para determinar que existe un desplazamiento de trabajadores.

4) Los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartado 1, de la Directiva 96/71 deben interpretarse en el sentido de que un trabajador que ejerce una actividad de conductor en el sector del transporte por carretera y que, en el marco de un contrato de fletamento entre la empresa que lo emplea, establecida en un Estado miembro, y una empresa radicada en otro Estado miembro, realiza transportes de cabotaje en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio trabaje habitualmente ha de ser considerado, en principio, desplazado al territorio del Estado miembro en el que se realizan tales transportes. La duración del transporte de cabotaje es un dato irrelevante para determinar si existe tal desplazamiento, sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 3, apartado 3, de la citada Directiva.

5) El artículo 3, apartados 1 y 8, de la Directiva 96/71 debe interpretarse en el sentido de que la cuestión de si un convenio colectivo ha sido declarado de aplicación general debe apreciarse remitiéndose al Derecho nacional aplicable. Responde al concepto contemplado en las citadas disposiciones un convenio colectivo que no ha sido declarado de aplicación general, pero cuya observancia constituye, para las empresas incluidas en el mismo, una condición para eximirse de la aplicación de otro convenio colectivo que sí ha sido declarado de aplicación general, y cuyas disposiciones son sustancialmente idénticas a las de ese otro convenio colectivo.

STJUE 8-12-2020. Ir al texto

«Recurso de anulación — Directiva (UE) 2018/957 — Libre prestación de servicios — Desplazamiento de trabajadores — Condiciones de trabajo y empleo — Retribución — Duración del desplazamiento — Determinación de la base jurídica — Artículos 53 TFUE y 62 TFUE — Modificación de una directiva existente — Artículo 9 TFUE — Desviación de poder — Principio de no discriminación — Necesidad — Principio de proporcionalidad — Alcance del principio de libre prestación de servicios — Transporte por carretera — Artículo 58 TFUE — Reglamento (CE) n.º 593/2008 — Ámbito de aplicación — Principios de seguridad jurídica y de claridad normativa»

En el asunto C-620/18, que tiene por objeto un recurso de anulación interpuesto, con arreglo al artículo 263 TFUE, el 2 de octubre de 2018,
Hungría, representada por los Sres. M. Z. Fehér y G. Tornyai, y por la Sra. M. M. Tátrai, en calidad de agentes, parte demandante, contra Parlamento Europeo, representado por la Sra. M. Martínez Iglesias y los Sres. L. Visaggio y A. Tamás, en calidad de agentes, y otros.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1) Desestimar el recurso.
2) Condenar a Hungría a cargar con sus propias costas y con las del Parlamento Europeo y las del Consejo de la Unión Europea.
3) La República Federal de Alemania, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos, el Reino de Suecia y la Comisión Europea cargarán con sus propias costas.
4) Firmas

STJUE 8-12-2020. Ir al texto

«Recurso de anulación — Directiva (UE) 2018/957 — Libre prestación de servicios — Desplazamiento de trabajadores — Condiciones de trabajo y empleo — Retribución — Duración del desplazamiento — Determinación de la base jurídica — Artículos 53 TFUE y 62 TFUE — Modificación de una directiva existente — Artículo 9 TFUE — Principio de no discriminación — Necesidad — Principio de proporcionalidad — Reglamento (CE) n.º 593/2008 — Ámbito de aplicación — Transporte por carretera — Artículo 58 TFUE»

En el asunto C-626/18, que tiene por objeto un recurso de anulación interpuesto, con arreglo al artículo 263 TFUE, el 3 de octubre de 2018,
República de Polonia, representada por el Sr. B. Majczyna y la Sra. D. Lutostańska, en calidad de agentes, parte demandante, contra Parlamento Europeo, y otros.
El Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1) Desestimar el recurso.
2) Condenar a la República de Polonia a cargar con sus propias costas y con las del Parlamento Europeo y las del Consejo de la Unión Europea.
3) La República Federal de Alemania, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos, el Reino de Suecia y la Comisión Europea cargarán con sus propias costas.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

DERECHO A UN PROCESO JUSTO

STEDH 15-12-2020. Ir al texto

Resumen: Proceso justo: vulneración existente. Despido

Art 6 § 1 (civil) • Juicio imparcial • Art 8 • Vida privada • Revisión judicial inadecuada del despido de un empleado en un instituto público, en virtud de un decreto legislativo de emergencia, por sus presuntos vínculos con una organización terrorista considerada instigadora del intento de golpe de Estado del 15 de julio de 2016 • Despido autorizado mediante procedimiento simplificado no contencioso, sin garantías procesales ni resumen individualizado del razonamiento • Estigmatización y grave impacto en la reputación profesional y social del solicitante • Ausencia de una investigación exhaustiva y seria por parte del tribunales

Art 15 • Incumplimiento de los requisitos de un proceso justo, injustificado por la derogación en tiempo de emergencia • Procedimiento de destitución simplificado que podría justificarse a la luz de las circunstancias muy especiales de la emergencia • Decreto legislativo de emergencia que no descartar explícitamente la revisión judicial de las medidas adoptadas para su implementación.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA

STEDH 1-12-2020. Ir al texto

Resumen: Derecho a la vida privada: vulneración existente. Tutela indebida, insuficiente, inefectiva en lo que atañe a la adopción de medidas para evitar el ruido y otras molestias procedentes de una comisaría de policía situada bajo el domicilio del demandante.

El caso se reviere a la queja del demandante con respecto al ruido y otras molestias de una estación de policía ubicada debajo de su piso. Entre febrero de 1995 y mayo de 2008, el Sr. Dmitriyev vivió con su familia en un edificio de apartamentos en Kostomuksha. El sótano del

edificio estaba ocupado por la comisaría local y por celdas de detención temporal. En 1996 se quejó a las autoridades locales por el ruido y los rechazos de la policía.

El jefe de la policía local respondió que, aunque la comisaría se encontraba en un edificio que no fue diseñado para tal fin, su reubicación no fue posible. El solicitante y sus vecinos presentaron una demanda colectiva en 2000, a la que las autoridades nunca respondieron.

En consecuencia, el demandante presentó una demanda ante los tribunales contra las autoridades, exigiendo a la policía reubicación de la estación. En sentencia de septiembre de 2000, el tribunal interno reconoció una violación de su derecho al "descanso pacífico" y ordenó a las autoridades encontrar una solución en el plazo de un año. Sin embargo, desestimó la reclamación del demandante por daños morales.

Posteriormente, el demandante se quejó de la falta de ejecución de esa sentencia, pero sus demandas fueron desestimadas por los tribunales nacionales, la última vez en febrero de 2006.

También en 2006, la agencia regional de protección al consumidor inspeccionó el edificio y concluyó que las autoridades no habían cumplido con las normas y reglamentos sanitarios . Además, se podían escuchar golpes provenientes del sótano y los motores de los vehículos policiales que se quedaban funcionando.

El demandante decidió vender su piso y se mudó a principios de mayo de 2008. Mientras tanto, en 2007 se había aprobado el proyecto y el presupuesto para la construcción de una nueva comisaría. Sin embargo, no se ha presentado otra información al Tribunal Europeo sobre el progreso del proyecto o la reubicación de la comisaría.

El demandante alegó en particular que el ruido y otras molestias de la comisaría durante más de 13 años había interferido con su derecho al respeto de la vida privada y del hogar, en violación del Artículo 8 de la Convención.

STEDH 17-12-2020. Ir al texto

Art 8 • Respeto a la vida privada • Despido injustificado de un profesor de origen étnico serbio por no utilizar el croata estándar en clase, considerado incapaz de adaptarse debido a la edad previa a la jubilación • Art 8 aplicable como motivos de despido estrechamente relacionados con el origen étnico y la edad • Conocimiento del contexto específico de la posguerra de la región de Eslavonia Oriental en el momento material • El idioma de instrucción esperado en las escuelas no está claramente definido y la inspección de los maestros se realiza solo contra los de origen étnico serbio • No se contemplan alternativas al despido a pesar de las disposiciones nacionales ley • No proporcionar razones relevantes y suficientes por las que no se puede esperar que el solicitante mejore sus habilidades en el idioma croata, incluso mediante capacitación adicional-

LIBERTAD DE EXPRESION

STEDH 8-12-2020. Ir al texto

Art 10 • Libertad de expresión • Ponderación justa al imponer una sanción del código de conducta al juez por publicar acusaciones sin fundamento que cuestionan la integridad moral y profesional de un juez colega • Interpretación razonable y previsible de la disposición del Código para un profesional con amplia experiencia sobre el terreno • Se espera que el solicitante, como juez, muestre moderación en el ejercicio de la libertad de expresión cuando es probable que se cuestione la autoridad y la imparcialidad del poder judicial • La decisión se incluirá permanentemente en el expediente profesional del solicitante y se tendrá en cuenta al evaluar las solicitudes de promoción, pero sin impedir la participación en concursos de promoción • Sanción proporcional a las circunstancias.

PRESUNCION DE INOCENCIA

STEDH 10-12-2020. Ir al texto

Art 6 § 2 • Presunción de inocencia • El tribunal civil determina que el solicitante conducía bajo los efectos del alcohol después de haber sido absuelto por los tribunales penales. El resultado del proceso penal no es decisivo para un caso civil en el derecho interno • El lenguaje utilizado no debe interpretarse razonablemente como una afirmación que imputa responsabilidad penal, cuando se lee en el contexto de la sentencia en su conjunto Aplicación de diferentes estándares de prueba en el proceso penal y civil.

PRONTUARIO ANUAL 2020

Accede al prontuario

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

OIT NEWS

Madres trabajadoras expulsadas de la fuerza laboral por COVID-19. **Ir a texto**

Los salarios bajan a consecuencia de la COVID-19, concluye un nuevo informe de la OIT. **Ir a texto**

Las personas con discapacidad han de constituir una prioridad en las medidas de respuesta frente a la COVID-19
Los aspectos de discapacidad deben tenerse en cuenta en los planes de recuperación frente a la pandemia, al parecer de la Red Mundial de Empresas y Discapacidad de la OIT. **Ir a texto**

Cómo afecta la discapacidad a los resultados del mercado laboral
3 de diciembre de 2020
Las personas con discapacidad constituyen el 15% de la población mundial, según el Informe Mundial sobre la Discapacidad publicado por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial en 2011. Sin embargo, están lejos de estar adecuadamente representadas en los mercados laborales de todo el mundo. **Ir al texto**

Día Internacional de los Voluntarios.
El interés por el voluntariado alcanzó nuevas cotas en marzo y abril de 2020. **Ir al texto**
Cocos, determinación y un contexto evolutivo. **Ir a texto**

El Consejo de Administración de la OIT pide que se adopten medidas urgentes para hacer frente el impacto de la COVID-19 sobre la gente de mar. **Ir a texto**

COVID-19 está haciendo subir los precios de los alimentos en todo el mundo. **Ir a texto**

Crisis causada por la COVID-19, un toque de atención sobre la protección social de los trabajadores
Intercambio de experiencias entre Organizaciones de Trabajadores y debate sobre estrategias de promoción sindical para fortalecer los sistemas de protección social. **Ir al texto**

Pérdida de 81 de empleos a raíz de los efectos adversos de la COVID-19 en Asia y el Pacífico. **Ir al texto**

La brecha salarial de los migrantes se amplía en muchos países de altos ingresos
La remuneración de los migrantes es casi un 13% menor que la que perciben los ciudadanos de los países de acogida, según se desprende de un estudio de la OIT. En determinados países, esa diferencia alcanza el 42%. **Ir al texto**

COVID-19 y el mundo del trabajo. **Ir al texto**

¿Quiénes son las mujeres en movimiento? Un retrato de las trabajadoras migrantes. **Ir a texto**

2020: mirando atrás, siguiendo adelante. **Ir al texto**

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Yolanda Díaz expone en Bruselas los planes de modernización del mercado de trabajo para combatir la precariedad. Ir al texto

Yolanda Díaz traslada a la Mesa de Diálogo Social balear las medidas en defensa del empleo y avanza el inicio de la próxima negociación para la prórroga de los ERTE. Ir al texto

CALENDARIO ESTADÍSTICO

IPC (Indicador Adelantado). Ir a texto

IPCA (Indicador Adelantado). Ir a texto

Encuesta de gasto de los hogares en educación. Ir a texto

Estadística sobre ejecuciones hipotecarias. Ir a texto

Encuesta de gasto turístico. Egatur. Octubre 2020. Ir al texto

Movimientos turísticos en fronteras. Frontur. Octubre 2020. Ir al texto

Índices de Producción Industrial (IPI). Base 2015. Ir al texto
Septiembre 2020. Datos provisionales
La variación mensual del Índice de Producción Industrial es del 0,8% si se eliminan los efectos estacionales y de calendario
La tasa anual del Índice de Producción Industrial se sitúa en el −3,4% en la serie corregida de efectos estacionales y de calendario, y en el −0,6% en la serie original
Principales resultados

- En el mes de septiembre la producción industrial registra un incremento mensual del 0,8%. El mayor dinamismo respecto al mes anterior se observa en la industria de *Bienes de equipo* (1,9%) y en la de *Bienes de consumo no duradero* (1,6%).
- La Energía (−0,4%) y los *Bienes de consumo duradero* (−1,7%) presentan descensos respecto a agosto.
- En términos interanuales, la industria registra un descenso de su producción del 3,4%. La *Industria del cuero y del calzado* (−27,0%) y las *Coquerías y Refino de petróleo* (−17,2%) registran las mayores bajadas.

- Por su parte, la *Fabricación de productos informáticos, electrónicos y ópticos* (11,2) y la *Fabricación de productos farmacéuticos* (9,7%) son las industrias que más incrementan su producción respecto a septiembre de 2019.
- La producción industrial disminuye en nueve comunidades autónomas y aumenta en ocho respecto a septiembre de 2019. Los mayores descensos se registran en Illes Balears (−21,1%) y Principado de Asturias (−12,7%). Y las mayores subidas en Aragón (8,1%) y Galicia (7,2%).

Índice de precios de vivienda. **Ir a texto**

Índice de coste laboral armonizado. **Ir a texto**

Índice de precios de servicios. IPS. Tercer trimestre 2020. **Ir al texto**

El empleo de las personas con discapacidad. Año 2018. **Ir al texto**

Cuentas medioambientales. Flujos de materiales. Año 2017 y avance 2018. **Ir al texto**

Cifras de Población (CP) a 1 de enero de 2020 Estadística de Migraciones (EM). Año 2019 Datos provisionales. **Ir al texto**

La población de España aumentó en 392.921 personas durante 2019 y se situó en 47.329.981 habitantes a 1 de enero de 2020
El saldo migratorio positivo de 451.391 personas compensó el saldo vegetativo negativo de 57.146 personas
Illes Balears (1,90%), Comunidad de Madrid (1,59%) y Canarias (1,38%) experimentaron los mayores crecimientos de población

Cifras de Población (CP) a 1 de enero de 2020 Estadística de Migraciones (EM). Año 2019 Datos provisionales. **Ir al texto**

La población de España aumentó en 392.921 personas durante 2019 y se situó en 47.329.981 habitantes a 1 de enero de 2020
El saldo migratorio positivo de 451.391 personas compensó el saldo vegetativo negativo de 57.146 personas
Illes Balears (1,90%), Comunidad de Madrid (1,59%) y Canarias (1,38%) experimentaron los mayores crecimientos de población
Índices de cifras de negocios en la industria. **Ir a texto**

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

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

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

Encuesta de turismo de residentes. **Ir al texto**

Cuentas anuales no financieras de los sectores institucionales. Otros resultados detallados de las AAPP. Serie 1995-2019. **Ir al texto**

El rincón de la contracultura

Cine

Este mes: La Chinoise (99 min.) Dir. y Guion Jean Luc Godard. 1967. Disponible en Filmin (Trailer).

J.L. Godard, miembro de la conocida como “nouvelle vague” francesa, firma esta obra en 1967, en puertas de la explosión de mayo, conformando un producto que admite un buen número de lecturas, tanto en el momento en que fuera exhibida por vez primera como aun hoy, cuando ya sabemos el desenlace del cuento (chino). Muchos la tomaron como una sátira a la deriva violenta de los movimientos M-L en Europa occidental; otros la entendieron como una crítica al estancamiento de los PC’s occidentales, paulatinamente asimilados por las democracias burguesas tras el XX Congreso de Moscú, con la aquiescencia de la propia URSS.

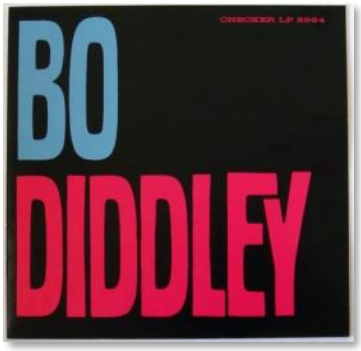
Cuatro jóvenes de la burguesía francesa aprovechan la ausencia de sus padres para organizar una célula maoísta desde la comodidad de su piso parisino. Una buena parte del filme se dedica a describir la conformación de los fundamentos ideológicos y teóricos del grupúsculo, tomando como pie el reproche histórico a la infertilidad de un eurocomunismo ya “presentido” en el PCF (al que quizá se apunta el propio Godard, dando protagonismo a voces críticas dentro del Partido, como la del poeta Louis Aragon). Lo anterior, combinado con la feroz impugnación del *revisionismo* soviético, derivará progresivamente hacia el debate sobre el salto al aventurerismo terrorista, con el que se cierra la película.

Imposible no detectar en *Veronique* (Anne Wiamzesky) el arquetipo acuñado por Dostoievsky en *Los Demonios* (1871), *Nicolai V. Stavrogin*, encerrado en una pulsión psicopática, latente tras una cultivada y eficaz apariencia de héroe emancipador. En definitiva, un vulgar asesino que no renuncia a la honorabilidad y al reconocimiento de la sociedad, cuya trasformación pretende con el único fin de conseguir la aceptación de su irrefrenable impulso destructivo.

El lenguaje cinematográfico -que alterna los diálogos y debates con viñetas de cómic y carteles con *versículos* del Libro Rojo- integra en la narración el propio proceso creativo (el subtítulo de la película la define como un filme en proceso de creación), dando incluso protagonismo a las cámaras y a la claqueta. Esta trasparencia traslada al contexto artístico, a través de un nuevo lenguaje, el *elan* trasformador que yace en el discurso de los personajes, insistiendo en la idea de que la mutación en el arte es una metáfora de la propia trasformación de la sociedad.

EL CONTRAPUNTO. *"La chispa y la pradera"*. Aunque el maoísmo en España latía en partidos que tempranamente fueron incorporándose al juego democrático (ORT, PTE, MCE), también alcanzó manifestaciones terroristas, abanderadas por el PCE (r) y, más propiamente, por el FRAP (los "reconstituidos" no pasaron de ser maoístas accidentales, tal y como lo demuestra la *autocrítica* del camarada Arenas en *"Tesis sobre la crisis del comunismo"*). El ex FRAP José Catalán Deus se ha propuesto describir el proceso de formación y caída del aventurerismo maoísta en una obra literaria mastodóntica, que divide en tres partes: *"La chispa y la pradera"*, esencialmente dedicada al FRAP, *"Una transición de nunca acabar"* que cubre el primer cuarto de siglo tras la muerte de Franco, y *"Tejer y destejer"*, con la que se alcanza a nuestros días. *Filmin* mantiene en su catálogo el documental *"La chispa y la pradera"* del mismo autor, valiosa contribución basada en entrevistas con destacados dirigentes de la banda terrorista. Impagable el momento en que los participantes muestran su disgusto por el reconocimiento por parte de la RP China del régimen de Franco en 1973, lo que les hace virar hacia Tirana, donde el *último estalinista* (Enver Hoxha) les pondrá en 1974 un piso y hasta una emisora. Allí es donde el propio Catalán Deus se cura del todo, abandonando el FRAP en 1976.

Blues/Rock/Soul. Los tres colores básicos…



Este mes: Bo Didley. *"Bo Didley*" (Checker, 1962. *Rock and Roll*).

Arquitecto del rock and roll y, por ello, diseñador de las estructuras que desarrollaron en paralelo sus dos grandes exponentes -Chuck Berry y el chico blanco de Tupelo-, Bo Didley fue apadrinado por los dos grandes del Delta blues (JL Hooker y Muddy Waters), recibiendo el primer impulso desde *Chess records* a través de una de sus filiales (1955). Acabará siendo, sin lugar a la duda, el eslabón que unirá el mundo de blues con el del nuevo sonido de mediados de los 50, algo

que conseguirá tras modificar radicalmente el rol atribuido hasta ese momento a la guitarra.

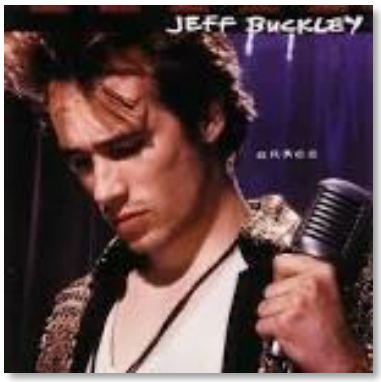
Si el clásico bluesman alternaba su verso a modo de diálogo con un chillido de su instrumento, Bo comenzó a desarrollar un estilo guitarrístico en el que lo único importante era dar mero soporte rítmico al solista vocal. La fórmula impulsó su música hacia los salones de baile.

Es cierto que el virtuosismo guitarrístico se ha asociado con los solos, pero lo anterior no nos debe hacer despreciar a quienes supieron innovar con su mano derecha, en no pocas veces tras hacer virtud de sus propias limitaciones (Johnny Ramone). Ahí está ese patentado "Bo Didley beat" para corroborarlo.

Hemos querido destacar este LP de 1962 por descubrirse en él argumentos sonoros innovadores en aquel momento, precursores incluso de la psicodelia (notables en *Didling* y *Sad Sack*), que el intérprete asociaba a la influencia recibida del sonido espiritual negro. Bo murió en 2008 a los 80, habiendo firmado un último disco en 2002, acompañando a una intérprete orientada al público infantil (*Anna Moo*), y dejándonos para siempre esa rudimentaria guitarra cuadrada (*square body*) a modo icono en memoria de los pioneros del Rock 'n' Roll.

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

Este mes: Jeff Buckley *"Grace"* (Columbia, 1994, Alternativa).



El que podríamos tener como el más brillante de los conocidos como *discos ocultos* se corresponde con la única grabación de Jeff Buckley, fallecido en un accidente en el río tres años después de mezclarla. Le siguieron dos obras póstumas de menor interés, alguna de ellas aparecida ya en 2016, a base de versiones, contando con dos temas del visitante del mes pasado, Johnny Marr.

En *Grace*, el cantautor de Anaheim se acompaña de una formación minimalista, sello de identidad de su estilo, persiguiendo un sonido íntimo, aunque a la vez capaz de deslizarse hacia texturas más complejas en el tema que da título al LP o en *Last Goodbye*, quizá la más comercial del elenco. Sin embargo, ninguno de estos dos cortes, a causa de su mayor densidad, habría sido capaz de elevar el LP al lugar que le ha reservado la crítica.

Justamente, la contribución de Buckley, sostenida en sus enormes posibilidades vocales, radica en la emotividad que tramite a formatos menos elaborados, con sustancial base en el tándem guitarra/voz. De ellos destacaremos la que abre el disco (*Mojo pin*), *So real*, *Dream Bother* o el cover del *Hallelujah* de *Cohen,* claramente superior al original.

Jeff Buckley alcanzará con un único disco el carácter de referencia para intérpretes actuales, desde figuras de vanguardia como Thom Yorke (Radiohead) a exponentes del

pop más barroco (Lady Gaga), logrando incluso el aplauso de viejas instituciones como Dylan o McCartney. Al igual que tantas otras producciones, *Grace* pasó desapercibida en su momento, lo que no le ha impedido alcanzar la condición de ítem imprescindible dentro de cualquier colección de discos.

Jazz/Experimental

Este mes: Ornette Coleman. *"The Shape of Jazz to come"* (Atlantic, 1959; *Free Jazz*).

En el mismo año en el que Miles Davis dejaba establecido en *Kind of Blue* lo que para muchos habría de ser el canon jazzístico, Ornette Coleman colocó su saxofón como referencia para una nueva vanguardia, protagonizando una irrupción comparable a la que supuso la explosión del *Bebop* en los años 40 de la mano de Charlie Parker y Dizzy Gillespie.

Cuando Ornette comenzó a prodigarse en los locales de Los Angeles, alternando la música con su noble profesión de ascensorista en un centro comercial, la ciudad estaba dominada por una cohorte inacabable de continuadores o burdos imitadores de Parker. Los Clubes no admitían otra posibilidad y no fueron pocas la veces que él y su instrumento acabaron saltando del escenario bajo amenaza de padecer graves daños. Esta obsesión por circular al margen de un camino ya allanado le fue rodeando de tipos como él, hasta completar en 1958 el cuarteto que acredita este LP, con Don Cherry (Tp), Charlie Hadden (B) y Billy Higgins (Bt).

Coleman entendió que, si se pretendía evitar el estancamiento estilístico, la evolución del Jazz debía sobrepasar y mucho las estructuras armónicas tradicionales. Justamente, una de sus primeras decisiones consistió en excluir el piano de sus grupos, aun y a pesar de haber contado con intérpretes que habían llegado a comprender su genio. Precisamente, John Lewis, pianista de *Bird* durante una buena época, fue quien hizo de *hada madrina* del ascensorista-saxofonista, presentándole a Ahmet Ertegun. El divino turco ofreció a Ornette la posibilidad de grabar con *Atlantic*, un sello aún menor para el Jazz, lejos de *Blue Note, Columbia o Impulse*, pero suficiente para asegurar una difusión mundial a sus productos. Y ahí está "*The shape of Jazz to come*".

El *Free Jazz* tiene mala fama, correspondiendo una buena parte de ésta a muchos epígonos e imitadores que se tomaron el género como un pretexto para hacer algo distinto a la música, sosteniendo sus creaciones en la atonalidad más absoluta -aunque también es posible que seamos aquí un poco conservadores, y estemos sacando a patadas del Club a un nuevo Ornette.- En todo caso, este *Free jazz* o *New thing*, como se llamó en los 60, partía también de presupuestos ideológicos, en un afán por superar la imagen del negrito agradecido por poder tocar para los blancos (ahí está el icono de Louis Armstrong). El *Free*, opuesto a toda esta tradición, señalaba el camino para la emancipación de una música que debía seguir su propio destino, gustara o no a su auditorio más tradicional, permitiendo a sus intérpretes originarios recuperar todo el protagonismo en su concepción y evolución.

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 13 Derecho a la asistencia médica y social

Toda persona sin recursos suficientes tiene derecho a asistencia social y médica.

13.1 A fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen a garantizar que toda persona que no cuente con los recursos suficientes y no esté en condiciones de obtenerlos por sus propios medios o de recibirlos de otra fuente, en particular por las prestaciones derivadas de un régimen de seguridad social, pueden obtener la asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, la atención que requiera su estado

La Carta Social rompe con la concepción tradicional de la asistencia que se confunde con el deber moral de la caridad: "para [los Estados] ya no se trata de una simple facultad de otorgar asistencia, de la que podrían hacer uso discrecional, sino de una obligación cuyo respeto puede exigirse ante los tribunales [1]".
La Carta trata la seguridad social y la asistencia social en dos artículos separados (artículos 12 y 13) que contienen compromisos diferentes. Por tanto, esta dualidad debe tenerse en cuenta. El texto de la Carta, en sí, no contiene ninguna indicación precisa del alcance de cada uno de los dos conceptos. A la hora de decidir si una prestación

[1] Conclusiones I (1969), Comentario interpretativo sobre el artículo 13

particular se incluye en la asistencia social o en la seguridad social, el criterio principal es el propósito y las condiciones para la concesión de esta prestación.
Por tanto, el Comité considera que la asistencia social cubre aquellas prestaciones cuya necesidad individual constituye el criterio fundamental para su concesión, sin que exista ningún requisito de afiliación a ningún organismo de seguridad social destinado a cubrir un riesgo concreto, ni condición alguna de carencia o pago de cotizaciones. Además, como indica el artículo 13 § 1, la asistencia se da cuando no existen prestaciones de seguridad social que garanticen al interesado los recursos suficientes o los medios para sufragar el costo de la atención que requiere su situación[2].
En consecuencia, el artículo 13 § 1 garantiza el derecho a prestaciones cuya necesidad individual constituye el criterio esencial de atribución y que se pagan únicamente por el hecho de que una persona se encuentra en una situación de necesidad[3].

Condiciones para la concesión de ayudas

El sistema de asistencia debe ser universal en el sentido de que los beneficios deben poder pagarse a "cualquier persona" por el solo hecho de su situación de necesidad[4]. Esto no impide que se proporcionen beneficios específicos para categorías de personas más vulnerables de la población, siempre que las personas que no pertenezcan a estas categorías tengan derecho a una asistencia adecuada.[5] [6] Asimismo, podrá establecerse un límite de edad mínima para la concesión de prestaciones a condición de que el sistema proporcione a los jóvenes que no alcancen este límite de edad una asistencia de subsistencia adecuada[7], que no se limite a asistencia adicional o condicional[8]. Un requisito de tiempo de residencia en el país o en parte del territorio (para distinguirlo de una condición de residencia o presencia, ver más abajo) o excluir de la asistencia social a las personas que han perdido su trabajo por falta grave [9] incumple el artículo 13§1.[10] [11] [12]

La obligación de brindar asistencia existe tan pronto como una persona la necesita, es decir, cuando carece de "recursos suficientes" [13]. Por tales, se entiende los recursos necesarios para llevar una vida digna y subvenir adecuadamente a las necesidades básicas. " [14] Por el contrario, la asistencia adecuada es aquella que permite a todos satisfacer sus necesidades básicas (ver más abajo). La evaluación del nivel de recursos por debajo del cual una persona tiene derecho a recibir asistencia se hace por referencia al umbral de pobreza que se define a continuación. [15]

---

[2] Conclusiones XIII-4 (1996), Observación interpretativa de los artículos 12 y 13
[3] Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, Demanda No. 88/2012, Decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2014, § 110
[4] Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) v. Bulgaria, Queja No. 48/2008, Decisión sobre el fondo del 18 de febrero de 2009, §38
[5] Conclusiones X-2 (1990), España
[6] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[7] Conclusiones XV-1 (2000), Francia
[8] Conclusiones 2009, Francia
[9] Conclusiones XIX-2 (2009), Luxemburgo
[10] Conclusiones XVI-I (2003), España
[11] Conclusiones XVIII-I (2006), República Checa
[12] Conclusiones 2013, Bosnia y Herzegovina
[13] Conclusiones 2013, Bulgaria
[14] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[15] Conclusiones XIV-1 (1998), Portugal

Para tener derecho a la asistencia social, una persona no debe poder obtener recursos "por sus propios medios o recibirlos de otra fuente, en particular a través de las prestaciones derivadas de un sistema de seguridad social".[16]

Establecer un vínculo entre la asistencia social y el deseo de buscar trabajo o de realizar una formación profesional es conforme a la Carta, en la medida en que tales condiciones sean razonables y acordes con el objetivo perseguido, es decir encontrar una solución duradera a las dificultades del individuo. La reducción o suspensión de las prestaciones de asistencia social solo puede ser compatible con la Carta si no priva a la persona interesada de un medio de subsistencia (como mínimo, la persona debe poder acceder a la asistencia de emergencia). [17] [18] [19] Además, la decisión de suspender o reducir la asistencia debe ser recurrible (ver más abajo).
La referencia a la seguridad social no prejuzga la articulación entre seguridad social y asistencia social que prevalece en cada Estado, ya sea que el sistema asistencial haya evolucionado fuera de la seguridad social o por ser un componente intrínseco del sistema de protección social.

La solidaridad familiar no se considera como "otra fuente" de ingresos cuando se presenta como "un valor moral sin carácter legal". [20] [21]

Forma de asistencia

Asistencia social

El artículo 13 § 1 no indica la forma que debería adoptar la asistencia social. Por lo tanto, pueden ser prestaciones en dinero o en especie. El Comité señaló que "se ha instituido una garantía de recursos en diferentes formas en la mayoría de [Estados que han ratificado la Carta]" [22] pero no se ha establecido en teoría un sistema de garantía de recursos suficientes como requisito de conformidad con el artículo 13 §1. Sin embargo, se ha constatado que la situación de aquellos Estados Partes que no han instituido un sistema general de garantía de ingresos incumple la Carta, debido a que su sistema de asistencia no cubre a toda la población[23].

Además, cuando la legislación nacional confiere responsabilidades a las autoridades locales o regionales en materia de asistencia social, los Estados Partes en la Carta siguen obligados, en virtud de sus obligaciones internacionales, a garantizar que estas responsabilidades se asuman debidamente. Por lo tanto, la responsabilidad última de implementar la política oficial recae en el estado. En consecuencia, cuando los servicios de asistencia social están descentralizados, se verifica el cumplimiento de la Carta teniendo en cuenta la implementación efectiva por parte de las autoridades locales. En este sentido, si bien la Carta no requiere que se brinde el mismo nivel de protección en todo el país, sí requiere una uniformidad de trato razonable. De hecho, el Comité considera que, cualesquiera que sean las opciones y prioridades estratégicas de las

[16] Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, denuncia No. 88/2012, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2014, § 111
[17] Conclusiones XIV-1 (1998), Comentario interpretativo sobre el artículo 1
[18] Conclusiones 2006. Estonia
[19] Conclusiones 2009. Estonia
[20] Conclusiones XIII-2 (1994), Grecia 868 Conclusiones 2009, Estonia
[21] Conclusiones 2009, Francia
[22] Conclusiones XIII-4 (1996), Observación interpretativa del artículo 13 §1
[23] Conclusiones 2006, Moldavia

entidades locales (regiones, provincias y / o municipios), deben cumplir con el artículo 13 de la Carta[24].

En la medida en que la garantía de recursos suficientes para las personas mayores está contemplada tanto en el artículo 13§1 como en el artículo 23 de la Carta, el monto de la pensión no contributiva pagada a una persona mayor sola y sin medios se examina desde la perspectiva del Artículo 23 de la Carta (derecho de las personas mayores a la protección social) para los Estados Partes que han aceptado esta disposición, y desde la perspectiva del Artículo 13 § 1 para los Estados Partes que no han no aceptado artículo 23.[25]

Asistencia medica

Quien no disponga de recursos suficientes debe poder obtener gratuitamente "en caso de enfermedad, la atención que requiere su condición". Como tal, la asistencia médica incluye atención médica gratuita o subsidiada, o pagos que permiten a las personas pagar por la atención que requiere su estado de salud.[26] [27]
El Comité no determinó qué atención debería cubrir o si se limita al tratamiento de una enfermedad. Precisó que “no es de su competencia definir la naturaleza de la atención requerida ni el lugar donde se debe brindar dicha atención” [28]. Sin embargo, consideró que el derecho a la asistencia médica no podía limitarse a situaciones de emergencia[29] y que un sistema de salud que cubra los gastos por un período de tiempo definido o que no incluya la atención primaria de salud o la atención ambulatoria especializada, que podría ser requerida por un paciente sin recursos, no garantiza que se brinde atención médica a las personas indigentes o socialmente vulnerables que se enferman[30]. Además, la gravedad de la enfermedad no puede tenerse en cuenta al negarse a otorgar asistencia médica[31].

Nivel y duración de la asistencia

La asistencia debe ser "apropiada", es decir, ha de permitir llevar una vida digna y cubrir las necesidades básicas de la persona. Para evaluar el nivel de asistencia, se tienen en cuenta las prestaciones básicas, las prestaciones adicionales y el umbral de pobreza en el país establecido en el 50% de la renta disponible mediana equivalente y calculado sobre la base del umbral de riesgo de pobreza según Eurostat.[32] Para establecer la "renta disponible equivalente", Eurostat tiene en cuenta los ingresos de un hogar, que corresponden a la suma de todos los ingresos monetarios recibidos, cualquiera que sea la fuente, por cada uno de sus miembros, neto de impuestos y cotizaciones sociales pagados. Para reflejar las diferencias en el tamaño y la composición del hogar, este total se divide por el número de "equivalentes de adultos" determinados a partir de una escala

[24] Conclusiones 2013, Italia
[25] Conclusiones 2009, Armenia
[26] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[27] Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) v. Bulgaria, denuncia No. 46/2007, decisión sobre el fondo de 12 de marzo de 2008, §44
[28] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario de interpretación sobre el artículo 13
[29] Conclusiones 2009, Armenia
[30] Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) v. Bulgaria, denuncia No. 46/2007, decisión sobre el fondo de 12 de marzo de 2008, §44
[31] Conclusiones XIII-4 (1996), Grecia
[32] Conclusiones XIX-2 (2009), Letonia

estándar conocida como "escala modificada de la OCDE". El resultado así obtenido se atribuye a cada miembro del hogar (Fuente: Eurostat) [33].
En ausencia de dicho indicador, se tiene en cuenta el umbral de pobreza nacional, es decir, el costo de la cesta de la compra familiar que contiene la variedad mínima de productos y servicios alimentarios y no alimentarios necesarios para el individuo para poder vivir dignamente y gozar de buena salud.[34]
La asistencia es apropiada cuando la cantidad mensual de beneficios de asistencia - básica y / o adicional - pagada a una persona que vive sola claramente no está por debajo del umbral de pobreza como se define más arriba. [35] [36]
Para realizar esta valoración también se tiene en cuenta el nivel de asistencia médica.
La asistencia social debe prestarse mientras dure la situación de necesidad y, por tanto, no puede estar sujeta a un límite de tiempo [37]. Sujeto a la participación en la formación o la aceptación de un empleo (ver arriba), el derecho a la asistencia social debe subordinarse exclusivamente al criterio de necesidad y la provisión de recursos suficientes debe ser el único criterio para denegar, suspender o reducir la asistencia[38] .

Derecho individual garantizado con derecho a la tutela judicial

El derecho a la asistencia no puede dejarse a la discreción exclusiva de la administración, debe constituir un derecho individual establecido por la ley y estar acompañado de un derecho de tutela judicial efectiva [39]. En particular, hacer que la asistencia social dependa de la suficiencia presupuestaria es contrario a la Carta[40].

Derecho establecido por ley

La ley, en sentido material, debe fijar criterios objetivos para la concesión de la asistencia y formularlos en términos suficientemente precisos. Para no dejar al criterio exclusivo de la autoridad competente la evaluación del estado de necesidad y la necesidad de la ayuda,[41] los elementos tomados en consideración para evaluar el estado de necesidad y los criterios para la evaluación de este estado, así como el procedimiento para determinar si una persona no tiene recursos suficientes deben estar predefinidos[42]. En ausencia de un umbral definido con precisión por la ley por debajo del cual una persona se considera en una situación de necesidad o un núcleo común de criterios subyacentes a la concesión de prestaciones, una asignación única no puede considerarse una garantía de ingresos suficientes para personas sin recursos.[43]

Tutela judicial efectiva

[33] Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, Demanda No. 88/2012, Decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2014, § 112
[34] Conclusiones 2009, Armenia
[35] Conclusiones 2004, Lituania
[36] Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, Demanda No. 88/2012, Decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2014, § 113
[37] European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria, Demanda No. 48/2008, Decisión sobre el fondo del 18 de febrero de 2009, §39
[38] Conclusiones XVIII-1 (2006), España
[39] Conclusiones I (1969), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[40] Conclusiones XV-1 (2000), España
[41] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[42] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[43] Conclusiones XIX-2 (2009), Grecia

El derecho garantizado por el artículo 13 § 1 impone "una obligación para los [Estados] cuyo cumplimiento puede reclamarse ante los tribunales" [44]. No se requiere que sea un tribunal perteneciente al sistema órgano judicial del país o que sea jurisdiccional en sentido orgánico. El Comité se centra en la función jurisdiccional que caracteriza al órgano ante el que se acciona, a saber, decidir, sobre la base de normas legales, cualquier cuestión de su competencia y emitir decisiones vinculantes. Por tanto, este órgano puede ser un tribunal ordinario o un órgano administrativo, siempre que presente las siguientes garantías:
- órgano independiente del poder ejecutivo y de los partidos. Para determinar si un organismo puede considerarse independiente, se examina el método de nombramiento de los miembros, la duración de su mandato, así como las garantías existentes frente a presiones externas (normas relativas a cese, cese, instrucciones, cualificaciones requerido, etc.).[45]

- todas las decisiones desfavorables relacionadas con la concesión y el mantenimiento de la asistencia deben ser recurribles, incluidas las decisiones de suspender o reducir los servicios de asistencia, por ejemplo, en caso de rechazo por la persona interesada de una oferta de trabajo o formación; [46]
- el órgano ante el que se reclama debe ser competente para pronunciarse sobre el fondo del caso y no solo sobre cuestiones de Derecho. [47] [48] Si este requisito relativo al alcance del recurso no se cumple en primera instancia, debe " estar en la instancia subsiguiente [49].
Para garantizar a los solicitantes un ejercicio efectivo de su derecho de acción, se debe garantizar la asistencia letrada [50].

Ámbito de aplicación personal

1) Nacionales de los Estados Partes que residan legalmente o trabajen regularmente

De conformidad con el anexo de la Carta, los extranjeros que sean nacionales de Estados Partes que residan legalmente o trabajen regularmente en el territorio de otro Estado Parte y que no tengan recursos suficientes deben gozar del derecho individual a la asistencia adecuada en pie de igualdad con los nacionales[51], independientemente de cualquier reciprocidad[52]. El anexo de la Carta de 1961 establece que los Estados Partes deben otorgar a los refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y que residan legalmente allí, el trato lo más favorable posible o, en cualquier caso, no menos favorable que el previsto por la Convención de 1951 y por cualquier otro acuerdo internacional aplicable a los refugiados. La Carta Revisada extiende este requisito a los apátridas en el sentido de la Convención de Nueva York de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, así como a las personas que, sin documentación, son apátridas de facto[53].

[44] Conclusiones I (1969), Comentario de interpretación del artículo 13
[45] Conclusiones XVIII-1 (2006), Islandia
[46] Conclusiones XVIII-1 (2006), Hungría
[47] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[48] Conclusiones XVIII-1 (2006), Hungría
[49] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo del artículo 13
[50] Conclusiones XVI-1 (2003), Irlanda
[51] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[52] Conclusiones VII (1981), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[53] Conclusiones 2013, Serbia

Debe garantizarse la igualdad de trato una vez que el extranjero haya sido admitido para residir legalmente o trabajar regularmente en el territorio de un Estado Parte. De hecho, la Carta no regula las modalidades de admisión de extranjeros en el territorio de los Estados Partes y la definición de "residencia" y las normas relativas a la atribución de la calidad de "residente" se dejan a la legislación nacional. Esto se desprende en particular del apéndice de la Carta relativo al artículo 18 § 1: “Se entiende que estas disposiciones [artículo 18 § 1 y párrafo 18 de la Parte I] no se refieren a la entrada en el territorio de [Estados que han ratificado la Carta] y no afectan a los del Convenio Europeo de Establecimiento firmado en París el 13 de diciembre de 1955”.
De ello se desprende que puede ser necesario el requisito de estancia o presencia en el territorio como tal para poder beneficiarse de la igualdad de trato, siempre que no sea manifiestamente excesivo[54].
La garantía de igualdad de trato debe estar consagrada por la ley. Sin embargo, el Comité ha admitido que esta condición se cumpla cuando la igualdad de trato resulte de una circular administrativa[55].

La igualdad de trato significa que el beneficio de los servicios de asistencia, incluidos los medios garantizados, no está reservado por ley a los nacionales ni a determinadas categorías de extranjeros[56] y que los criterios aplicados de hecho para la concesión de los servicios no son distintos por razón de nacionalidad.[57] La igualdad de trato también implica que no se les pueden imponer condiciones adicionales, como una condición de tiempo de residencia, [58] o más difíciles de cumplir para los extranjeros [59]

Repatriación

Los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado Parte no podrán ser repatriados por el solo hecho de que necesiten asistencia. Mientras dure su residencia legal o su empleo regular, gozan de igualdad de trato y, si
son trabajadores migrantes, la protección que brinda el artículo 19 § 8 que no permite la expulsión por necesidad de asistencia[60] [61]
Más allá de la validez del permiso de residencia y / o permiso de trabajo, los Estados ya no tienen ninguna obligación hacia los extranjeros cubiertos por la Carta, incluso si lo necesitan. Sin embargo, esto no significa que las autoridades estén autorizadas a retirar un permiso de residencia por el único motivo de que la persona en cuestión se encuentre en la indigencia y ya no pueda mantener a su familia.[62]

2) Los extranjeros se encuentran en situación irregular

[54] Conclusiones XVIII-1 (2006), República Checa
[55] Conclusiones XIV-1 (1998), Grecia
[56] Conclusiones XVIII-1 (2006), Bélgica
[57] Conclusiones XVIII-1 (2006), Alemania
[58] Conclusiones XVII-1 (2005), Dinamarca
[59] Médecins du Monde - International c. Francia, denuncia n ° 67/2011, decisión sobre el fondo del 11 de septiembre de 2011, §176
[60] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[61] Conclusiones XIV-1 (1998), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[62] Conclusiones XIV-1 (1998), Noruega

El artículo 13 § 1 también prevé el derecho a la asistencia médica y social de emergencia para los extranjeros en situación irregular.[63] [64] [65] [66] Se trata de la misma asistencia médica y social de emergencia que la prevista por Artículo 13 §4, para extranjeros no residentes.

13.2 Con el fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen a asegurar que las personas beneficiarias de dicha asistencia no sufran, por esta razón, una merma de sus derechos políticos o sociales

El artículo 13 § 2 garantiza el derecho de las personas que reciben asistencia a no sufrir, por este motivo, una merma de sus derechos políticos o sociales.
Debe eliminarse toda discriminación contra las personas que se benefician de la asistencia que resulte, directa o indirectamente [67], de una disposición expresa de una ley. [68] [69]

Además, las disposiciones que consagran el principio de igualdad y prohíben la discriminación deben interpretarse en la práctica de tal manera que las condiciones materiales de vida, el estatus social o cualquier otro dato privado (por ejemplo, el estado de salud) no pueda servir como base para una restricción de los derechos cívicos o sociales.[70]

Los derechos sociales objeto de interés son al menos los garantizados por la Carta, comenzando por el derecho a la asistencia en sí. Por lo tanto, subordinar el acceso a los servicios sociales en general y la concesión de asistencia en particular a la posesión de un documento de identidad o un permiso de residencia en el municipio podría ser incompatible con el artículo 13 § 2 porque esto supone el riesgo de privar de asistencia a las personas que no tienen recursos suficientes para establecer un hogar[71].

Los derechos políticos en cuestión van más allá de los garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos[72]. Estos incluyen, por ejemplo, el acceso a cargos públicos y el derecho al voto.
Los beneficiarios de la asistencia social o médica deben estar protegidos de manera efectiva contra posibles prácticas discriminatorias, en particular en términos de acceso al empleo y a los servicios públicos[73].
Teniendo en cuenta que el otorgamiento de derechos políticos, como el derecho de voto, está en principio reservado a los nacionales por considerar que su ejercicio implica la

---

[63] Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) c. Francia, denuncia n ° 14/2003, decisión sobre el fondo del 8 de septiembre de 2004, §32
[64] Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos, denuncia n ° 90/2013, decisión sobre el fondo de 1 de julio de 2014, §§66, 73-75
[65] Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTSA) c. Países Bajos, Demanda No. 86/2012, Decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2014, §141
[66] Conclusiones 2013, Observación interpretativa del artículo 13§1 y 13§4
[67] Conclusiones XVIII-1 (2006), Croacia
[68] Conclusiones I (1969), Observación interpretativa del artículo 13 § 2
[69] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[70] Conclusiones 2002, Eslovenia
[71] Conclusiones 2006, Bulgaria
[72] Conclusiones XVIII-1 (2006), Malta
[73] Conclusiones XVI-2 (2004), Hungría

participación en los poderes públicos, “la valoración de una posible discriminación sobre esta base no puede por supuesto, sólo en relación con los derechos políticos que los extranjeros pueden reclamar en el derecho interno, en el entendido de que los extranjeros que hayan residido durante un tiempo determinado pueden tener derechos más amplios [74]”.

13.3 Con el fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen a que toda persona pueda obtener, a través de servicios públicos o privados competentes, todo el asesoramiento y la asistencia personal necesaria para Prevenir, abolir o aliviar el estado de necesidad de carácter personal y familiar.

El artículo 13 §3 garantiza el derecho a servicios gratuitos de asistencia y asesoramiento dirigidos específicamente a las personas que no tienen o corren el riesgo de no tener recursos suficientes[75].
El artículo 14§1, que garantiza el derecho a los servicios sociales generales, se presenta como una disposición general, mientras que el artículo 13§3 es una disposición especial. [76] [77] Las medidas de coordinación destinadas a combatir la pobreza y la exclusión social se contemplan en el artículo 30 de la Carta, mientras que los servicios centrados en la vivienda social y las medidas destinadas a combatir el fenómeno de las personas sin hogar están amparados por el artículo 31.[78]

Servicios e intervenciones

Los servicios sociales a que se refiere el artículo 13 § 3 deben ejercer una acción preventiva, de apoyo y curativa. Así, se trata de asegurar la consulta y asistencia que permita a los interesados conocer sus derechos en materia de asistencia social y médica, así como el procedimiento a seguir para hacer valer estos derechos [79].
En particular, el sistema de asistencia social debe incluir una estrategia coherente de alivio de la pobreza y permitir que las personas recuperar su sitio como miembros de pleno derecho de la sociedad, a través de medios adaptados a su situación personal, para sus deseos y habilidades, y las tradiciones de la sociedad en la que viven. En la mayoría de los casos, las oportunidades de empleo, así como la formación o el reciclaje profesional, son elementos clave de cualquier estrategia de este tipo.[80]
La implementación del artículo 13 § 3 no debe estar garantizada por servicios específicos separados de los servicios sociales previstos en el artículo 14, siempre que las personas que no tengan recursos suficientes tengan acceso a servicios e intervenciones adaptados a sus necesidades[81]. La especificidad del artículo 13 §3 en comparación con el artículo 14 reside, por tanto, en los tipos de servicios e intervenciones.

Condiciones para un acceso igualitario y efectivo

[74] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario de interpretación sobre el artículo 13
[75] Conclusiones 2013, Bosnia y Herzegovina
[76] Conclusiones I (1969), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[77] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[78] Conclusiones 2005, Observación interpretativa del artículo 14 §1
[79] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[80] Conclusiones XIV-1 (1998). Observación interpretativa del art.13
[81] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13

Para ser conformes con la Carta, los principales servicios sociales relevantes deben garantizar un acceso igualitario y efectivo a sus usuarios, a través de su organización y funcionamiento, incluida su distribución geográfica; el número, las calificaciones y las funciones del personal de estos servicios, incluidos los trabajadores voluntarios; los fondos puestos a disposición para estos servicios y la adecuación entre los recursos materiales y de personal de estos servicios y el número de usuarios[82].
Los criterios utilizados en cuanto al acceso igualitario y efectivo a los servicios prestados, la calidad de dichos servicios, así como las cuestiones relativas a los derechos y participación de los usuarios son los mismos que rigen el control de la acción de los servicios sociales en general (ver artículo 14). En particular:
- el criterio general de acceso a los servicios sociales debe ser la incapacidad personal y la imposibilidad material de sustento;
- debe garantizarse el derecho de acceso individual a la orientación y el asesoramiento de los servicios sociales a quien se considere que lo necesita;
- los derechos de los usuarios deben protegerse: cualquier decisión debe tomarse en consulta con los usuarios y no en contra de su voluntad; deben disponer de los medios para hacer valer sus quejas y poder recurrir a un órgano independiente cuando aleguen discriminación o atentado contra su dignidad humana[83]

En los Estados Partes donde los servicios sociales generales son responsables de la aplicación del artículo 13 § 3, se tiene en cuenta la evaluación de la situación que se realiza en virtud del artículo 14 § 1, [84] teniendo en cuenta, no obstante, el hecho de que, de conformidad con el artículo 13 § 3, los servicios en cuestión deben prestarse de forma gratuita[85].

Alcance personal

Los nacionales de Partes Contratantes que trabajen legalmente o residan legalmente en el territorio de otra Parte Contratante deben tener acceso al asesoramiento y asistencia personal brindados por los servicios sociales en las mismas condiciones que los nacionales[86].

13.4 Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen a aplicar las disposiciones a que se refieren los párrafos 1, 2 y 3 de este artículo, en pie de igualdad con sus nacionales, a los nacionales de otras Partes que se encuentren legalmente en su territorio, de conformidad con sus obligaciones en virtud del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953

Anexo: Los gobiernos que no sean Partes del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica podrán ratificar la Carta con respecto a este

[82] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[83] Conclusiones 2005, Observación interpretativa del artículo 14 § 1
[84] Conclusiones XVIII-1 (2006), Islandia
[85] Conclusiones 2005, Observación interpretativa del artículo 14 §1
[86] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13

párrafo, siempre que otorguen a los nacionales de otras Partes un trato de acuerdo con las disposiciones de dicho convenio.

El artículo 13§4 garantiza a los extranjeros no residentes el derecho a la asistencia médica y social de emergencia.

Destinatarios del artículo 13 § 4

El alcance personal del Artículo 13§4 es diferente al de las demás disposiciones de la Carta. De hecho, el § 1, párrafo 1, del Anexo sobre el ámbito de aplicación personal establece que las disposiciones de los artículos 1 a 17 y 20 a 31 no se aplican a "los extranjeros sino en la medida en que sean nacionales de otros Estados parte que residan legalmente o trabajen habitualmente en el territorio del interesado "; esta regla se establece "con sujeción a las disposiciones del artículo 12 § 4 y del artículo 13 § 4". De hecho, el artículo 13 § 4 cubre "los nacionales de otras Partes que se encuentren legalmente en su territorio ...". En consecuencia, los beneficiarios del derecho a la asistencia social y médica de emergencia son los extranjeros que residen legalmente en el territorio de un Estado sin tener la condición de residente [87] [88].

Por definición, no se puede imponer requisito alguno a la duración de la estancia para la concesión de ayuda de emergencia [89] [90].

Contenido de la asistencia de emergencia

Los Estados Parte deben proporcionar a los extranjeros no residentes sin recursos, ya sea a los que se encuentren en una situación regular o a los que no, asistencia social y médica de emergencia (alojamiento, comida, atención de emergencia y ropa) que les permita ante un estado puntual de urgente y grave necesidad (sin interpretar de forma demasiado estricta los criterios de "urgencia" y "seriedad").[91] [92] [93] [94] [95] No están obligados a otorgar los recursos garantizados que establece su sistema protección social[96].

La atención médica de urgencia gratuita [97] [98] es la que exija el estado de salud de la persona [99]. Los menores migrantes en situación irregular tienen derecho a beneficiarse

[87] Conclusiones XIV-1 (1998), Observación interpretativa del artículo 13 §4
[88] Conclusiones VII (1981), Observación interpretativa del artículo 13 § 4
[89] Conclusiones XIV-1 (1998), Reino Unido
[90] Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTSA) c. Países Bajos, Demanda No. 86/2012, Decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2014, §171
[91] Conclusiones XIV-1 (1998), Países Bajos
[92] Conclusiones XX-2 (2013), República Checa
[93] Médecins du Monde - International c. Francia, denuncia núm. 67/2011, decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2012, §178
[94] Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos, Demanda No. 90/2013, Decisión sobre el fondo del 1 de julio de 2014, §105
[95] Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTSA) c. Países Bajos, Demanda No. 86/2012, Decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2014, §171
[96] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[97] Conclusiones XX-2 (2013), República Checa
[98] Conclusiones 2013, Suecia
[99] Conclusiones XIV-1 (1998), Islandia

de una atención médica que va más allá de la asistencia médica urgente e incluye atención primaria y secundaria y asistencia psicológica. [100]

Derecho a la tutela judicial

La asistencia social de emergencia debe ir acompañada de un derecho de acción ante un organismo independiente. Debe haber un mecanismo de revisión judicial independiente y operativo para determinar la administración adecuada de un sistema de asignación de alojamiento. Este derecho debe realizarse en la práctica. [101] [102]

Condiciones de repatriación: vínculos con la Convención de 1953

El texto del apéndice y del artículo 13§4 de la Carta definen el alcance material y personal del artículo 13§4. Por tanto, la referencia a la Convención de 1953 no afecta al alcance en cuestión. El único vínculo entre el artículo 13§4 y la Convención de 1953 radica en las condiciones que deben cumplirse para la repatriación de extranjeros no residentes sin recursos por considerar que necesitarían asistencia, es decir, que se encuentran en un estado de salud que permita el transporte (artículo 7.a.ii de la Convención de 1953). Esta posibilidad solo puede utilizarse con gran moderación, solo cuando razones de humanidad no lo impidan (artículo 7.b de la Convención de 1953, véanse también los artículos 8 a 10)[103] [104].
Las condiciones antes mencionadas para la repatriación de nacionales de otras partes contratantes que no sean residentes y carezcan de recursos también se aplican en relación con los Estados Partes que no han ratificado la Convención de 1953 [105] [106].
Las demás condiciones previstas en el artículo 7 de la Convención de 1953 no se aplicarán, en la medida en que los nacionales de otras Partes Contratantes que trabajen regularmente o residan legalmente en el territorio de una Parte Contratante no puedan ser repatriados la razón por la que necesitarían ayuda. Mientras dure su residencia legal o su empleo regular, gozan de la igualdad de trato prevista en el anexo y, en el caso de los trabajadores migrantes, de la protección prevista en el artículo 19 § 8 que no permite la deportación por razón de la necesidad de asistencia[107].

[100] Defensa de los Niños Internacional c. Bélgica (DCI), denuncia n ° 69/2011, decisión sobre el fondo de 23 de octubre de 2012, §128
[101] Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos, denuncia n ° 90/2013, decisión sobre el fondo del 1 de julio de 2014, §106
[102] Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con las personas sin hogar (FEANTSA) c. Países Bajos, Demanda No. 86/2012, Decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2014, §187
[103] Conclusiones XIII-4 (1996), Comentario interpretativo sobre el artículo 13
[104] Conclusiones XIV-1 (1998), Comentario de interpretación sobre el artículo 13 §4
[105] Conclusiones VII (1981), Observación interpretativa del artículo 13 § 4
[106] Conclusiones XIV-1 (1998), Observación interpretativa del artículo 13 § 4
[107] Conclusiones XIV-1 (1998), Observación interpretativa del artículo 13 §4