

**REVISTA JURÍDICA
DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

JULIO DE 2022



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid



**Comunidad
de Madrid**

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid

Las opiniones expresadas por cada uno de los autores constituyen una manifestación de su derecho de libertad de expresión, sin pretender representar la posición institucional de la Comunidad de Madrid.

@ Comunidad de Madrid

Edita: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 3ª planta – 28013 Madrid
Tel.: 91 580 42 86 – Fax: 91 580 42 69
E-mail: revjuridica@madrid.org

Julio de 2022

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

- JULIO DE 2022 -

Contenido

1. DISPOSICIONES ESTATALES.....	4
2. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS.....	8
3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	11
4. RESOLUCIONES JUDICIALES	12
4.1. Jurisdicción contencioso-administrativa	12
4.2. Jurisdicción social	14
5. OTRAS RESOLUCIONES	14
6. COMENTARIOS DOCTRINALES	16
6.1. Un inesperado contrato laboral temporal vinculado al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - Paloma Sanz Baos (Letrada de la Comunidad de Madrid)	16
6.2. No exclusión de la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora en supuestos de delito doloso cometido por empleado público de la Comunidad de Madrid, siendo ésta responsable civil subsidiaria – Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)	19
6.3. Cauce procedimental para la impugnación de expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor: la STS de 17 de febrero de 2022 – Leonor Santiago Lara (Letrada de la Comunidad de Madrid).....	22

1. DISPOSICIONES ESTATALES

- *Ley 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*: modifica dos artículos del Código Penal. Por un lado, el art. 22, relativo a las circunstancias agravantes, para contemplar expresamente en la circunstancia 4ª el hecho de cometer el delito por motivos “antigitanos” [sic] –si bien el precepto ya contemplaba con anterioridad como agravante la de “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a (...) la etnia, raza o nación a la que pertenezca”, por lo que la virtualidad práctica de este nuevo inciso es limitada- y, por otro, el art. 510, sobre delitos de odio, que nuevamente incluye una referencia expresa a los móviles “antigitanos” y también a las razones de aporofobia que, a diferencia de lo que sucedía en materia de agravantes en el precepto anterior, no se contemplaban expresamente en este segundo, relativo a los delitos de odio (BOE nº 167, de 13 de julio de 2022).

- *Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil*: la reforma suprime la distinción, a efectos de competencia, entre los concursos de personas físicas y jurídicas, pasando a atribuir el conocimiento de ambos a los juzgados de lo mercantil (a diferencia de la situación anterior, en que aquellos se encomendaban a los juzgados de primera instancia). En cambio, se atribuye el conocimiento, con carácter general, de las cuestiones en materia de condiciones generales de la contratación y de la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios a los juzgados de primera instancia, descargando de estos asuntos a los juzgados de lo mercantil. También se establecen especialidades en los recursos contra las resoluciones dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas, que se tramitarán por los cauces del juicio verbal y cuyas sentencias serán susceptibles de recurso extraordinario por infracción procesal. Para ello, se modifican diversos preceptos tanto de la LOPJ (arts. 74, 82, 85, 86 a 86 ter y 98, añadiendo un nuevo art. 82 bis, 86 quater, 86 quinquies y una DT 43ª) como de la LEC (arts. 45, 52, 73, 77, 249, 250, 406, 468 y 477; añadiendo un nuevo art. 447 bis, sobre especialidades en la tramitación de los recursos contra las resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas) (BOE nº 180, de 28 de julio de 2022).

- *Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*: establece una nueva atribución 1ª en el apartado 1 del art. 570 bis de la LOPJ (introducido, a su vez, por la LO 4/2021) para incluir, entre las funciones del CGPJ no renovado en plazo, la propuesta del nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional. Asimismo, modifica el art. 599.1.1ª LOPJ, sobre competencias del Pleno del CGPJ, para atribuir a este órgano el ejercicio de dicha facultad, que deberá realizarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente al vencimiento del mandato anterior (BOE nº 180, de 28 de julio de 2022).

- *Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección,*

investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: por un lado, el capítulo II tiene por objeto dar acceso directo e inmediato a las autoridades competentes definidas en el art. 3.1 (órganos judiciales del orden penal, Ministerio Fiscal, FCSE, etc.) a la información contenida en el Fichero de Titularidades Financieras –cuya regulación en el art. 43 de la Ley 10/2010 se modifica parcialmente por la DF 1ª-, cuando sea necesario para el ejercicio de sus competencias y funciones de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de un delito grave y, por otro, el capítulo III regula el intercambio de información con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, mientras que la DA 3ª se ocupa del acceso al Registro Común de Datos de Identidad de la Unión Europea, cuyo procedimiento y criterios remite a su posterior regulación por orden del Ministerio del Interior. Las anteriores disposiciones se completan con lo previsto en el capítulo IV en materia de protección de datos. En otro orden de cuestiones, la DF 4ª modifica la LOFCA y la DF 5ª hace lo propio con la Ley 22/2009, a fin de articular la cesión a las Comunidades Autónomas del nuevo «Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la co-incineración de residuos», creado por la Ley 7/2022, de 8 de abril. Por último, la DF 6ª modifica el apartado 1 del art. 234 del Código Penal, para permitir aplicar a los hurtos inferiores a 400 euros la pena prevista para los de cuantía superior en el apartado 1 de dicho precepto en supuestos de reincidencia, cuando “*el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, aunque sean de carácter leve, siempre que sean de la misma naturaleza y que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 €*” (BOE nº 181, de 29 de julio de 2022).

- *Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre:* introduce dos nuevos capítulos en el texto refundido, siendo estos el capítulo XI (arts. 52 a 66), relativo a los «fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos», que serán aquellos fondos de pensiones de empleo promovidos por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a través de la Comisión Promotora y de Seguimiento, creada al efecto y regulada en el art. 55, y cuya administración corresponderá a una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria –ambas seleccionadas por el procedimiento abierto regulado en la LCSP, ex arts. 63 y 65-; y el capítulo XII (arts. 67 a 74), referente a los «planes de pensiones de empleo simplificados», teniendo dicha consideración los definidos en el art. 67. También modifica puntualmente los arts. 4.1.a), 5.1.a), 5.3.a), 9.5 y 35.1 del texto refundido e introduce las DA 10ª a 13ª y las DT 11ª a 13ª. Por último, incluye modificaciones fiscales y de Seguridad Social en relación con la materia (BOE nº 157, de 1 de julio de 2022).

- *Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual:* tiene por objeto trasponer la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, y adaptar la regulación de los servicios de comunicación audiovisual a la rápida y significativa evolución que ha tenido lugar desde la promulgación de la anterior ley. Se trata de una norma extensa que cuenta con 166 artículos, estructurados

en diez títulos respectivamente referidos a 1. Disposiciones generales, 2. La prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo, 3. La prestación del servicio público de comunicación audiovisual, 4. La prestación del servicio de comunicación audiovisual radiofónico y sonoro a petición, 5. La prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, 6. Obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo, 7. La contratación en exclusiva de la emisión de contenidos audiovisuales, 8. Política audiovisual estatal, 9. Autoridades audiovisuales competentes, y 10. Régimen sancionador; además de 5 DA, 1 DT, 1 DD y 9 DF. Entre las principales novedades de la norma destaca la ampliación de su ámbito de aplicación, extendiéndose a manifestaciones más novedosas de la comunicación audiovisual, como los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, las plataformas de pago en *streaming* o los denominados usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma (conocidos coloquialmente como *influencers*), respecto de los que se contemplan obligaciones específicas en el art. 94 y que deberán inscribirse en el Registro regulado en el art. 39. Por otra parte, se mantiene la obligación de promoción de obras europeas mediante el establecimiento de cuotas, se refuerza la protección de menores (a través de la implantación obligatoria de sistemas de calificación por edades, horarios de protección reforzada, sistemas de verificación de edad en las plataformas de intercambio de vídeos o el aumento en las restricciones a la publicidad de tabaco, bebidas alcohólicas, esoterismo y juego, entre otros), la accesibilidad de los contenidos, la igualdad de género y las lenguas cooficiales, se modifican los límites a la publicidad (cuyo cómputo pasará de hacerse por horas a franjas) y se modifica el sistema de financiación de RTVE (**BOE nº 163, de 8 de julio de 2022**).

- *Ley 14/2022, de 8 de julio, de modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con el fin de regular las estadísticas de las microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública*: su artículo único modifica el art. 8.1.a) de la Ley 19/2013, que exige la publicación de la información relativa a todos los contratos adjudicados por los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma, para incluir un párrafo adicional en el que se requiere también publicar “*información estadística sobre el porcentaje de participación en contratos adjudicados, tanto en relación con su número como en relación con su valor, de la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (pymes), entendidas como tal según el anexo I del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, para cada uno de los procedimientos y tipologías previstas en la legislación de contratos del sector público. La publicación de esta información se realizará semestralmente, a partir de un año de la publicación de la norma*”. A pesar de su inexistente relación con el objeto de la ley, su DF 1ª también aprovecha para introducir una importante modificación en el Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero, regulado en el art. 5 de la Ley 16/2013, cuyo hecho imponible pasa de ser el consumo de aquellos productos incluidos en su ámbito de aplicación, a gravar “*la fabricación, importación, adquisición intracomunitaria o tenencia irregular de los gases fluorados de efecto invernadero*”, con los supuestos de no sujeción y exenciones que se contemplan (**BOE nº 164, de 9 de julio de 2022**).

- *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*: tiene por objeto profundizar en la regulación contenida en la Ley Orgánica

3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que no deroga sino que complementa. Consta de 54 artículos estructurados en cinco títulos con el siguiente contenido: 1. Título I, relativo al «Derecho a la igualdad de trato y no discriminación», que consagra este derecho con carácter general y en determinados ámbitos de la vida política, económica, social y cultural, como son el empleo y la negociación colectiva, la educación, la sanidad y servicios sociales, la seguridad ciudadana, la administración de justicia, la vivienda, los establecimientos abiertos al público y los espectáculos o las actividades culturales y deportivas; 2. Título II, relativo a la «Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación», en el que se incluyen garantías concretas del mismo (como la calificación como causa de nulidad de pleno derecho de los actos discriminatorios o la responsabilidad patrimonial de sus autores) y políticas de promoción (a través de subvenciones, formación, estudios, etc.); 3. Título III, que regula la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», como autoridad independiente encargada de proteger y promover el respeto a dicho principio en el ámbito de la AGE; 4. Título IV, que establece un catálogo de infracciones y sanciones en la materia, y 5. Título V, que regula la «Atención, apoyo e información a las víctimas de la discriminación e intolerancia».

También consta de 6 DA (que, entre otras cuestiones, constituyen la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación), 1 DT y 10 DF, que introducen modificaciones puntuales en la materia en la Ley 34/2002, la LEC (sobre legitimación, publicidad e intervención en procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato), la LJCA (en materia de legitimación activa –el art. 19.1.i) pasa a reconocer legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, además de a los sujetos que ya venía reconociéndose con anterioridad y a las personas afectadas, y siempre con su autorización, a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación- y prueba en supuestos de discriminación –en cuyo caso, el art. 60.7 pasa a establecer que en aquellos procesos en los que la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, mientras que el órgano judicial podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad), la Ley 39/2015 (introduciendo un apartado 3 bis en el art. 77 sobre carga de la prueba en supuestos de alegaciones sobre discriminación, en análogo sentido al art. 60.7 de la LJCA), el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y el TRLGDCU (**BOE nº 167, de 13 de julio de 2022**).

- *Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio, por el que se modifica la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*: modifica los arts. 9, 9 bis, 9 ter, 9 quater, 33 y DA 13^a, todos ellos en relación con el personal estatutario temporal y sustituto, y las medidas para el control de la temporalidad, con el objeto de lograr la reducción de esta, al igual que sucede en el resto del empleo público (**BOE nº 161, de 6 de julio de 2022**).

- *Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad*: modifica el sistema de cotización en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que

pasará a atender para la determinación de la base de cotización a los rendimientos anuales del trabajador, en sustitución del actual sistema de elección de las bases de cotización con independencia de los rendimientos que pudiera obtener en la actividad realizada por cuenta propia. Modifica para ello diversos preceptos del TRLGSS y de otras disposiciones relacionadas. No obstante, se establece un régimen transitorio de aplicación. **(BOE nº 179, de 27 de julio de 2022).**

- ***Real Decreto 568/2022, de 11 de julio, por el que se establece el marco general del banco de pruebas regulatorio para el fomento de la investigación y la innovación en el sector eléctrico:*** tiene por objeto desarrollar reglamentariamente el marco general del banco de pruebas regulatorio, concebido como un entorno controlado para llevar a cabo ensayos que permitan el desarrollo de proyectos piloto con el fin de facilitar la investigación, la innovación y la mejora regulatoria en el ámbito del sector eléctrico, en virtud de lo previsto en la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico **(BOE nº 166, de 12 de julio de 2022).**

- ***Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril:*** de conformidad con su Exposición de Motivos, la reforma se asienta sobre cuatro ejes, cuales son (i) la necesidad de actualizar y mejorar la actual normativa migratoria vinculada al ámbito laboral para cubrir las necesidades y desajustes del mercado de trabajo, (ii) la flexibilización del tránsito entre la categoría de estudiante y la de trabajador, (iii) la reforma del régimen de actividades por cuenta propia, y (iv) la mejora en la tramitación de expedientes a través de una nueva unidad administrativa, denominada Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería y dependiente de la Dirección General de Migraciones **(BOE nº 179, de 27 de julio de 2022).**

2. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

- ***Decreto 46/2022, de 6 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se crea y regula la Oficina de Atención a la Discapacidad de la Comunidad de Madrid:*** se crea como órgano administrativo de carácter permanente y especializado, dependiente de la Dirección General de Atención a las Personas con Discapacidad, encargado de promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Asistirá a toda persona que manifieste haber sido objeto de discriminación o considere vulnerados sus derechos en a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal por razón de la discapacidad en el ámbito de la Comunidad de Madrid, facilitándose también la asistencia a las personas jurídicas reconocidas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, en su ámbito de competencias. Sus funciones se detallan en los arts. 5 y 6, e incluyen, entre otras, la respuesta a las consultas, quejas y denuncias dirigidas por las personas con discapacidad y sus familias, así como determinadas funciones en materia sancionadora, como son las de comprobar si los hechos pueden ser constitutivos de infracción administrativa, la de proponer, en su caso, la incoación del correspondiente expediente sancionador a la

Dirección General, y la de notificación a los interesados de las infracciones y sanciones impuestas (**BOCM nº 160, de 7 de julio de 2022**).

- *Decreto 61/2022, de 13 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid la ordenación y el currículo de la etapa de Educación Primaria:* al igual que durante el mes de junio se publicó el Decreto 36/2022, en relación con la educación infantil, a lo largo de este mes se han promulgado los correspondientes decretos que desarrollan la normativa estatal en relación con la educación primaria, la E.S.O. y el bachillerato. En concreto, mediante este Decreto 61/2022 se desarrolla en el ámbito de la Comunidad de Madrid lo dispuesto en el Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria (**BOCM nº 169, de 18 de julio de 2022**).

- *Decreto 63/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece y regula el canal interno para el tratamiento de las informaciones sobre posibles infracciones:* denominado “Canal del Informante”, tiene por objeto permitir que el personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (incluyendo tanto la Administración territorial como la institucional) que, por razón de su actividad laboral, tenga conocimiento de posibles infracciones del ordenamiento jurídico en el ámbito de actividad de aquella, pueda comunicarlas a través de dicho canal interno, con las debidas garantías de confidencialidad y privacidad. Dicho canal se habilitará a través del Portal de Transparencia de la Comunidad de Madrid y las informaciones deberán ser veraces, razonables y contar con el adecuado soporte probatorio, siendo inadmitidas en los supuestos del art. 11. Cuando se constate la existencia de hechos que pudieran dar lugar al inicio de actuaciones de oficio, se remitirán las actuaciones al órgano competente para iniciar el procedimiento, sin que el informe de remisión sea susceptible de recurso, al no decidir sobre el fondo del asunto (art. 12). La formulación de una comunicación a través del Canal del Informante no impide que la persona informante pueda interponer otra acción ante cualquier otro organismo que resulte competente, si bien deberá comunicar tal circunstancia. Con ello, se incorpora parcialmente la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (**BOCM nº 172, de 21 de julio de 2022**).

- *Decreto 64/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen para la Comunidad de Madrid la ordenación y el currículo del Bachillerato:* desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 243/2022, de 5 de abril, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato (**BOCM nº 176, de 26 de julio de 2022**).

- *Decreto 65/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen para la Comunidad de Madrid la ordenación y el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria:* desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria (**BOCM nº 176, de 26 de julio de 2022**).

- *Decreto 66/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 88/2021, de 30 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid:* la modificación afecta al art. 7, relativo a la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad, y a la DF 1ª, referente a la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS). En lo que respecta a la Consejería de Sanidad, pasa a estar integrada únicamente por dos viceconsejerías –en lugar de las tres anteriormente existentes–, siendo estas la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública (a la que se adscriben la D.G. de Salud Pública, la Dirección General de Humanización y Atención al Paciente y la D.G. de Investigación, Docencia e Innovación) y la Viceconsejería de Gestión Económica, completando su estructura la Secretaría General Técnica y la D.G. de Inspección, Ordenación y Estrategia Sanitaria. Por su parte, el SERMAS modifica su órgano de dirección y su estructura directiva, que pasa a ser la siguiente: 1. Director General de Asistencia Sanitaria, de quien dependen (i) la D.G. del Proceso Integrado de Salud, (ii) la D.G. de Sistemas de Información y Salud Digital, (iii) la D.G. de Coordinación Socio-Sanitaria, y (iv) la D.G. de Adecuación y Supervisión Sanitaria; y 2. Director General de Gestión Económica, de quien dependen (i) la D.G. de Recursos Humanos y Relaciones Laborales, (ii) la D.G. de Gestión Económico-Financiera y Farmacia, (iii) la D.G. de Infraestructuras Sanitarias, y (iv) la Secretaría General. Por congruencia, la DF 1ª modifica el Decreto 24/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Servicio Madrileño de Salud (**BOCM nº 172, de 21 de julio de 2022**).

- *Orden de 1 de julio de 2022, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se regula la solicitud, emisión y divulgación de los informes preceptivos de la Comisión de Evaluación Financiera de la Comunidad de Madrid:* dictada en desarrollo del Decreto 27/2022, de 4 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se crea la Comisión de Evaluación Financiera de la Comunidad de Madrid, al que hacíamos referencia en el boletín de Actualidad jurídica de mayo de 2022, concreta todo lo relativo al contenido, procedimiento y emisión de los informes de sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios y de los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico que deban adoptarse en los citados contratos, a que se refiere el art. 333 LCSP. Las solicitudes deberán ser remitidas a la Oficina Técnica de Análisis Económico de Políticas Públicas por la secretaría general técnica de la Consejería, la gerencia del organismo autónomo o el representante legal del ente público de la Comunidad de Madrid que promueva el contrato o acuerdo objeto de informe, acompañándose de la documentación que se detalla, y los informes, que tienen carácter preceptivo pero no vinculante (si bien el apartamiento de sus recomendaciones requiere de un informe motivado) serán emitidos en el plazo de treinta días naturales –que podrá reducirse a la mitad, por razones de urgencia- y publicados en el Perfil de Transparencia de la Comunidad de Madrid (**BOCM nº 179, de 29 de julio de 2022**).

- *Orden 2045/2022, de 15 de julio, de la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, por la que se regula el acceso, la organización de los cursos, los proyectos educativos de innovación y de experimentación y la matrícula de las enseñanzas de idiomas de régimen especial en la Comunidad de Madrid:* desarrolla lo establecido en el Decreto 106/2018, de 19 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que

se ordenan las enseñanzas de idiomas de régimen especial y se establecen los currículos de los niveles básico, intermedio y avanzado en la Comunidad de Madrid. El acceso requiere tener 16 años cumplidos, o 14 años para seguir las enseñanzas de un idioma distinto del cursado como primera lengua extranjera en la ESO (**BOCM nº 176, de 26 de julio de 2022**).

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- *Inconstitucionalidad de la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias*: la **sentencia nº 70/2022, de 2 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha estimado la **cuestión de inconstitucionalidad 6283-2020**, planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el art. 10.8 de la LJCA, en la redacción dada por la DF 2ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, declarando inconstitucional y nulo dicho precepto, por considerar que el mismo quebranta el principio constitucional de separación de poderes, al atribuir a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo funciones inherentes de forma exclusiva y excluyente al poder ejecutivo, como son las propias de la potestad reglamentaria (art. 97 CE), que queda menoscabada al condicionarla al complemento de los tribunales para desplegar eficacia, sin que baste con su mera publicación en el diario oficial correspondiente. Al amparo del art. 39.1 LOTC, la declaración de inconstitucionalidad se extiende al art. 11.1.i) de la LJCA. Cuenta con varios votos particulares (**BOE nº 159, de 4 de julio de 2022**).

- *Proporcionalidad en la tipificación de sanciones administrativas*: la **sentencia nº 74/2022, de 14 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha desestimado la **cuestión de inconstitucionalidad 1643-2021**, planteada la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con la sanción máxima prevista para la infracción tipificada en el art. 203.6.b).1 de la LGT, en materia de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la administración tributaria, por posible vulneración de los arts. 25.1, 9.3 y 1.1 CE. Concretamente, la conducta tipificada se sanciona con multa pecuniaria proporcional del 2% de la cifra de negocios correspondiente al último ejercicio cuyo plazo de declaración hubiese finalizado en el momento de comisión de la infracción, con un máximo de 600.000 euros. Aplicando dicha previsión, en el supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo y determinante del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la sanción a imponer sería necesariamente de 600.000 euros; cuantía, según el auto de planteamiento, se asocia automáticamente a una conducta infractora definida en términos muy amplios y se cuantifica a través de una mera operación matemática, sin posibilidad de graduación por parte del aplicador de la norma en función de las circunstancias del caso concreto. La sentencia constitucional, en cambio, no aprecia infracción del principio de proporcionalidad, atendiendo a la posibilidad de reducción de la sanción a la mitad en caso de cumplimiento tardío y al porcentaje establecido para su cálculo; ni tampoco que la norma recurrida vulnere el principio de culpabilidad, la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos y el valor superior justicia. Cuenta con dos votos particulares (**BOE nº 171, de 18 de julio de 2022**).

- Constitucionalidad del art. 52 de la Ley de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid: la **sentencia nº 77/2022, de 17 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha desestimado la **cuestión de inconstitucionalidad 4822-2021**, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid respecto del artículo 52 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid, por considerar que dicho precepto vulneraba el principio de legalidad sancionadora en su exigencia de taxatividad en la determinación de los criterios para la calificación de las infracciones. Se amparaba al efecto el Juzgado en las precedentes SSTC 166/2012, de 1 de octubre; 10/2015, de 2 de febrero, y 150/2020, de 22 de octubre, que habían declarado la inconstitucionalidad de otras disposiciones generales sobre el particular en los textos legales de protección de los consumidores estatal, catalán y navarro. Sin embargo, en el caso de la norma autonómica madrileña, la sentencia aprecia la existencia de diferencias sustanciales respecto de aquellas, advirtiendo a este efecto que *“como acertadamente ponen de relieve la fiscal general del Estado y los letrados de la Asamblea y de la Comunidad de Madrid, los dos preceptos presentan importantes diferencias, en las que no repara el órgano judicial, y que son relevantes para nuestro enjuiciamiento. Así, mientras que el art. 40 de la Ley Foral 7/2006, al igual que las normas enjuiciadas por las SSTC 166/2012 y 10/2015, agotaba su contenido en la enunciación de unos criterios sin «establece[r] ninguna relación entre la concurrencia de dichos criterios y la calificación de la infracción en alguno de los tres grados que prevé» (STC 150/2020, FJ 4), el art. 52 de la Ley 11/1998 estipula en sus apartados 2 a 5 unas reglas imperativas a las que debe atenerse el órgano sancionador para calificar la gravedad de la infracción; calificación que naturalmente queda sujeta al posterior control judicial”*. Igualmente, la fórmula utilizada por la norma madrileña es la empleada por el artículo 66 del Código Penal para la aplicación de las penas, sin que dicho precepto haya sido cuestionado, en un ámbito en el que las exigencias derivadas del principio de legalidad son máximas (**BOE nº 171, de 18 de julio de 2022**).

4. RESOLUCIONES JUDICIALES

4.1. Jurisdicción contencioso-administrativa

- Derecho de gracia (indulto): la **sentencia nº 1026/2022, de 18 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso contencioso-administrativo 416/2021**, ha vuelto a examinar su doctrina en torno a la naturaleza y alcance de sus funciones revisoras en relación con los indultos concedidos por el Gobierno, a propósito del otorgado en el conocido caso de una madre que fue penalmente condenada por la comisión de un delito de sustracción de menores. La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el padre de la menor, tras repasar la jurisprudencia sentada en su sentencia de 20 de noviembre de 2013 y otras posteriores, según la cual *“1) El control [jurisdiccional sobre el indulto] no puede afectar los defectos de motivación; 2) Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y no vinculantes a los que alude la Ley de Indulto); 3) No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo”*. En consecuencia, y en lo que respecta a la decisión de fondo (más allá de la necesaria observancia del procedimiento

legalmente establecido), la revisión judicial que puede realizarse es la de un control meramente externo, “*que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente*”, para evitar que el mismo pueda tacharse de arbitrario, vulnerando con ello la interdicción de la arbitrariedad consagrada en el art. 9.3 CE. Esta exigencia conduce a que las razones determinantes del indulto hayan de ser explicadas y deducidas de lo actuado en el expediente, “*pero, una vez verificada la realidad de tales hechos ---que habremos de aceptar y que no podemos revisar---la revisión jurisdiccional, en ese espacio asequible al que tenemos acceso, debe valorar si la decisión adoptada guarda "coherencia lógica" con aquellos, de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida*”.

- *Derechos fundamentales: cribados y aislamientos obligatorios en residencias*: la **sentencia nº 645/2022, de 15 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias**, dictada en el **procedimiento ordinario 697/2021**, ha estimado el recurso interpuesto contra el Protocolo de actuación frente al Covid-19 en el ámbito de los servicios sociales del Principado de Asturias 2021-2022, declarando su nulidad de pleno derecho, en los cuatro apartados que imponían medidas de aislamiento obligatorio y prohibición de salidas a residentes, y la realización de cribados y pruebas diagnósticas periódicas a profesionales. La resolución, con invocación de la STS de 19 de agosto de 2021, considera que las anteriores medidas suponen una clara limitación de derechos fundamentales, como son los relativos a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y la libertad de circulación (art. 19 CE), y que, además, las mismas fueron dictadas con anterioridad a la anulación del art. 10.8 de la LJCA por la STC 70/2022, sin haber sido sometidas a autorización o ratificación judicial. Por todo ello, aprecia la concurrencia de las causas de nulidad radical previstas en las letras a) y e) de la Ley 39/2015.

- *Igualdad en el acceso a la función pública: estatura mínima de las funcionarias de policía*: la **sentencia nº 1000/2022, de 14 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso contencioso-administrativo 452/2018**, ha considerado contrario a derecho, por discriminatorio, el requisito mínimo de 1,60 metros de estatura exigido para las mujeres en las bases reguladoras del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía de 2017, al entender que dicho requisito es más restrictivo que el exigido para los hombres, respecto de los que la altura mínima se concreta en 1,65 metros, ya que los límites fijados no se encuentran debidamente justificados y no resultan proporcionales con los estándares de altura media de ambos sexos, de manera que el porcentaje de mujeres excluidas por el mínimo requerido es superior al de hombres por ese mismo motivo.

- *Planeamiento urbanístico*: la **sentencia nº 912/2022, de 5 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, ha desestimado el **recurso de casación 4677/2021**, interpuesto en relación con la anulación de la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, en el AR 07.02-M, “Metro Cuatro Caminos”, confirmando la obligatoriedad de emitir un informe o memoria de sostenibilidad económica en la aprobación de un instrumento de ordenación urbanística que prevea una actuación de transformación, cuya omisión determina la nulidad de pleno derecho por omisión de un trámite esencial del procedimiento. Por su parte, la **sentencia**

nº 383/2022, de 6 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el **procedimiento ordinario 480/2021**, ha estimado parcialmente el recurso interpuesto frente a la revisión del Plan Especial de Protección del Patrimonio Construido en San Sebastián, ordenando al Ayuntamiento donostiarra la inclusión de los Cuarteles de Loyola de San Sebastián en el mismo, ante la valoración de la prueba derivada de los informes emitidos por las distintas administraciones (Gobierno Vasco y Diputación Foral) en relación con el valor cultural que poseen.

4.2. Jurisdicción social

- *Permiso por lactancia*: la **sentencia nº 646/2022, de 12 de julio, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación para la unificación de doctrina 1367/2019**, ha examinado el derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia regulado en el art. 37.4 ET, teniendo en cuenta las diversas modificaciones que ha sufrido el precepto desde su redacción original (y siendo la aplicable al supuesto objeto de enjuiciamiento la dada por la Ley 3/2012), para aquellos casos en que la madre no costa que desarrolle actividad productiva alguna. Partiendo de las anteriores premisas, considera la Sala que el disfrute del permiso por lactancia es independiente de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y que su titularidad es individual, siendo irrelevante la situación del otro progenitor. De este modo, concluye que *“Bajo la vigencia del artículo 37.4 derivado de la Ley 3/2012, la referencia a que el permiso por lactancia “sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen” legítima para su disfrute a cualquiera de ellos (en nuestro caso, el padre) aunque el otro (aquí, la madre) no esté desarrollando actividades lucrativas, y con independencia de si puede encargarse de atender al menor”*.

5. OTRAS RESOLUCIONES

- *Acuerdo de 6 de julio de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se declaran de aplicación en el ámbito de la Comunidad de Madrid las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público contenidas en el título II del Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo*: declara aplicables a la Administración de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos, empresas públicas con forma de sociedad mercantil o de entidad de derecho público y demás entes públicos, las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público contenidas en el título II del RD-ley 3/2022, que permiten el reconocimiento al contratista la posibilidad de una revisión de precios por el incremento del coste de los materiales empleados para el contrato de obras, cuando este haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización y se cumplan las condiciones previstas en sus arts. 6 a 10. Según su art. 6.3, *“Lo dispuesto en este Título también será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden”*. Por otra parte, en el caso de las universidades públicas y las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, su apartado segundo les autoriza para declarar aplicables las anteriores

previsiones mediante decisión individualizada del órgano competente (**BOCM nº 163, de 11 de julio de 2022**).

- *Acuerdo de 13 de julio de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que aprueban las directrices del proceso de elaboración, apertura y reutilización de la información en la Comunidad de Madrid:* tienen por objeto establecer el conjunto de reglas que hayan de guiar el proceso de elaboración, apertura y reutilización de la información en el ámbito de la Administración pública de la Comunidad de Madrid, la configuración del catálogo de datos abiertos, y la publicación de los citados datos en el Portal de Datos Abiertos de la Comunidad de Madrid, con el fin de posibilitar su interoperabilidad y favorecer su reutilización en la Administración autonómica y fuera de esta (**BOCM nº 169, de 18 de julio de 2022**).

6. COMENTARIOS DOCTRINALES

6.1. **Un inesperado contrato laboral temporal vinculado al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - Paloma Sanz Baos (Letrada de la Comunidad de Madrid)**

El Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Real Decreto-ley 36/2020, en adelante), contiene en los artículos 27 a 34 algunas disposiciones relativas a la gestión de los recursos humanos asignados a la ejecución del citado Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR, en lo sucesivo). A tenor del artículo 2.2, tales disposiciones son aplicables a todas las entidades, organismos y entes del sector público (estatal, autonómico o local) que gestionen los fondos *Next Generation-EU*, repartidos entre el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) y la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y Territorios de Europa (REACT-UE).

Así, previendo el incremento de la carga de trabajo que puede conllevar la absorción y ejecución de estos fondos europeos, que habrá de afrontarse prioritariamente con los efectivos del departamento ministerial u organismo encargado de su gestión (bien mediante la redistribución y reasignación de efectivos, o a través de la atribución temporal de funciones), el Real Decreto-ley 36/2020 contempla la posibilidad de crear o modificar de forma excepcional puestos de trabajo cuyas funciones estén directamente relacionadas con la gestión de proyectos financiables con los fondos europeos ligados a la ejecución del PRTR.

En particular, el artículo 34 del Real Decreto-ley 36/2020 permite el reforzamiento de las plantillas con el nombramiento de personal estatutario temporal, personal funcionario interino o personal laboral con contratos de duración determinada, siempre de acuerdo con lo establecido en el oportuno instrumento de planificación estratégica para la gestión, aprobado por la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia.

A propósito de las medidas aprobadas en el Real Decreto-ley 36/2020 para potenciar la gestión de recursos, con especial incidencia en los recursos humanos, señaló el Consejo de Estado en su Dictamen nº 783/2020, de 21 de diciembre, que “(...) *no cabe sino valorar positivamente el esfuerzo realizado para construir una estructura organizativa compleja y cualificada técnicamente, dotada en principio de los medios suficientes y de los mecanismos precisos abordar las numerosas tareas que conllevará la gestión y ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*”.

En términos congruentes con la normativa expuesta, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (Real Decreto-ley 32/2021, en lo sucesivo), concreta en su disposición adicional 5ª la posibilidad de que las entidades integradas en el sector público contraten personal laboral por tiempo determinado en el marco de la gestión y ejecución del PRTR y de otros Fondos de la Unión Europea,

sometiendo dicha contratación a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (Ley 20/2021, en adelante).

En la práctica, la disposición adicional 5ª del Real Decreto-ley 32/2021 ha creado una nueva modalidad de contrato temporal, al margen de las reguladas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, a la que se denomina “*contrato de duración determinada vinculado a programas financiados con fondos europeos*”¹ y que contrasta con las medidas adoptadas en la Ley 20/2021 para atajar la temporalidad en el empleo público.

En efecto, la Ley 20/2021 persigue implantar un conjunto de medidas regulatorias dirigidas a reducir la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones Públicas y, como medida complementaria, amplía los procesos de estabilización de empleo temporal, sumando un tercer proceso a los iniciados en 2017 y 2018 -cuya resolución deberá concluir antes del 31 de diciembre de 2024-, amén de prever un concurso extraordinario y excepcional para cubrir plazas estructurales ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad al 1 de enero de 2016.

La aprobación de la Ley 20/2021 -y de su antecedente, el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público- responde, en última instancia, a las exigencias del Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, cuyo artículo 17.3 condiciona la financiación de los planes de recuperación y resiliencia de los Estados miembros, entre otros requisitos, a la coherencia de dicho planes con los retos y prioridades específicos de cada país determinados en el marco del “*Semestre Europeo*” para la coordinación de las políticas económicas (marco en el que se determinan las prioridades nacionales de las reformas y se realiza el seguimiento de su ejecución).

De ahí que el PRTR aprobado por Acuerdo de 27 de abril de 2021, del Consejo de Ministros (BOE 30 abril 2021), prevea en su componente 11, referido a la “*Modernización de las Administraciones Públicas*”, que España se comprometía a adoptar una reforma normativa al término del primer semestre de 2021 destinada a articular medidas para reducir la excesiva temporalidad en el empleo público.

A modo de conclusión puede señalarse que mientras la Ley 20/2021 -al igual que el componente 11 del PRTR, del que trae causa-, persiguen reducir la tasa de temporalidad en el empleo público, paradójicamente, el Real Decreto-ley 36/2020 -que establece las disposiciones generales precisas para facilitar la ejecución del PRTR-, contempla medidas de signo contrario, que se han traducido en la configuración de una nueva modalidad de

¹ Denominación asignada a este contrato en la Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y el Servicio Público de Empleo Estatal, de 10 de febrero de 2022, para la aplicación inmediata de la reforma de la contratación laboral del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.



contrato temporal denominado “*contrato de duración determinada vinculado a programas financiados con fondos europeos*”, cuya regulación se ubica en la disposición adicional 5ª del Real Decreto-ley 32/2021.

El carácter rigurosamente excepcional del que se reviste a la reseñada contratación temporal en el marco del PRTR obliga a considerarla como un instrumento que debe emplearse, en exclusiva, para facilitar la absorción y gestión de los fondos *Next Generation-EU* y solo por el tiempo necesario para la ejecución de tales proyectos.

6.2. No exclusión de la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora en supuestos de delito doloso cometido por empleado público de la Comunidad de Madrid, siendo ésta responsable civil subsidiaria – Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)

En virtud de sentencia nº 424/2019, de 4 de julio, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que ha sido confirmada, en todos sus extremos, por la sentencia nº 60/2020, de 20 de febrero, de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y por la sentencia nº 569/2020, de 30 de octubre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se condenó por el jurado popular a una empleada pública de un centro sanitario de la Comunidad de Madrid por un delito de asesinato al cumplimiento de una elevada pena de prisión y a indemnizar a los familiares de la víctima, paciente de dicho centro, en una cantidad económica.

El fallo condenatorio, con firmeza, ha dispuesto que la compañía aseguradora de Servicio Madrileño de Salud es responsable civil directo, en consecuencia con antelación a la responsabilidad civil subsidiaria de la Comunidad de Madrid (derivada ésta de la aplicación del artículo 121 del Código Penal –en adelante, CP-) incluso en supuesto de delito doloso, no procediendo la pretendida exclusión por parte de la compañía aseguradora de su responsabilidad civil directa por dicho motivo, habiendo invocado ésta que la concurrencia de dolo en los hechos acontecidos supone la inviabilidad de la cobertura de la responsabilidad civil.

La sentencia referida, confirmada en todas las instancias, examina los preceptos del Código Penal referentes a la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora, en especial el artículo 117 CP, y concluye que, incluso en supuestos acreditados de delito doloso, la compañía aseguradora que ha sido llamada al procedimiento en calidad de responsable civil directo, mantiene dicha condición procesal y ha de ser condenada al pago de las sumas indemnizatorias, con antelación a la responsabilidad civil subsidiaria de la Comunidad de Madrid.

El referido artículo 117 CP dispone que *“Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.”*

La sentencia resulta clara en relación a la cuestión planteada por la compañía aseguradora en el acto del juicio, tratándose de una materia estrictamente jurídica y por lo tanto marginada de la decisión sobre la misma por parte del jurado popular, de modo que la resolución sobre este aspecto reviste una naturaleza relevante, ajena a la casuística o a la singularidad del hecho enjuiciado, y generando así un precedente de cara a su posible alegación en supuestos futuros.

El fundamento de derecho sexto de la sentencia, de una forma extensa y detallada, analiza la posibilidad de que la compañía aseguradora, en supuestos de delito doloso, pueda, con arreglo a Derecho, ser excluida o absuelta del procedimiento penal, quedando, en consecuencia, la Comunidad de Madrid como exclusiva responsable civil por los ilícitos penales que haya cometido un empleado público en el ejercicio de sus funciones.

Debe significarse, en primer lugar, que la valoración de este tipo de alegación por parte de la compañía aseguradora, que en la práctica tiene cierta frecuencia, es improcedente en el ámbito de la instrucción penal, por el propio objeto de dicha fase del procedimiento, referente a la confirmación de los indicios de criminalidad en la acción desarrollada por el investigado, para la posterior transformación, si así procediera, en fase intermedia o de enjuiciamiento. En consecuencia, el pronunciamiento sobre elementos subjetivos del injusto, como es el dolo, requiere de su acreditación plena, efectiva y bajo contradicción, en el ámbito del juicio oral; de modo que pivotando la razón de la solicitud de la exclusión de la responsabilidad civil de la compañía aseguradora en la concurrencia de una modalidad específica del elemento subjetivo del tipo, previamente a adoptar una decisión al respecto, habrá de confirmarse la perpetración de un delito doloso, extremo que sólo puede tener lugar tras la práctica de la prueba en el plenario y la confirmación de su concurrencia, ya sea por un tribunal profesional o por medio del veredicto del jurado popular. Ello lleva a concluir que toda decisión que se adopte sobre la exclusión de la responsabilidad civil de la compañía aseguradora antes del juicio oral y de la sentencia, en la que debe constar, será de todo punto precipitada o extemporánea.

Dentro ya de su ámbito propio de decisión, expresa la sentencia que *“Ciertamente, la póliza de seguro aportada a la causa excluye de la cobertura de la póliza en la cláusula 3.4.5 los daños que tengan su origen en actos dolosos.*

Sin embargo, es necesario distinguir entre la proscripción del aseguramiento de conductas dolosas, y la circunstancia de que entre los riesgos aleatorios esté incluido el afrontar los perjuicios derivados de la acción ilícita del asegurado o de un empleado (Sentencias de 22 de junio de 2001). Lo que no cabe es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por razón del siniestro que produjo de mala fe (Acuerdos de la Sala General no jurisdiccional de 14 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1997. Sentencias de 12 de noviembre de 1994, 24 de octubre de 1997, 11 de febrero y 4 de diciembre de 1998, 17 de octubre de 2000, 22 de junio de 2001, 22 de abril y 1 de julio de 2002, 28 de marzo de 2003, 11 de febrero y 2 de junio de 2005, 27 de abril y 8 de mayo de 2007, 23 de marzo y 12 de junio de 2009, 16 de abril y 8 de noviembre de 2011, 25 de julio de 2014 y 11 de febrero de 2015).

Una cosa es el principio de no asegurabilidad del dolo, que rige en nuestro derecho con carácter general, y otra muy distinta que, acreditada la conducta dolosa del asegurado, los efectos jurídicos del seguro no se desplieguen respecto a terceros, a salvo la oportuna acción de repetición frente al asegurado. La expresada disposición contractual no resulta oponible a terceros, según un criterio jurisprudencial de interpretación del art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro.

El principio de no asegurabilidad del dolo lo que prohíbe es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposo. La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor del hecho: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición, es decir que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador”.

En definitiva: el aspecto práctico relevante, a modo de precedente, que se extrae de esta sentencia firme consiste en que la compañía aseguradora de la Comunidad de Madrid, cuando concurra con la propia Administración regional en un proceso penal, en calidad de responsable civil directo y subsidiario respectivamente, y el delito acreditado en juicio oral sea de carácter doloso, no podrá ser excluida del procedimiento penal ni absuelta de su responsabilidad civil por tal única razón, debiendo indemnizar a la víctima antes que la propia Comunidad de Madrid; sin perjuicio de que, a diferencia de un supuesto de culpa o negligencia, la compañía aseguradora pueda posteriormente, y al margen del procedimiento penal, dirigir acción de repetición contra la persona condenada como autor material de los hechos.

6.3. Cauce procedimental para la impugnación de expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor: la STS de 17 de febrero de 2022 – *Leonor Santiago Lara (Letrada de la Comunidad de Madrid)*

La figura del Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) ha adquirido protagonismo en los últimos años a raíz de la crisis ocasionada por el COVID-19.

El procedimiento pasa su solicitud viene regulado en los siguientes artículos:

- El artículo 47.5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) que regula los procedimientos de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo derivados de fuerza mayor temporal, señalando lo siguiente:

“5 Las empresas podrán aplicar la reducción de la jornada de trabajo o la suspensión de los contratos de trabajo por causa derivada de fuerza mayor temporal, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado, en el artículo 51.7 y en sus disposiciones reglamentarias de aplicación.

El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios, y simultánea comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras.

La existencia de fuerza mayor temporal como causa motivadora de la suspensión o reducción de jornada de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.

La autoridad laboral solicitará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social antes de dictar resolución. Este informe deberá pronunciarse sobre la concurrencia de la fuerza mayor.

La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, y deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la reducción de las jornadas de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo. La resolución surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, y hasta la fecha determinada en la misma resolución.

Si no se emite resolución expresa en el plazo indicado, se entenderá autorizado el expediente de regulación temporal de empleo.

En el supuesto de que se mantenga la fuerza mayor a la finalización del período determinado en la resolución del expediente, se deberá solicitar una nueva autorización.”

Este artículo, a su vez, nos remite al artículo 51.7 del mismo texto legal, según el cual:

“7.la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado

conforme a lo dispuesto en este apartado y en sus disposiciones de desarrollo reglamentario.

El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento.

La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud y deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de este a resarcirse del empresario.”

Por último, el artículo 33 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, que regula la instrucción y resolución de procedimientos de extinción y suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada derivados de fuerza mayor, dispone:

“La autoridad laboral competente recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y realizará o solicitará cuantas otras actuaciones o informes considere indispensables, dictando resolución en el plazo máximo de cinco días a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

2. En el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por la empresa en su solicitud, se dará a ésta y a los representantes legales de los trabajadores el oportuno trámite de audiencia, que deberá realizarse en el término de un día.

3. La resolución de la autoridad laboral deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos o la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

4. En el supuesto de que, instruido el procedimiento, no se haya constatado la existencia de la fuerza mayor alegada, se podrá iniciar el oportuno procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, de acuerdo con lo establecido en el Título I.

5. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, la resolución de la autoridad laboral que no haya constatado la existencia de fuerza mayor por la empresa podrá ser impugnada por el empresario ante la jurisdicción social.

6. Los trabajadores podrán impugnar la decisión empresarial sobre la extinción de contratos o las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada en los términos establecidos en los artículos 15 y 24.”

De lo expuesto, cabe distinguir entre:

- Una resolución administrativa que constata la causa de fuerza mayor.
- Una decisión empresarial posterior.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en Sentencia 164/2022 de fecha 17 de febrero de 2022 (recurso de casación 258/2021), ha resuelto cuál sería el procedimiento adecuado para impugnar cada una de ellas, debiendo destacar que la misma ha sido dictada tras la reunión de la Sala en Pleno, dada las características y trascendencia de la cuestión planteada.²

Dicha sentencia tiene su origen en la demanda planteada por la representación legal de los trabajadores de una empresa que impugnaron el ERTE por Fuerza Mayor que, con ocasión de la Borrasca Filomena, acontecida en Madrid en enero de 2021, fue solicitado por aquella empresa.

Entiende la parte demandante que la actuación de la empresa no es ajustada a derecho por los razonamientos que se expresan en la demanda, solicitando finalmente en el Suplico de la misma que se declare nula o, en todo caso, injustificada la medida empresarial adoptada, consistente en la suspensión de los contratos de trabajo de 25 trabajadores.

Sin embargo, y a pesar de referirse la demanda únicamente a las irregularidades en la actuación empresarial, se demanda junto a la empresa a la Dirección General de Trabajo, si bien en calidad de interesado. Así lo indica el tenor literal de la sentencia del Supremo: *“Es cierto que se demandó, además de a la citada empresa, a la Dirección General de Trabajo, Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, si bien en calidad de interesado, y es cierto también que se pide su condena a estar y pasar por la declaración de nulidad o injustificación de la medida, pero no es menos cierto que se impugna exclusivamente la medida empresarial y no la resolución administrativa”*.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 14 de junio de 2021, estimó la inadecuación del procedimiento alegada de contrario, considerando que el cauce procesal adecuado para que el tribunal pudiera plantearse la estimación de la demanda sería la vía de los artículos 151 y ss. de la LRSJ, de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social excluidos los prestacionales.

La demandante, con fecha 31 de julio de 2021, interpuso recurso de casación al amparo de un único motivo residenciando en el artículo 207 b) LRJS, señalando que no se impugna la resolución administrativa que declara la existencia de fuerza mayor, sino la

² Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

decisión empresarial posterior que acuerda la suspensión de los contratos laborales por la causa de fuerza mayor constatada por la Autoridad Laboral.

El Tribunal Supremo, en la sentencia que aquí se comenta, resuelve la controversia señalando que (el subrayado es nuestro) “constatada la concurrencia de Fuerza Mayor y no impugnada la resolución administrativa que la comprobó, la medida empresarial, mediante la que se ejecute la suspensión de contratos o, en su caso, la reducción de jornada deberá impugnarse por el procedimiento de conflicto colectivo regulado en el artículo 138 LRJS, en el que ya no podrá cuestionarse la concurrencia de Fuerza Mayor, toda vez que la resolución administrativa, que la constató, adquirió firmeza”.

Indicando que “si se discrepa sobre la concurrencia de fuerza mayor, debe impugnarse necesariamente la resolución administrativa que la constató por el procedimiento del artículo 151 LRJS. Cuando no se haga así, dicha resolución habrá ganado firmeza y no será posible cuestionar la concurrencia de la fuerza mayor constatada en el procedimiento de impugnación de la medida empresarial correspondiente. Por tanto, cuando se impugne la medida empresarial de suspensión de contratos o de reducción de contratos, derivada de fuerza mayor, el procedimiento adecuado es el conflicto colectivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 138 LRJS”.

De lo expuesto por el Tribunal Supremo se puede extraer la siguiente conclusión:

Hay que distinguir dos vías procesales para impugnar el expediente de regulación de empleo (ERTE) por Fuerza Mayor, en función de cual sea el objeto de impugnación:

- El cauce de los artículos 151 y ss. de la LRJS, cuando lo que se impugna es la resolución administrativa que constata la fuerza mayor.
- El proceso de conflicto colectivo del artículo 138 LRJS, cuando lo que se impugna es la decisión empresarial posterior a la constatación de la fuerza mayor por la Autoridad Laboral.

Si se quiere aclarar más la cuestión, la Audiencia Nacional, en Sentencia 60/2020, de 29 de julio de 2020, Rec. 147/2020 distingue dos fases del procedimiento:

- Una primera fase dirigida a rebatir el contenido de la resolución administrativa que aprecie o deniegue la existencia de fuerza mayor.
- Una segunda fase posterior dirigida a enjuiciar si la decisión empresarial se ajusta a la autorización laboral concedida.

De acuerdo con lo expuesto, la primera fase se impugnaría por el cauce de los artículos 151 y ss. de la LRJS y la segunda por la vía del Conflicto Colectivo del artículo 138 LRJS.

Volviendo a la sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2022, al entender ésta que las pretensiones de las demandas se contienen en el suplico de las mismas y teniendo en cuenta, a la vista del suplico de la demanda origen del procedimiento, que la misma pretende la nulidad de la medida empresarial, “*permite concluir sin ningún género de dudas que la pretensión actora se dirige frente a la medida empresarial y no frente a la resolución administrativa que la constató*”, estimando por tanto el recurso de casación, casando y anulando la sentencia recurrida, desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento, retrotrayendo las actuaciones al momento de dictar sentencia para que la Sala de instancia resuelva las demás excepciones planteadas y, en su caso, el fondo del asunto.

A la vista del fallo del Tribunal Supremo, la sala de instancia, Sección 3ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entra a valorar el fondo del asunto desestimando la demanda, señalando en sentencia de 30 de marzo de 2022 que:

*“no se puede condenar a la Dirección General de Trabajo, Consejería de Empleo y Competitividad a estar y pasar por la declaración de que es nula o injustificada la suspensión de los contratos de trabajo que ella autorizó pues supondría derogar la Ley del Procedimiento Administrativo Común y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y la Ley Orgánica del Poder Judicial-como mínimo- que vedan declarar nula o injustificada una resolución administrativa que no ha sido objeto de impugnación alguna por los afectados por ella.
Supondría una extravagancia jurídica que se condenara a alguien que se ha limitado a ejecutar la autorización administrativa solicitada y obtenida cumpliendo todos los requisitos legales y que no ha sido objeto de impugnación. Y esto es lo que pasaría en este caso si atendemos a la demanda, donde lo que es objeto de impugnación es la concurrencia de fuerza mayor justificativa de la suspensión de los contratos”*

Es decir, considera que, si la resolución que determina la existencia de fuerza mayor no ha sido impugnada y por tanto es firme, no se puede condenar a la empresa que se ha limitado a ejecutar la autorización administrativa que ha obtenido para llevar a cabo la suspensión de los contratos, insistiendo, por tanto, en que el objeto de impugnación de este pleito era la fuerza mayor, no compartiendo, al parecer, criterio con el Tribunal Supremo.

En cualquier caso, y dejando al margen posibles interpretaciones en cuanto al objeto de impugnación, quedaría resuelta la controversia en cuanto al cauce procesal adecuado para la impugnación de los expedientes de regulación de empleo por fuerza mayor.