

ESTUDIOS

Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo
María Teresa Alameda Castillo

Las medidas para reducir el empleo público temporal a la luz del asunto IMIDRA y del RD-Ley 14/2021
Ignaasi Beltrán de Heredia Ruiz

¿Smartworking? La teoría de la doble carga de trabajo
Luciana Guaglianone y María Laura Parisi

Desplazamiento temporal de trabajadores. Novedades introducidas por el Real Decreto Ley 7/2021
Un análisis verificador
María Villa Fombuena

La clasificación profesional del personal estatutario. El desarrollo pendiente
Lidia De La Iglesia Aza

MERCADO DE TRABAJO

El gasto público en políticas activas de empleo en España
Lluís Franco I Sala

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONTRATACIÓN LABORAL

Universidad de Córdoba
Último giro jurisprudencial en materia de contratos temporales vinculados a subcontratas
José María Ruz López

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva
Empresas ficticias, intensidad en la prueba del fraude y actuación procesal del fondo de garantía salarial
Roberto Fernández Villarino

DERECHO A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL

Universidad de Valencia
La promoción profesional no debe ponderar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores
Francisco Trujillo Pons

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

159

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

159/2021
Cuarto Trimestre

TEMAS LABORALES 2021

159

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

159/2021
Cuarto Trimestre

159

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

159

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ	Viceconsejero de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 159/2021

Cuarto Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo	11
MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO	
Las medidas para reducir el empleo público temporal a la luz del asunto IMIDRA y del RD-Ley 14/2021	53
IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ	
¿Smartworking? La teoría de la doble carga de trabajo	85
LUCIANA GUAGLIANONE Y MARIA LAURA PARISI	
Desplazamiento temporal de trabajadores. Novedades introducidas por el Real Decreto Ley 7/2021. Un análisis verificador	105
MARÍA VILLA FOMBUENA	
La clasificación profesional del personal estatutario. El desarrollo pendiente	119
LIDIA DE LA IGLESIA AZA	

2. MERCADO DE TRABAJO

El gasto público en políticas activas de empleo en España	151
LLUÍS FRANCO I SALA	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONTRATACIÓN LABORAL

Universidad de Córdoba

Último giro jurisprudencial en materia de contratos temporales vinculados a subcontratas 171

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Empresas ficticias, intensidad en la prueba del fraude y actuación procesal del Fondo de Garantía Salarial 189

ROBERTO FERNANDEZ VILLARINO

DERECHO A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL

Universidad de Valencia

La promoción profesional no debe ponderar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores 201

FRANCISCO TRUJILLO PONS

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 215

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral* (Perú), *Arbeit und Recht* (Alemania), *Australian Journal of Labour Law* (Australia), *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Francia), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Bélgica), *Canadian Labour & Employment Law Journal* (Canadá), *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Estados Unidos de América), *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review* (Delavci in delodajalci-Eslovenia), *Derecho de las Relaciones Laborales* (España), *Diritti Lavori Mercati* (Italia), *Diritto delle Relazioni Industriali* (Italia), *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA-Alemania), *European Labour Law Journal* (Bélgica), *E-journal of International and Comparative Labour Studies* (Italia), *Giornale di Diritto del Lavoro* (Italia), *Industrial Law Journal* (Sudáfrica), *Industrial Law Journal* (Reino Unido), *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* (Holanda), *International Labour Review* (OIT), *Japan Labor Review* (Japón), *Labour and Social Law* (Bielorrusia), *Labour Society and Law* (Israel), *Lavoro e Diritto* (Italia), *Pecs Labour Law Journal* (Hungría), *Revista de Derecho Social* (España), *Revue de Droit du Travail* (Francia), *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (Italia), *Russian Yearbook of Labour Law* (Rusia), *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej* (Polonia) y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carllportal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesusacruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula y cursiva los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuadrados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos e autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacioninvestigacion/revistas-y-monografias>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 159/2021**

Fourth Trimester

INDEX

1. STUDIES

Technological recruitment. On algorithms and access to employment	11
MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO	
Measures to reduce temporary public employment in the light of the IMIDRA case and RD-Law 14/2021	53
IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ	
Smartworking? The double workload theory.....	85
LUCIANA GUAGLIANONE Y MARIA LAURA PARISI	
Temporary posting of workers. Novelties introduced by Royal Decree Law 7/2021. A verification analysis	105
MARÍA VILLA FOMBUENA	
The professional classification of statutory staff. The pending development.....	119
LIDIA DE LA IGLESIA AZA	

2. LABOUR MARKET

Public spending on active employment policies in Spain.....	151
LLUÍS FRANCO I SALA	

3. JUDICIAL COMMENTS

LABOR CONTRACTING

University of Cordoba

Latest jurisprudential turn in the field of temporary contracts linked to subcontractors 171

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ

ADMINISTRATIVE LABOR LAW

University of Huelva

Fictitious companies, intensity in the fraud test and procedural action of the Wage Guarantee Fund..... 189

ROBERTO FERNANDEZ VILLARINO

RIGHT TO PROFESSIONAL PROMOTION

University of Valencia

Career advancement should not weigh workers' right to digital disconnection 201

FRANCISCO TRUJILLO PONS

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 215

RECLUTAMIENTO TECNOLÓGICO. SOBRE ALGORITMOS Y ACCESO AL EMPLEO *

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid**

EXTRACTO

Palabras clave: reclutamiento, algoritmo, inteligencia artificial, discriminación, protección de datos

Las nuevas tecnologías manifiestan una extraordinaria capacidad de vulneración de los derechos fundamentales y ello tiene un impacto singular en el derecho de privacidad y en el derecho de no discriminación. Si, además, la inteligencia artificial lleva a cabo operaciones de clasificación personal con criterios algorítmicos y sin intervención humana significativa, también del derecho a la dignidad humana. En el contexto de una relación de trabajo tal situación de vulnerabilidad es evidente pero más aún en el proceso de acceso a un puesto de trabajo (reclutamiento por algoritmo).

Ante ello, es preciso fijar un completo diseño de garantías que incluya gobernanza de datos, seguridad y supervisión humana y deberes de transparencia. La dimensión preventiva se acompañaría de la reparadora y habría de implicar a actores públicos, privados y sujetos colectivos en la vigilancia previa y permanente de la implementación de sistemas de inteligencia artificial en el trabajo. En definitiva, avanzar hacia la gobernanza algorítmica.

En este contexto, la Unión Europea ya ha emprendido el camino hacia el desarrollo tecnológico ético y confiable, propio del modelo europeo y en abril de 2021 presenta la propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial

ABSTRACT

Key words: recruitment, algorithm, artificial intelligence, discrimination, data protection

New technologies show an extraordinary capacity to violate fundamental rights and this has a unique impact on the right to privacy and the right to non-discrimination. If, in addition, artificial intelligence carries out personal classification operations with algorithmic criteria and without significant human intervention, also the right to human dignity. In the context of an employment relationship such a situation of vulnerability is evident but even more so in the process of accessing a job (recruitment by algorithm).

Given this, it is necessary to establish a complete design of guarantees that includes data governance, security and human supervision and transparency duties. The preventive dimension would be accompanied by the reparative one and would have to involve public, private and collective actors in the prior and permanent surveillance of the implementation of artificial intelligence systems at work. In short, move towards algorithmic governance.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional Cambio tecnológico y transformación en las fuentes laborales: ley y convenio colectivo ante la disrupción digital. Agencia estatal de investigación. 2019-2021. RTI2018-094547-B-C21.

** ORCID 0000-0002-9590-6053

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL: EL RECLUTAMIENTO POR ALGORITMO
3. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL ACCESO AL EMPLEO Y ALGORITMOS APLICADOS AL RECLUTAMIENTO Y SELECCIÓN DE CANDIDATOS
 - 3.1. Tratamiento de datos, redes sociales
 - 3.2. Decisiones automatizadas y elaboración de perfiles
 - 3.3. Una recapitulación de garantías desde la protección de datos, un apunte desde la no discriminación y la posible proyección a la Inteligencia artificial
 - 3.4. Perfilando el derecho de transparencia frente al algoritmo
4. MARCO DE PROTECCIÓN EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL, DÓNDE ESTAMOS Y HACIA DÓNDE CAMINAMOS. LA RESPUESTA EUROPEA: PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (2021)
5. UN INTENTO DE FIJAR INCUMPLIMIENTOS, SUJETOS RESPONSABLES Y SUS CONSECUENCIAS. LAS LÓGICAS PROACTIVA Y REACTIVA
6. ESPACIO PARA LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. INTRODUCCIÓN

En un mundo tecnificado e hiperconectado, las nuevas tecnologías facilitan la vida y mejoran los procesos y la productividad. La máquina agiliza y, en principio, parece eliminar la subjetividad propiamente humana lo que puede redundar en innegables beneficios. En el ámbito de las relaciones de trabajo aquellas facilitan la selección de trabajadores y la gestión de los recursos humanos en el día a día de las empresas (asignación de tareas, distribución de tiempos y lugares de trabajo, evaluación y promoción profesional, consecución de objetivos, incentivos...).

Así, tanto en el acceso al empleo como en el desarrollo de la prestación de servicios, el empleador ejerce hoy un poder de dirección tecnológico que supone la participación de máquinas en el proceso de toma de decisiones (en su totalidad o en una parte del mismo). Aquí radica la novedad y también la necesidad de cautela y de fijar garantías porque, ahora, aquella máquina es un algoritmo que adopta decisiones que afectan a personas (potenciales candidatos a un empleo o trabajadores), lo que nos lleva, de partida, a su cuestionamiento desde los derechos de igualdad y no discriminación y también del derecho de privacidad (especialmente, derecho de protección de datos). Los algoritmos, no solo pueden perpetuar las desigualdades en la sociedad sino también integrarlas de manera opaca, al tiempo que se consideran objetivos y precisos (O'Neil)¹. Además, a través del *profiling* (elaboración de perfiles) se clasifica, etiqueta a las personas y se emiten juicios de

¹ *Armas de destrucción matemática, Cómo el Big Data alimenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Ed. Capitán Swing, 2018.

ellas hacia el futuro (podemos ser buenos para este trabajo, seremos productivos, qué parece que vamos a hacer y qué no...). Este hecho, sumerge a la sociedad en una concepción determinista que deja poco margen a la autonomía individual y al libre desarrollo de la personalidad².

Siguiendo con la igualdad, con carácter general, su proyección en el ámbito de las relaciones privadas es limitada pero, aquí, sí se despliega el principio de no discriminación. Esto es, el empresario habrá de evitar decisiones sesgadas que creen situaciones de discriminación lo haga con técnicas humanas o (ahora) digitales. En el ámbito del acceso al empleo, por ejemplo, el *objetivo* algoritmo habrá sido diseñado para obtener un resultado a partir de una secuenciación de pasos, pero ya aquí puede haber sesgos (sexo, edad, raza, religión...). Esto es, el código fuente del algoritmo revela su construcción sesgada que excluirá a determinados candidatos (v gr. se entrena al sistema utilizando única o principalmente datos relativos a hombres y ello se traduce en exclusión o resultados peores para las mujeres).

Pero hay más, esta sencilla operación que ahorra tiempo y costes en la selección de personal (la máquina no acusa cansancio, no hay que pagarle horas extras, puede seguir revisando CVs toda la noche o el fin de semana...)³ es frecuente que se haga más sofisticada mediante el aprendizaje automático profundo del algoritmo (*deep learning*). No es sólo la simple búsqueda de las características deseadas y la selección de candidatos adecuados sino que aquel, a partir de su propio aprendizaje, determina las características idóneas, por repetición (si hay más CV de hombres que aplican a puestos STEM, preferirá a hombres) y por asociación (Persona de color/hispano-delinuencia, Mujer. Reducciones jornada-menos productividad-...). El sistema de IA aprende mientras está funcionando y aquí los resultados no pudieron preverse ni anticiparse en la fase de diseño sino que son las repercusiones prácticas de las correlaciones que reconozca el sistema en un gran conjunto de datos⁴ (Comisión Europea), así, sus juicios se basan en predicciones matemáticas con parámetros estadísticos. Por tanto, desde la óptica de la no discriminación estaríamos ante dos situaciones posibles: a) En la primera hay una discriminación directa: voluntad de excluir a determinados candidatos de una oferta de empleo. b) En la segunda, *a priori*, no existe intencionalidad

² Morente Parra, V., “Big Data o el arte de analizar datos masivos. Una reflexión crítica desde los derechos fundamentales”, Derecho y Libertades, junio 2019, p. 21.

³ Además, en principio, basa sus resultados en criterios objetivos (elimina la subjetividad del reclutador –que, en ocasiones, pueden tomar decisiones por afinidad personal), adapta la productividad al puesto y predice acontecimientos futuros. Ahora bien, junto a estos pros, también hay contras: la eliminación de la figura humana del reclutador, la no consideración de aptitudes ni emociones personales, la práctica clonación de candidatos reclutados o la selección con sesgos.

⁴ *Libro Blanco sobre inteligencia artificial. Un enfoque orientado a la excelencia y confianza*. 2020, <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>).

discriminatoria...salvo que la empresa, que conociera el impacto discriminatorio del algoritmo, lo consintiera y lo continuara utilizando.

Se plantea aquí que la persona, la organización, más próxima a la vulneración de derechos, al incumplimiento, sea la que haya de asumir las consecuencias. No basta señalar como culpable al sistema automatizado que los protagonizó⁵.

Si el algoritmo puede desplegar efectos discriminatorios en todos los estadios de la relación de trabajo (y fuera de ella)⁶, en la fase de acceso al empleo, su impacto vulnerador de derechos fundamentales es especialmente intenso y en esta fase centraremos nuestro estudio. Al margen de tecnología, el candidato a un empleo o participante en un proceso de selección, goza también en aquí, de la protección jurídica de los actos discriminatorios (nulidad, reparación –indemnización por daños y perjuicios...) pero, en la práctica, ello se ve extraordinariamente dificultado por cuestiones de prueba. Esta debilidad se potencia ahora al combinar algoritmo, IA y *Big Data*⁷...a lo que hay añadir redes sociales. La IA sirve de apoyo a las redes sociales dotándolas de nuevos servicios y estas a su vez proveen de información y datos a los sistemas de IA⁸. La combinación de todo ello nos sitúa ante un escenario de potencial *discriminación algorítmica* (invisible, intensa y compleja técnicamente)⁹.

⁵ *When the algorithms mess up, the nearest human gets the blame*, MIT Technology Review. 28.5.2019.

⁶ Recientemente, el RD Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo modifica el art. 53.1 LISOS permitiendo a la ITSS emitir actas de infracción basadas en actuaciones automatizadas, en algoritmos, esto es, sin intervención directa del personal funcionario actuante en su emisión. En relación a los cambios incorporados, Molina Navarrete sostiene que si el algoritmo de empresa puede discriminar a las personas empleadas, el algoritmo de la Administración de la Seguridad Social también puede a las empresas (o personas autónomas) fiscalizadas. De ahí que se reclame extender las garantías del Estado de derecho (transparencia, motivación accesible...) a las decisiones administrativas mediante algoritmos predictivos de eventuales fraudes a la Seguridad Social (“Duelo al sol digital. ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí, a tu empresa también, Revista Trabajo y Seguridad Social CEF, nº 457, abril 2021, p. 19).

⁷ El *Big Data* es una tecnología disruptiva que se vale de un nuevo tipo de análisis de datos, consistente en la identificación de patrones conductuales y, como consecuencia de ello, delimita un nuevo conocimiento sobre el individuo y posibilita su clasificación personal. Es conocido como la tecnología de las cinco v: volumen, variedad, velocidad, valor y veracidad (Morente Parra, V., “El Big Data o el arte de analizar datos masivos...”, *op. cit.*, p. 225.).

⁸ CUATRECASAS. Instituto de Estrategia legal en RRHH. Proyecto Technos 2016-2019, *Inteligencia artificial y su impacto en los recursos humanos, en el mercado de trabajo y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Ed Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

⁹ Sáez Lara, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, NREDT, nº 232, 2020, p. 4.

Así, el algoritmo se nutrirá y entrenará con datos y estos pueden ser facilitados por los propios candidatos a un empleo o no, pero igualmente utilizados en el proceso. En la búsqueda del candidato idóneo, se utilizarán datos que proceden de fuentes diversas, se interconectarán, se elaborarán perfiles y se sacarán conclusiones. Y en todo esto, ¿dónde están las garantías? ¿qué límites establece el derecho? De partida, como avanzamos, la utilización de IA y la capacidad de los algoritmos de transformar los datos sobre las características de los candidatos en predicciones sobre su desempeño futuro en el puesto de trabajo puede afectar, de un lado, a la prohibición de discriminación (art. 14 CE) y, de otro, a la protección de los datos personales (tratamiento de los datos, decisiones automatizadas, elaboración de perfiles—art. 22 RGPD¹⁰). Ahora bien, estas nuevas formas de gestionar el acceso al empleo (reclutamiento tecnológico) hacen que las posibilidades lesivas de aquellos derechos fundamentales se potencien y se expandan (alcanzando, por ejemplo, a otras dimensiones del derecho de privacidad o incluso al derecho a la dignidad humana), de ahí la necesidad de que las garantías de protección que ya tenemos sean objeto de reinterpretación, ampliación y, además, y junto a ello, sean precisas otras reglas específicas (IA). Sólo con el marco de garantías presente, la protección será insuficiente ante el *efecto multiplicador* del algoritmo en la vulneración de derechos fundamentales en los procesos de selección y contratación de trabajadores: aprende de sí mismo, capta masivamente datos (de los candidatos [o incluso de aquellos que ni siquiera lo son], de características de estos), trata datos (interconecta), elabora perfiles y toma decisiones.

En los últimos años, la espectacular proyección de la IA en todos los ámbitos y, también, en el mundo del trabajo ha abierto un interesante debate sobre su impacto en los derechos humanos y la necesidad de fijar un marco de protección. En esta línea, el Consejo de Europa anima a los Estados miembros a incentivar la innovación tecnológica de acuerdo con los derechos humanos existentes, incluidos los derechos sociales y las normas laborales y de empleo reconocidas internacionalmente¹¹ y la Unión Europea, tras un intenso debate y acciones políticas y normativas diversas, ya ha presentado su Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia artificial¹².

Punto de partida esencial en el documento es la afirmación de que la posibilidad de sesgo y discriminación de los programas informáticos, los algoritmos y los datos debe abordarse estableciendo normas para los procesos de diseño y uso, ya que este enfoque podría convertir a aquellos en un contrapeso considerable al sesgo y la discriminación, así como en una fuerza positiva para el cambio social. Esto es, los

¹⁰ Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹¹ Recomendación CM/Rec (2020) 1 del Comité de Ministros de los Estados miembros. *Los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos*. 2020, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809e1154

¹² *Vid., infra*, 4.

algoritmos como instrumento al servicio de la no discriminación y los derechos humanos. De ahí la ambivalencia de la IA y los algoritmos que a la vez que pueden discriminar, pueden corregir la discriminación y los parámetros de actuación sesgados (IA al servicio de la diversidad)¹³. En este contexto, la *Estrategia española de IA* (2019) apunta entre las prioridades para el Gobierno español, la evitación de sesgos y prejuicios de género y otros tipos de discriminación y plantea enfocar, desde una visión multidisciplinar, el diseño general de los sistemas de IA desde un alineamiento de los aspectos éticos, legales y sociales y contribuir desde la I+D+I a la redacción de un Código ético de la IA¹⁴.

Es imposible predecir el desarrollo tecnológico futuro pero, como expresa Merino Rus, sí podemos anticipar para qué mundo lo queremos: uno que respete la dignidad, libertad e igualdad de las personas orientando los avances en tecnología a estos principios universales o uno que los menoscabe e incluso los anule. Para dirigirnos a lo primero y no a lo segundo, la IA y los algoritmos habrán de ser justos, diseñarse y aplicarse de buena fe, ser inclusivos, confiables, explicables y auditables¹⁵. En esta línea, la Comisión europea perfila los rasgos de la IA confiable: acción y supervisión humanas, solidez técnica y seguridad, gestión de la privacidad y los datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social y ambiental y rendición de cuentas. En la medida en que las máquinas están programadas para tomar decisiones de un modo lógico-matemático, puramente racional, la pérdida del *factor humano* quizá sea un lujo¹⁶ que no nos podamos permitir perder como especie. Y ello (el *humano al frente*) es, además, una exigencia que deriva de las garantías recogidas en las normas antidiscriminatorias y de protección de datos y del proyectado marco regulador europeo de IA.

2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL: EL RECLUTAMIENTO POR ALGORITMO

La aplicación de la IA en los procesos de selección de personal supone concentrar en un algoritmo, a través de una secuencia puramente matemática,

¹³ CUATRECASAS. Instituto de Estrategia legal en RRHH, Proyecto Technos, *Informe general. El impacto de las tecnologías disruptivas en la gestión de los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 202.

¹⁴ https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf,

¹⁵ *Los derechos humanos, la democracia y la igualdad en la era de los algoritmos y la Inteligencia artificial*, Asociación de Investigación por la Paz Gernika Gororatuz, Red Gernika, Doc 20, 2020, ps. 35 y 36. <https://www.gernikagororatuz.org/portfolio-item/derechos-humanos-democracia-igualdad-inteligencia-artificial-rafael-merino-rus/>

¹⁶ Martínez, “Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de *Big Data*. El contexto del Reglamento general de protección de datos”, *Dilemata*, nº 24, 2017, p. 154.

la búsqueda, selección y reclutamiento de candidatos a un empleo¹⁷. De partida, el filtrado de CVs y candidaturas en los procesos de selección se puede ver positivamente afectado por la IA pues se ganará en eficacia y rapidez en la criba de currículums, la automatización de la extracción de información de aquellos, o de los perfiles de redes sociales profesionales y su comparación con los requisitos del puesto ofertado, ofreciendo como resultado el conjunto de candidatos que mejor encajan y disponiendo de informes basados en la analítica de estos datos¹⁸. Este desplazamiento de los procesos humanos en las distintas fases de selección hacia sistemas automatizados plantea, no obstante, considerables desafíos e interrogantes. Partiendo de que la complejidad tecnológica dificulta las razones de los resultados y los hace difícilmente atacables, la apariencia de objetividad conduce a que aquellos se perciban como incuestionables¹⁹.

Ahora bien, aun cuando la aplicación matemática viene precedida de un previo testeo con una muestra significativa que estadísticamente permite concluir su fiabilidad, su empleo ha de sujetarse también a las prevenciones de la normativa de protección de datos en lo que se refiere (entre otros extremos) al derecho a obtener una respuesta humana, o lo que es lo mismo, no confiar al cien por cien de la decisión al cálculo algorítmico²⁰. Ello nos lleva a plantear si es posible indagar en el modelo que tomó la decisión para verificar si presenta sesgos (en su diseño o ejecución) o, lo que es lo mismo, el acceso al código fuente del algoritmo y

¹⁷ Para la Propuesta de Reglamento, IA son sistemas informáticos que, entre otros aspectos, recopilan, tratan e interpretan datos estructurados o no estructurados, identifican patrones y establecen modelos con objeto de extraer conclusiones o tomar medidas en la dimensión física o virtual sobre la base de dichas conclusiones y algoritmos, el modelo de cálculo u otras operaciones de resolución de problemas llevadas a cabo por programas informáticos para ejecutar una tarea. Por su parte, la lesión o daño es toda lesión física, emocional, mental, sesgo, discriminación o estigmatización, sufrimiento causado por la falta de inclusión y diversidad, pérdida financiera o económica, pérdida de empleo, o de oportunidad educativa, restricción indebida de la libertad de elección, condena injusta, daño medioambiental y toda infracción del Derecho de la Unión que sea perjudicial para una persona.

¹⁸ CUATRECASAS. Instituto de Estrategia Legal en RRHH. Proyecto Technos, *Informe general. Impacto de las tecnologías disruptivas...*, op. cit., p. 197.

¹⁹ El algoritmo es una tecnología intelectual que supone, en última instancia, la sustitución de juicios intuitivos por una respuesta objetivada. Un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un cálculo o resultado (Mercader Uguina, J., “Algoritmos: personas y número en el Derecho digital del trabajo”, Diario La Ley 23 de febrero de 2021. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/02/24/algoritmos-personas-y-numeros-en-el-derecho-digital-del-trabajo>, p. 1).

²⁰ Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 313.

aquí nos topamos con la protección de su *secretismo* como límite al derecho de transparencia. Después volveremos específicamente sobre esta cuestión²¹.

En el proceso de acceso a un puesto de trabajo podemos distinguir varias fases comenzando por el diseño de la oferta, el reclutamiento de candidatos, las distintas fases de selección con técnicas diversas (tests, dinámicas de grupo, *role play*, entrevistas medias...) y la toma de decisión (después, normalmente, de una entrevista final). La presencia de la tecnología en todas ellas es ya una realidad innegable que experimentará un desarrollo exponencial en el futuro. Desde el mismo diseño y lanzamiento de la oferta es fácil localizar supuestos que, de la mano de la IA, del *Big Data* y de las redes sociales generan impacto en la no discriminación. Pensemos en estas como vía de publicación de ofertas que sólo llegan a determinados perfiles por la acción de un algoritmo (ofertas flotantes/dirigidas. Sistema *Lookalike*) o del *branding* empresarial que permite a las empresas obtener información de los perfiles de empleados preferidos por sus clientes. Este mecanismo de detección del grado de satisfacción de los clientes que contribuye a la construcción de la reputación empresarial en internet (redes sociales, webs...), puede condicionar también la política de contratación de la empresa en base a los gustos de los clientes. Similar era la base fáctica del caso enjuiciado por la STJUE 10 julio 2008 Asunto *Firma Feyn NV*²² en el que el alto tribunal europeo consideró discriminatoria la conducta de la empresa de no contratar extranjeros porque sus clientes rechazaban la instalación de sus puertas de seguridad por estos. Claramente, esta decisión, mediatizada por prejuicios externos, tiene las consecuencias y protección jurídica de las conductas discriminatorias (nulidad, indemnización, eventual sanción administrativa), en este caso, en el acceso al empleo²³. Ahora bien, en el uso de sistemas digitales de reputación automatizados se podría deslizar el sesgo diluido en un criterio más genérico, el de la mejora de la prestación del servicio a los clientes, mezclado con otras variables consideradas por algoritmo en cuestión²⁴.

Hoy, el 95% de los departamentos de RRHH de grandes grupos y el 50% de las pequeñas y medianas empresas europeas utilizan ATS (*Applicant Tracking System*). El reclutador define el perfil del candidato con una serie de palabras clave que le gustaría encontrar en las cartas de motivación y en sus CVs. El robot escanea las candidaturas recibidas y calcula una tasa de adecuación entre la descripción de puesto y los CVs. Las candidaturas que tienen mejores evaluaciones son

²¹ *Vid., infra*, 3.4.

²² C-54/07,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0054&from=ES>.

²³ *Vid., Alameda Castillo, M.T., Estadios previos al contrato y discriminación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 303 ss.

²⁴ Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, *op. cit.*, p. 236.

presentadas al reclutador y los candidatos que fueron rechazados en el proceso de selección reciben, de forma automática, un correo de cortesía.

Pese a la aparente objetividad del algoritmo en esta fase, se pueden producir resultados indeseables. Un ejemplo reciente es el caso Amazon. En el año 2014, la compañía comenzó a construir una herramienta con el objetivo de automatizar y optimizar las búsquedas. Se desarrolló en el centro de Ingeniería de Edimburgo y el objetivo era diseñar una IA que pudiera rastrear la web con el fin de identificar talentos para incorporar a la compañía. Fueron creados 500 modelos informáticos y los entrenaron para que reconocieran unos 50000 términos que aparecían en los CVs de candidatos que se habían presentado en los últimos 10 años. Un año después, la empresa comprobó que el software calificaba a los postulantes a los empleos técnicos con un sesgo en contra de las mujeres pues al ser hombres la mayoría de los candidatos, el algoritmo infirió que ser hombre era un requisito necesario o conveniente para puestos técnicos y terminó seleccionando recurrentemente a hombres para esos. Así, la máquina penalizaba a las mujeres con independencia de su formación y experiencia. Después, la compañía modificó el modelo para que fuera neutral pero el sesgo persistía y decidió eliminar el programa en 2017²⁵.

Ahora bien, también se alude a las diversas fortalezas del reclutamiento tecnológico como son su posible flexibilidad, de un lado, y su capacidad para localizar perfiles muy especializados y escasos, de otro. En cuanto a lo primero, en el diseño del algoritmo se podría optar, por ejemplo, si no queremos perder ninguna candidatura idónea, por permitir un determinado porcentaje de ajuste (v gr. 70%) y nos incluirá perfiles que no se ajusten del todo pero se acerquen, con el objetivo de no dejar fuera ninguna candidatura potencialmente idónea. Viceversa, si establecemos un modelo que descarte a todos aquellos que no se ajusten al 100%, corremos el riesgo de excluir del proceso algún perfil válido, pero tendremos la certeza de que los que sean incluidos tendrán un grado de ajuste completo respecto a lo que estamos buscando. Por otro lado, determinados trabajos o profesiones -en relación a los cuales existe carencia de profesionales en el mercado- es especialmente adecuada la captación por IA, como las relacionadas con la transformación digital y la evolución estratégica de la tecnología (desarrollador de programas y de plataformas de conversación, analista de mercados, consultor de ciberseguridad...).

Existen otros muchos ejemplos de aplicación de algoritmos en el proceso de acceso a un empleo como los sistemas de gamificación y ludificación o la entrevista digital. En estos, a través de *killer questions* el sistema expulsa a candidatos al puesto ante respuestas no deseadas o bien a través de sistemas gamificados en línea (v gr. *juegos de Knack*) se persigue la valoración de aspectos no detectables en una entrevista personal como la intolerancia a la frustración o la incertidumbre²⁶. En

²⁵ Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, op. cit., p. 232.

²⁶ Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, op. cit., p. 244.

otras ocasiones, estos juegos online pretenden captar conductas, valores y aptitudes del candidato que, junto a la entrevista, también en línea, determinará quien acudirá presencialmente a las pruebas en la empresa. Por su parte, en la entrevista digital existen sistemas como el de la empresa de software británica *Cognisess* que desarrolló un programa que detecta los talentos adecuados para las empresas. El software recepciona un video que debe ser enviado por los candidatos a un sitio web hablando frente a la cámara sobre sus expectativas y antecedentes y si bien no se descartan procedimientos tradicionales como las evaluaciones psicotécnicas, quien decidirá finalmente quien es apto o no es la máquina. El algoritmo puede analizar las expresiones faciales fugaces en el video, con la posibilidad de detectar emociones básicas.

3. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL ACCESO AL EMPLEO Y ALGORITMOS APLICADOS AL RECLUTAMIENTO Y SELECCIÓN DE CANDIDATOS

Los algoritmos se alimentan de datos y las posibilidades de análisis de macrodatos (*Big Data*), la IA y el aprendizaje automático permiten reelaborar gran cantidad de informaciones simples, de forma que, combinadas entre sí a través de técnicas estadísticas y lógicas, es posible determinar, analizar, predecir ciertos aspectos de la personalidad o el comportamiento, los intereses y los hábitos de una persona²⁷. Así, de la misma forma que algoritmos seleccionan para nosotros, tendencias, posibilidades de ocio, información, por pistas o sesgos que hemos dejado en la red, intervienen en el reclutamiento y seleccionan candidatos con datos *esparcidos* en ella...Y la acumulación masiva y el cruce de datos de demandantes de empleo y candidatos y su tratamiento, aplicando algoritmos que se basan en los referidos modelos de aprendizaje automático, podría arrojar como resultado las exclusiones apriorísticas de personas con las competencias profesionales requeridas²⁸ en base a otras circunstancias, discriminatorias o no.

3.1. Tratamiento de datos, redes sociales

Hoy, las empresas tienen en cuenta el perfil digital de los candidatos en los procesos de selección sea de cuentas generalistas o específicas²⁹. El rastro o huella

²⁷ Mercader Uguina, J., “Algoritmos: personas y número en el Derecho digital del trabajo”, *op. cit.*, p. 1.

²⁸ Olarte Encabo, S., “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: Impacto sobre el derecho a la no discriminación”, DL, nº 100, 2020, p. 81.

²⁹ Las redes generalistas son aquellas en las que la interacción con los usuarios no tiene vocación definida sino que busca un espacio abierto a diversos usos mientras que las redes específicas

que dejamos en las redes va delimitando nuestro perfil o marca personal que luego puede ser objeto de consideración y también de exclusión en procesos de selección y contratación. La reputación online es objeto de valoración por los reclutadores. Como evidencia el *V Informe Infoempleo-Adecco sobre Redes sociales y Mercado de trabajo*³⁰, el 86% de las empresas consulta las redes sociales de los candidatos preseleccionados antes de tomar una decisión de contratación, el 31% de las organizaciones ha desestimado la candidatura de algún aspirante a un puesto de trabajo por la imagen que proyecta en alguno de sus perfiles en redes y el 55% de los profesionales de RRHH encuestados reconsideró su decisión de contratación después de consultar los perfiles en redes de algún candidato preseleccionado; el 36% lo hizo empeorando su decisión. Algunos ejemplos, palabras malsonantes e insultantes, ortografía y gramática, referencia al consumo de alcohol o drogas o su promoción, contenidos sexuales o poco apropiados, afiliación sindical y política, experiencias con armas, datos que contradigan los recogidos en el CV del candidato, comentarios negativos sobre empleadores o compañeros de trabajo... Asimismo, se valora la comunidad online del candidato: capacidad de relacionarse con otras personas del sector profesional (si ya se está o se ha estado empleado), proactividad, calidad de los contenidos publicados.

Pero, ¿se puede acceder a la información de las redes sociales de los candidatos? Parece que sí cuando las redes sean de acceso público y no restringido (privado). Ahora bien, esa información son datos objeto de tratamiento y aquí entra en juego la protección del RGPD y de la LOPDPyGDD³¹. Por tanto, habrá que respetar los principios de calidad y minimización de datos y los datos habrán de

tienen perfiles de usuarios predefinidos, como las redes profesionales, de ocio o de difusión del conocimiento (Tarabini Castellani Aznar, M., “Redes sociales del trabajador, protección de datos y acceso al empleo”, en AA.VV., (E. Monreal Brinsvaerd, X. Thibaut Aranda, A. Jurado Segovia), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al Prof. Pérez de Los Cobos en su 25º aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, ps. 256 y 257).

³⁰ El informe se basa en una muestra de 9.532 candidatos y de 295 profesionales de Recursos Humanos. <https://www.adeccorientaempleo.com/wp-content/uploads/2017/02/Informe-2017-Empleo-y-Redes-Infoempleo-Adecco-2.pdf>, p. 38.

³¹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de derechos digitales.

ser los estrictamente necesarios de acuerdo con la finalidad legítima perseguida³² -adecuados, pertinentes y limitados³³.

Así, en las fases de reclutamiento y selección de candidatos, la finalidad legítima es valorar la capacidad profesional del candidato y para que el tratamiento sea lícito, los empleadores han de cumplir unos requisitos: a) considerar si el perfil del candidato en las redes es privado o público, b) recabar y tratar únicamente si es necesario y relevante para el desarrollo del puesto ofertado, c) suprimir los datos personales tan pronto como el candidato sea descartado o rechace la oferta, d) que el interesado sea informado de dicho tratamiento de datos antes de que participe en el proceso de selección (Goñi Sein)³⁴.

En definitiva, en un proceso de selección, es posible captar y utilizar los datos de un candidato publicados en redes sociales dentro de este marco de información contextual e igualmente, se podría rechazar a un candidato en base a esa información, siempre que no se base en causas discriminatorias. Es lógico admitir el interés del empresario en conocer a los candidatos a un puesto de trabajo en lo que respecta a su capacidad profesional pero es inadmisibles su intromisión en aspectos y circunstancias personales que nada tienen que ver con la actividad a ejecutar³⁵, aun cuando ahora las redes sociales permitan un acceso fácil a aquella información y una lesión de derecho de privacidad de candidatos a un empleo.

Es evidente que en el contexto tecnológico en el que vivimos, cuando nuestra manera de relacionarnos se mueve en ámbitos digitales y la vida personal y

³² En todo caso, el tratamiento por parte de la empresa o mediador en el empleo, de los datos personales de los trabajadores procedentes de sus cuentas o perfiles en las redes sociales, deberá sujetarse a los principios que deben regir el tratamiento (art. 5 RGPD): a) licitud, lealtad y transparencia del tratamiento, b) limitación de la finalidad, es decir, datos recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines, c) minimización de los datos, pues deben ser estos adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación a los fines para los que son tratados, d) exactitud y, además, deberán adoptarse para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos, e) limitación del plazo de conservación -no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales, f) tratados con integridad y confidencialidad, de tal manera que se garantice la seguridad adecuada de los mismos.

³³ Grupo del Trabajo del art. 29 (en adelante, GT29) -hoy Comité Europeo de protección de datos, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679* - <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf>).

³⁴ *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2018, p. 68.

³⁵ De Vicente Pachés, F., “Acoso y discriminación en el trabajo a través de dispositivos tecnológicos o digitales: su incidencia en la fase de selección y acceso al empleo”, en AA.VV (S. Ruanos Albertos), *Nuevas formas de acceso al empleo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, p. 218 y p. 219.

profesional se proyecta y expone ante millones de potenciales usuarios de redes desarticulamos en parte el derecho a la intimidad. Este derecho se configura como un derecho defensivo, de protección frente a injerencias por parte de otro o como pretensión de exclusión de cualquier forma de conocimiento intrusivo y de divulgación. Claramente no es el derecho que opera cuando el propio usuario de la red lleva a cabo actuaciones en el seno de la misma que permiten el conocimiento de dichas esferas personales. De ahí que la configuración como canal abierto o semiabierto de comunicación de la red social, en la mayoría de sus usos, va a determinar qué derechos le son aplicables³⁶ dentro del amplio marco del derecho de privacidad.

Así, en primer lugar, el derecho que vela por los usuarios que interactúan en las redes sociales es el derecho a la protección de datos personales. Este derecho fundamental autónomo vinculado a la privacidad, ampara a todos aquellos datos que identifiquen o permitan identificar a una persona³⁷, es el derecho fundamental al control sobre los propios datos (derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática –art. 18.4 CE–) y garantiza a los individuos un poder de disposición sobre los datos personales que han sido revelados o expuestos. El derecho de protección de datos, también alcanza a aquellos datos personales públicos que puedan ser accesibles al conocimiento de cualquiera pero que no escapan al poder de disposición del afectado e integra el derecho a decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero o cuáles puede ese tercero recabar, permitiendo también al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso³⁸. Ahora bien, también habría margen para el derecho a la intimidad respecto de los contenidos que aquel haya reservado al conocimiento de unos pocos ante su divulgación (si es red privada o limitada a un círculo cerrado y determinado de personas)³⁹. Por ello, en el marco de este trabajo, no sería lícito por

³⁶ Tarabini Castellani Aznar, M., “Redes sociales del trabajador, protección de datos y acceso al empleo”, *op. cit.*, p. 257.

³⁷ Como expresa la STC 292/2000, de 30 de noviembre, el hecho de ser datos de carácter personal no puede identificarse con datos relativos a la vida privada o íntima de las personas porque el ámbito de la protección de datos es mucho más amplio y alcanza a todo dato que permita la identificación de una persona pudiendo servir para elaborar un perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otro tipo o que sirva a cualquier utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo. En esta línea, expresará Cruz Villalón que el derecho de protección de datos se proyecta sobre cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean o no fundamentales (*Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2019, ps. 10-11).

³⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre y 29/2013, de 11 de febrero. Tarabini Castellani Aznar, M., “Redes sociales del trabajador, protección de datos...”, *op. cit.*, ps. 258.

³⁹ Como recuerda Mercader Uguina, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos no tienen que ir necesariamente unidos. En ocasiones, determinados actos o hechos pueden

no existir fundamento jurídico alguno, solicitar las contraseñas de redes sociales a los candidatos (*shoulder surfing*) o solicitar amistad o petición de seguimiento pues, en estos casos, se produciría una intromisión ilegítima en la esfera privada de aquellos⁴⁰. Además, habría que referir otra dimensión del derecho de privacidad que podría verse afectada, el derecho al secreto de comunicaciones, cuando en el marco de las dichas redes sociales, se utiliza la aplicación de mensajería (canal cerrado y bilateral).

Cabría cuestionar aquí, además, el tema del consentimiento. El tratamiento de datos de carácter personal puede llevarse a cabo si es necesario para la adopción de medidas precontractuales a instancia del interesado (art. 6.1.b] RGPD). Así, es admisible con fines de empleo y, entre ellos, se incluye el reclutamiento de los trabajadores en el que aquel tratamiento no requerirá consentimiento pero sí información, en los términos de los art. 13 RGPD y del art. 11 LOPDPyGDD. En este precepto se establece la obligación del responsable del tratamiento de aportar la información básica (identidad del responsable del tratamiento, finalidad del mismo y posibilidad de ejercer los derechos recogidos en los arts. 15 a 22 del Reglamento) y de indicar una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información. En el párrafo segundo de este art. 11 se establece, además, que si los datos obtenidos del afectado fueran a ser tratados para la elaboración de perfiles, la información básica comprenderá esta circunstancia y el afectado deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar, cuando concurra este derecho conforme a lo previsto en el art. 22 del RGPD. Por tanto, habrían de aplicarse las garantías allí establecidas⁴¹.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando los datos estén en redes sociales en relación a las cuales se ha expresado un consentimiento genérico?⁴² Pues, claramente, ello

ser constitutivos de vulneración a uno y no de otro al tratarse de categorías diferentes (*Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Ed Francis Lefebvre, Madrid, 2019, 3ª edición, p. 23 y p. 24).

⁴⁰ En este sentido, Talens Visconti, E., *Incidencia de las redes sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal*, Ed Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 30 y Fernández Fernández, R., *Redes sociales y Derecho del Trabajo. El lento tránsito desde la indiferencia legislativa a la necesaria regulación legal o convencional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 86. También, *Dictamen GT29 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo* (17/ES. WP 249) y *Recomendación CM/Rec (2015)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa* que señala que el empleador debería evitar solicitar acceso a aquella información que los candidatos compartan online, especialmente en redes sociales. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a

⁴¹ *Vid., infra*, 3.2.

⁴² En el caso de red de carácter abierto, se localizan pronunciamientos judiciales que mantienen una renuncia voluntaria tácita a la privacidad (STSJ Asturias 14.6.2013 [R° 241/2013] y STSJ Galicia 25.4.2013 [R° 5998/2012]).

no legitimaría el tratamiento de datos *captados* que nada tuvieran que ver con la capacidad profesional del participante en un proceso de selección y, en relación a estos, además, habrían de cumplirse las reglas generales de finalidad, calidad de los datos (mínimos, pertinentes, necesarios) y el derecho de información al que acabamos de aludir (en este caso, art. 14 RGPD)⁴³. En esta línea, la *Recomendación CM/Rec (2015)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa* en referencia al tratamiento de datos personales de las personas físicas en el ámbito laboral⁴⁴, entiende que los datos personales recopilados por los empleadores con fines de empleo deben ser relevantes y no excesivos, dado el tipo de empleo y las necesidades de información del empleador⁴⁵. También para el GT29 (*Dictamen 2/2017*) los empresarios no deben asumir que simplemente porque el perfil de una persona en las redes sociales es de acceso público, está permitido que traten esos datos para sus propios fines pues para ello se requeriría un fundamento como es el interés legítimo. Además –como acabamos de referir– los empresarios solo podrán recoger y tratar datos personales relativos a los solicitantes de empleo en la medida en que la recopilación sea necesaria y pertinente para el puesto. Por ejemplo, el empresario podría tener la base jurídica necesaria -interés legítimo, condición de licitud del tratamiento-⁴⁶ para revisar la información de acceso público relativa a los candidatos si fuera preciso evaluar los riesgos específicos de estos respecto de una función específica y están correctamente informados (v gr. en el texto de la oferta de trabajo)⁴⁷. Además, podría haber supuestos excepcionales (empresas de tendencia y para puestos de tendencia) en los que fuera necesario revisar la información de acceso público relativa a los candidatos en relación con las opiniones políticas, las convicciones religiosas. Por su parte, si se tratara de datos extraídos de redes profesionales, la situación sería distinta porque, precisamente, la presencia en las

⁴³ En esta línea también, Méndez, V., “Redes sociales y procesos de selección”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 937, 2018, p. 12 y Rodríguez Escanciano, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 208.

⁴⁴ Esta recomendación pretende unificar el tratamiento y control de los riesgos que la exposición actual a las nuevas tecnologías y los medios de comunicación electrónica plantea en cuanto a la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores.

⁴⁵ Afirma también que los datos de los candidatos deberían eliminarse en el momento en que se tome la decisión de no contratarlos (aunque será posible conservarlos para futuras convocatorias si se advierte de ello y se permite a los candidatos solicitar la cancelación de sus datos en cualquier momento).

⁴⁶ Tarabini Castellani Aznar, M., “Redes sociales del trabajador, protección de datos y acceso al empleo”, *op. cit.*, ps. 266-267. También, Mercader Uguina, *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2019, 3ª edición, p. 91.

⁴⁷ *Dictamen GT29 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo*, cit.

mismas ya tiene una connotación profesional⁴⁸. En estas, el profesional, de manera voluntaria proporciona aquellos datos que estima relevantes a esos efectos.

Al margen de estas particulares consideraciones para redes profesionales y para determinados trabajos, la posibilidad y realidad de captación de datos en redes se potencia y amplía cuando en el proceso intervienen algoritmos que, precisamente, tienen su fortaleza en localizar datos de muy distinta naturaleza, de fuentes diversas y seleccionar los candidatos más idóneos, lo que supone, además emitir decisiones predictivas⁴⁹.

3.2. Decisiones automatizadas y elaboración de perfiles

El art. 22 RGPD establece (no así la Ley española) la prohibición general de las decisiones basadas únicamente en tratamiento automatizado. Esto es, el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles⁵⁰, que produzca efectos jurídicos en él (individuo) o le afecte de modo similar y que no se basarán en las categorías especiales de datos, salvo que medie consentimiento o puedan aducirse razones de un interés público esencial, con las cautelas sobre el mismo expresadas en el RGPD y siempre que se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado. Ello supone, como expresa el GT29, que en las decisiones automatizadas los datos han de ser tratados de manera leal, lícita y transparente pues la elaboración puede ser desleal y generar discriminación, por ejemplo, al denegar a las personas el acceso a oportunidades de empleo⁵¹.

Por tanto, hay una prohibición general de decisiones individualizadas basadas únicamente en tratamiento automatizado pero aquellas dos excepciones

⁴⁸ En Alemania, la Ley Facebook permite a los empresarios consultar los datos de candidatos recogidos en redes sociales profesionales (LinkedIn, Xing...) y los contenidos en redes sociales generalistas (Facebook, Twitter, Myspace...).

⁴⁹ Olarte Encabo, S., “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal...”, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁰ El art. 4.4 RGPD define la elaboración de perfiles como toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física. Aun cuando la referencia normativa conjunta a decisiones automatizadas y a elaboración de perfiles sea frecuente y ello pueda conducir a pensar que siempre han de ir juntas, puede no ser así. Esto es, pueden llevarse a cabo decisiones automatizadas con o sin elaboración de perfiles y la elaboración de perfiles puede darse sin realizar decisiones automatizadas.

⁵¹ *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, cit., p. 12.

(autorización por ley y consentimiento explícito del interesado) se acompañan de otra especialmente importante en el ámbito que estamos tratando. Se trata de los supuestos en los que sea necesario para la celebración o la ejecución de un contrato y, así, serían posibles las decisiones individuales exclusivamente automatizadas y la elaboración de perfiles a efectos de contratación pero aquí, el *criterio de necesidad* será requisito de licitud⁵². Además, el art. 22 se aplicará a las decisiones únicamente automatizadas parciales o previas (elaboración de perfiles) y a las finales y definitivas, pero siempre que produzcan efectos jurídicos o afecten significativamente de modo similar a la persona interesada. Así, como ya ha sido precisado doctrinalmente, esa afectación jurídica o significativa a los interesados de las decisiones automatizadas, es otra pieza clave del precepto. Claramente, las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles en el acceso al empleo entrarían aquí y, con frecuencia, se cumpliría con el requisito de necesidad (volumen de datos, personal afectado). No obstante, si no fuera así, las decisiones automatizadas sólo podrían actuar como colaboradores de los responsables empresariales, que analizarán la información procesada y, podrían incluso, modificar la decisión automatizada⁵³.

Dejamos a un lado esta última reflexión y seguimos con aquellos supuestos de autorización excepcional de decisiones totalmente automatizadas. En ellas, el responsable del tratamiento asume la obligación de adoptar medidas adecuadas para salvaguardar los derechos, libertades e intereses legítimos de los interesados y ello incluye, el derecho a obtener intervención humana, junto con la posibilidad de expresar el punto de vista e impugnar la decisión. Esta intervención, para no ser ficticia, ha de consistir en una labor de supervisión real y significativa y llevarse a cabo por persona autorizada y competente para modificar –en su caso- la decisión tomada por medios automatizados, teniendo en cuenta todos los datos pertinentes⁵⁴. El GT29 concreta, en estos supuestos que suponen excepciones al régimen general, el cumplimiento de las obligaciones de transparencia: a) informar al afectado de que se está llevando a cabo esa actividad, b) aportar información significativa sobre la lógica aplicable, c) explicar la importancia y las consecuencias previstas del tratamiento. Además, los datos habrán de ser tratados conforme a los principios generales expuestos, habrá que minimizarlos y tener capacidad para explicar

⁵² En esta línea Baz Rodríguez, J., *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital* Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 326. También, Mercader Uguina que sostiene que la necesidad implica que no se pueden adoptar métodos menos intrusivos para la privacidad -v. gr el volumen de candidaturas es muy elevado- (*Protección de datos y garantía de derechos digitales...*, *op. cit.*, p. 100).

⁵³ Sáez Lara, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo...”, *op. cit.*, ps. 10 y 11.

⁵⁴ Baz Rodríguez, J., *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital...*, *op. cit.*, p. 325. También, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial*, febrero 2020, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adequacion-rgpd-ia.pdf>, p. 28.

y justificar la necesidad de su recopilación y mantenimiento, siendo necesario, por su parte, asegurar la exactitud de los datos en todas las fases del proceso y compatibilizar -en su caso- el tratamiento ulterior con la finalidad original para la que se recopilaron datos (v gr. cuando se consiga el empleo).

A esto habría que añadir, conforme al art. 35 RGPD, que será necesaria evaluación del impacto de protección de datos (EIPD) cuando se lleve a cabo una evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar (apartado. 3.a)]. Esto es, cualquier decisión automatizada, incluida la elaboración de perfiles, y con independencia de que están basadas únicamente en tratamiento automatizados de datos o de si concurre intervención humana decisora⁵⁵. La EIPD ha de estar documentada y cuando se evidencia un alto riesgo residual, ha de someterse a la autoridad de control (en las condiciones establecidas en el arts. 36 RGPD). Además, ha de concretarse en la adopción de una serie de medidas específicas y concretas para la gestión del riesgo orientadas a reforzar las obligaciones de cumplimiento⁵⁶.

Se englobaría tal actuación en la responsabilidad proactiva, en línea con las afirmaciones de la AEPD en relación a las estrategias de transparencia, gestión del riesgo y mecanismos de auditoría y certificación que permitan el cumplimiento de las disposiciones del RGPD y mejoren la confianza de los usuarios en productos y servicios basados en IA. El RGPD no establece de forma específica qué elementos de responsabilidad proactiva hay que implementar de forma obligatoria o la forma de implementarlos, limitándose a proporcionar un amplio grado de flexibilidad para que distintos tratamientos se adecúen a la norma. Sin embargo, sí establece que dichas medidas se han de seleccionar siguiendo un análisis basado en el riesgo (RBT) y específicamente en el riesgo para los derechos y libertades de las personas con relación al tratamiento de sus datos personales y la elaboración de perfiles. Y entre estos riesgos, el más característico es el que se deriva del sesgo en los sistemas de toma de decisiones sobre las personas o su discriminación (*algorithmic discrimination*)⁵⁷.

En el ámbito interno, también contiene previsiones en la línea arriba expuesta, la *Carta de derechos digitales*⁵⁸ que dentro de los derechos en el ámbito laboral

⁵⁵ Sáez Lara, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto...”, p. 10.

⁵⁶ Aedp, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial*, febrero 2020, p. 32-33-

⁵⁷ AEPD, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial*, febrero 2020, p. 30.

⁵⁸ Desde el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se ha elaborado la *Carta de Derechos Digitales de España*, uno de los compromisos fundamentales del plan España

(XVII.4) establece que sin perjuicio del derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos de decisión automatizada –salvo en los supuestos previstos en la ley- se informará a los representantes de los trabajadores y a las personas directamente afectadas sobre el uso de la analítica de datos o sistema de IA en la gestión, monitorización o procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales. Este deber de información alcanzará, como mínimo, al conocimiento de los datos que se utilizan para alimentar los algoritmos, su lógica de funcionamiento y a la evaluación de resultados. Además, cuando se empleen procedimientos de IA que produzcan efectos jurídicos en las personas o les afecten significativamente se reconocen los derechos a solicitar supervisión e intervención humana y a impugnar la decisión (Derechos ante la IA. XXIII.2).

3.3. Una recapitulación de garantías desde la protección de datos, un apunte desde la no discriminación y la posible proyección a la Inteligencia artificial

En materia de selección y contratación de trabajadores, a la luz de la normativa de protección de datos y en relación a las decisiones automatizadas y a la elaboración de perfiles, el RGPD y el GT29 establecen garantías ligadas a la obligación de transparencia del responsable del tratamiento. En particular, este derecho de información se concreta, cuando el tratamiento implique la toma de decisiones basada en la elaboración de perfiles (independientemente de si entran en el ámbito de las disposiciones del artículo 22), en la aclaración de que el tratamiento tiene fines tanto de elaboración de perfiles como de adopción de una decisión sobre la base del perfil generado⁵⁹. Si se trata de decisiones únicamente automatizadas, la obligación de informar de la decisión totalmente automatizada y el supuesto excepcional en el que se fundamenta aquella, dada la prohibición general del art. 22 RGPD (celebración de contrato), el derecho a obtener una intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. En línea similar la AEPD precisará que si el tratamiento incluye la elaboración de perfiles o decisiones automatizadas, habrá que informar claramente que se

Digital 2025. En el proceso se ha contado con numerosas contribuciones de la sociedad civil, así como el trabajo de un grupo de expertos. El borrador de la Carta se sometió a consulta pública hasta el 21 enero 2021 y recoge un conjunto de principios y derechos para guiar futuros proyectos normativos y el desarrollo de las políticas públicas de forma que se garantice la protección de los derechos individuales y colectivos en los nuevos escenarios digitales. Reconoce el derecho a la igualdad en los entornos digitales, la no discriminación y la no exclusión y, además, en los procedimientos de transformación digital se aplicará la perspectiva de género. <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/secretaria-general-de-funcion-publica/Actualidad/2020/11/2020-11-19.html>

⁵⁹ Grupo Trabajo del art. 29 de la Directiva *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*. 17/ES. WP251rev.01, 2017 (revisión 2018), p. 18.

produce esta circunstancia, de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas de acuerdo con el art. 22 RGPD, de la información significativa sobre la lógica aplicada y de la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado⁶⁰. Junto a ello -como acabamos de indicar-, en todo caso, siempre que la empresa acuda a un sistema automatizado para la contratación de trabajadores deberá realizar la EIPD⁶¹.

Como expresión de transparencia, el derecho a la explicación, habrá de ser suficiente sobre cómo funciona un algoritmo sin revelar el secreto empresarial que lo protege –después desarrollaremos algo más esta cuestión- (*vid. infra*). En palabras de Rivas Vallejo, sin facilitar información sobre el diseño técnico o informático del mismo, se puede compartir una explicación funcional en lenguaje común para que cualquier persona interesada, sin los conocimientos técnicos suficientes, pueda entender bajo qué parámetros ha podido ser afectado por un modelo matemático de decisión⁶². Todo ello (y sin perjuicio de los derechos y acciones de defensa colectivas) serían elementos para fundamentar una eventual demanda por discriminación algorítmica en el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo⁶³.

¿Y qué ocurriría ante la negativa a aportar aquella información o si esta no fuera suficiente? Es interesante traer a colación aquí la STJUE 19.4.2012 Asunto *Galina Meister*⁶⁴, en la que el tribunal europeo, aun partiendo de la consideración de que de las Directivas de igualdad de trato (Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE) no se deriva un derecho a acceder a la información relativa a si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato, matiza que la negativa empresarial a ofrecer esta información al aquel, que de forma verosímil reúne las condiciones enunciadas en el anuncio de contratación y cuya candidatura ha sido rechazada, genera efectos en la tutela antidiscriminatoria pues tal denegación, se puede considerar un indicio de que la decisión empresarial

⁶⁰ Además, como otra manifestación de transparencia, los responsables deben proporcionar a los interesados, información sobre los mecanismos que les permita solicitar intervención humana en la evaluación o cuestionar la decisión tomada por el sistema de forma automática, más allá de lo estrictamente establecido en los artículos 13 y 14 del RGPD (*Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial*, cit., p. 23 y 34).

⁶¹ Sáez Lara, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto...”, p. 12.

⁶² *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, op. cit., p. 327.

⁶³ Olarte Encabo, S., “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal...”, op. cit., p. 82.

⁶⁴ C-415/10. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010C-0415&from=es>

consistente en la no contratación se ha producido por motivos discriminatorios (en ese caso se alegaba sexo, edad y origen racial)⁶⁵.

Cabría plantear aquí la oportunidad de aplicar esta garantía en los procesos de reclutamiento tecnológico a través de algoritmos reforzando las reglas en materia de prueba del Proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177-184 LRJS). En esta línea, la rúbrica XXV de la *Carta de los derechos digitales* tras declarar que todas las personas tienen derecho a la tutela administrativa y judicial de sus derechos en los entornos digitales afirma que los poderes públicos evaluarán las leyes administrativas y procesales vigentes a fin de examinar su adecuación al entorno digital y propondrán, en su caso, las reformas oportunas en garantía de los derechos digitales.

Al margen de ello y expuesta la protección vigente desde la protección de datos, la irrupción de la IA en el ejercicio de las potestades derivadas del poder de dirección lleva a cuestionarse si no podrá producirse una colisión con aquellos principios generales o, lo que es lo mismo, si la implantación intensiva de aquella en la organización del trabajo no desafía a la actual normativa de protección de datos⁶⁶ (licitud, lealtad, transparencia, limitación de finalidad, minimización, exactitud, limitación del plazo de conservación y derecho de información)⁶⁷. Así, por ejemplo, en relación a la minimización de los datos, no deberán de ser excesivos y habrán de recopilarse solo en la cantidad mínima necesaria para la finalidad para la que se recogen lo cual choca con el carácter expansivo del algoritmo y el uso de cantidades masivas de datos de muy diversas fuentes (*big data*). Algo similar ocurre con la limitación de la finalidad, con el principio de calidad y con los períodos de conservación de los datos. Junto a ello se plantea que el actual marco regulador

⁶⁵ De esta forma, la sentencia parece avanzar una suerte de potestad o facultad de información del candidato presuntamente discriminado sin perfilar, sin embargo, su alcance y la potencial afectación de derechos de otros candidatos -protección de datos, intimidad- (Alameda Castillo, M.T., *Estudios previos al contrato y discriminación*, op. cit., p. 329 y Carrizosa Prieto, E., “La concreción de los indicios de discriminación en la Jurisprudencia comunitaria”, AS, nº 51, 2012, BIB 2012/3057).

En cualquier caso, la sentencia de 2012 supone un avance respecto de posicionamientos judiciales anteriores como el contenido en la STSUE 21.7.2011 *Asunto Kelly*. C-104/10 que afirmaría la no existencia de un derecho del candidato a un puesto de trabajo a recibir información sobre el proceso de selección (razones de contratación de otros candidatos ante estimación de discriminación por razón de sexo, edad, origen étnico).

⁶⁶ Se plantea ya, si el marco de obligaciones que incorpora el RGPD y la L0 3/2018 no debería ser evaluado y programado en su cumplimiento como consecuencia de los saltos cuantitativos y cualitativos que se producen con la aplicación de la IA en todo el proceso productivo y sobre la persona del trabajador (CUATRECASAS. Instituto de Estrategia legal en RRHH. Proyecto Technos 2016-2019, *Inteligencia artificial. Impacto en la organización del trabajo...*, p. 26 e *Informe general. Impacto de las tecnologías disruptivas en la gestión de los recursos humanos*, p. 212).

⁶⁷ Arts. 5, 13 y 14 RGPD.

de los datos personales es una herramienta insuficiente e incompleta frente a los datos de entrenamiento del algoritmo que son anónimos o están anonimizados y, además, el sesgo podría producirse de forma espontánea por el propio aprendizaje progresivo que el algoritmo realiza automáticamente⁶⁸.

Pese a la reciente entrada en vigor de la actual normativa de protección de datos, se cuestiona si esta no ha envejecido ya, de manera prematura, como consecuencia de la presencia disruptiva de la IA en el mercado de trabajo. La propia Comisión europea en el *Libro Blanco sobre IA* precisa que será necesario adaptar la normativa sobre empleo (Directivas antidiscriminatorias) y ello nos lleva a plantearnos la necesidad de reforzar las garantías (en una dimensión proactiva y reactiva)⁶⁹ amén de la que disciplina la protección de datos. En esta línea afirmará Rivas Vallejo que el RGPD ha perdido vigencia y capacidad para absorber la complejidad del uso de la IA⁷⁰ y ello pese a que la Propuesta de reglamento sobre IA recuerda la plena aplicación del RGPD y su carácter complementario a las futuras normas sobre IA.

Llegados a este punto cabría plantearse si las propias garantías de la protección de datos no podrían servir de base, exportarse o inspirar el uso ético y confiable de la IA. No en vano las reglas que hoy tenemos sobre decisiones automatizadas y elaboración de perfiles, tratamientos típicos de sistemas de IA, están en las normas de protección de datos. La respuesta, por tanto, ha de ser afirmativa⁷¹. La propia AEDP se sitúa en esta línea como refleja su documento *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción* (febrero 2020)⁷². Entiende la Agencia que el empleo de estrategias de transparencia, gestión del riesgo y mecanismos de auditoría y certificación no sólo permitirán el cumplimiento de lo establecido en el RGPD, sino que mejorarán la confianza de los usuarios en los productos y servicios basados en IA. Será, además, una actividad continuada a lo largo de todo el ciclo de vida de los sistemas de IA que exigen vigilancia sobre la legitimidad ética de sus tratamientos y sobre los posibles efectos inesperados en su funcionamiento⁷³.

⁶⁸ Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, op. cit., p. 406.

⁶⁹ *Vid., infra*, 5.

⁷⁰ Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial en el trabajo...*, op. cit., p. 296.

⁷¹ En esta línea, sostiene Sáez Lara que, en el contexto de la IA, las exigencias del estándar de regulación del RGPD, constituyen un modelo para la normativa antidiscriminatoria (“El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, TL, nº 155, 2020, p. 58).

⁷² <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>.

⁷³ Para la AEPD se abriría también un nuevo mercado en este sector de actividad: ingenieros de privacidad, auditores, esquemas de certificación, profesionales acreditados, etc. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>, p. 7

3.4. Perfilando el derecho de transparencia frente al algoritmo

Las garantías expuestas las trasladamos ahora a las decisiones automatizadas adoptadas por algoritmos y el derecho de transparencia frente a ellos supone que la persona interesada debe poder obtener información sobre el mecanismo que ha llevado a la conclusión que le afecta y la decisión que le perjudica⁷⁴ (información significativa sobre la lógica aplicada). Como expone el Consejo Económico y Social europeo, esa transparencia no consiste en revelar códigos, sino en hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones que se toman⁷⁵. En esta línea el reciente RD Ley 9/2021, de 11 de mayo⁷⁶ (conocido como *Ley riders*) establece el derecho de los representantes de los trabajadores de ser informados por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de IA que afecten a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles⁷⁷. Por su parte, en la Propuesta de reglamento sobre IA, para los sistemas de alto riesgo –entre los que se incluyen los utilizados en la selección de trabajadores-, se exige transparencia suficiente –no transparencia total- y la obligación de aportación de información clara y adecuada a los usuarios y medidas de supervisión humana apropiadas para minimizar riesgos⁷⁸. También en esta línea, la *Recomendación del Consejo OCDE sobre IA* recoge entre sus principios la exigencia de que los sistemas de IA sean transparentes y claros, de manera que permitan a sus usuarios entender su funcionamiento y resultados⁷⁹.

Pero ¿hasta dónde llega esa información que articula el derecho de transparencia del interesado y, también de los representantes de los trabajadores? Revisamos a continuación los límites desde normas internas y comunitarias que parecen proteger el acceso al código fuente del algoritmo. Desde las normas de la Unión Europea:

- El Considerando 63 RGPD establece que el derecho de protección de datos no debe afectar negativamente a los derechos y libertades de terceros, incluidos los comerciales o la propiedad intelectual y, en particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos.

⁷⁴ Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, op. cit., p. 313.

⁷⁵ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AAOJ.C_2018.440.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2018%3A440%3ATOC

⁷⁶ Por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales.

⁷⁷ *Vid. infra*, 6.

⁷⁸ *Vid.*, con más detalle, *infra* 4.

⁷⁹ Adoptada el 22 mayo 2019 por 42 países. https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449?_ga=2.267309259.451607837.1621959205-2025991329.1621959204

Así, en base al Reglamento, podría negarse el acceso al código fuente de un eventual algoritmo utilizado en un proceso de selección y contratación de trabajadores en caso de reclamación de personas interesadas⁸⁰.

- Conforme a la Directiva 2009/24/CE, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador⁸¹ no pueden acogerse a la protección de los derechos de autor (Considerando 11) “*las ideas y principios implícitos en los elementos del programa, incluidas las de sus interfaces*” y tampoco lo estarán “*la lógica, los algoritmos y los lenguajes de programación que abarquen ideas y principios*”. Pese a que esta declaración excluiría la protección de los algoritmos por la vía de los derechos de autor, la STJUE 22.12.2010 Asunto *Bezpečnostní softwarová asociace* entendió que la combinación matemática a la que llamamos algoritmo sí constituye una creación intelectual, la que se documenta y escribe en lenguaje de código. Así el objeto de protección conferida por la Directiva abarcaría el programa de ordenador en todas sus formas de expresión, que permiten reproducirlo en diferentes lenguajes informáticos, tales como el código fuente y el código objeto⁸². Avanzando en esta línea, la Directiva sí ampararía una protección indirecta del algoritmo, cuando pueda plasmarse por escrito, ya que la norma extiende la protección a toda la documentación técnica y los manuales de uso de un programa, donde puede recogerse el citado algoritmo⁸³ (STJUE 2.4.2012 Asunto *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*)⁸⁴.

A nivel interno, se descarta la protección de los algoritmos por la vía de la propiedad industrial (Ley de Patentes), presenta dificultades de protección por la vía de los derechos de autor (Ley de Propiedad intelectual) y puede reconducirse, cumpliendo algunos requisitos, a la protección dispensada por los secretos comerciales (Ley Secretos empresariales):

- En relación a las patentes (art. 4.1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes) se requieren tres requisitos: novedad, actividad inventiva, y aplicación industrial. Estas podrían ser características predicables de los algoritmos pero el apartado cuarto de este artículo recoge una serie de supuestos excluidos de la protección que ofrece la patente por no ser considerados invención y, entre ellos, están los métodos matemáticos.

⁸⁰ Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, op. cit., p. 305.

⁸¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0024&from=ES>

⁸² Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, op. cit., p. 316.

⁸³ Economist & Jurist, *Protección legal de los algoritmos*, <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/proteccion-legal-de-los-algoritmos/>. 8.10.2018.

⁸⁴ https://eu.vlex.com/vid/judgment-of-the-court-838782369?from_fbt=1&forw=go&fbt=webapp_preview

También, el art. 52 del Convenio sobre Concesión de Patentes Europeas⁸⁵ excluye en su apartado 2 “*a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; (...) c) (...) así como los programas de ordenador*”. Ello ha servido de base a la Oficina Europea de Patentes (OEP) para denegar las solicitudes presentadas para patentar algoritmos⁸⁶.

- El RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril (Ley de Propiedad Intelectual) descarta la protección bajo derechos de autor de “*las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces*”. Por tanto, la protección de los algoritmos desde el ámbito de los derechos de autor se encuentra imposibilitada de forma directa. No obstante, como acabamos de ver, la jurisprudencia comunitaria sí incorpora márgenes de protección (*vid. supra*).
- Y llegamos a los secretos empresariales. Los algoritmos, como elementos de *know-how*, pueden gozar de la protección que confiere la Ley 1/2019, de 20 de febrero de 2019, de secretos empresariales que transpone la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Para ello, el algoritmo deberá tener la consideración de secreto empresarial. Será este cualquier información, relativa a cualquier ámbito de la empresa, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna tres condiciones fundamentales: a) que sea secreta, en el sentido de no ser generalmente conocida ni de fácil acceso para los círculos en que normalmente se utilizaría, b) que tenga valor empresarial como consecuencia de su carácter secreto y c) que se hayan adoptado medidas razonables por parte de su titular para que permanezca secreto. De esta forma, para que exista un secreto protegible no es suficiente con que el titular de la información aduzca simplemente que ella es secreta o confidencial sino que es necesario que efectivamente lo sea y que su revelación produzca perjuicios económicos o merme las ventajas competitivas de su titular⁸⁷. Algunos ejemplos de

⁸⁵ Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas, 5.10.1973 (versión consolidada tras la entrada en vigor del Acta de revisión de 29.11.2000). https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/Normativa/normas_sobre_proteccion_de_invenciones/Derecho_europeo_de_patentes/Convenio_de_Munich_sobre_Concesion_de_Patentes_Europeas.html

⁸⁶ Economist & Jurist, *Protección legal de los algoritmos*, cit.

⁸⁷ Azuaje, M., “El dilema de la transparencia algorítmica y los secretos empresariales”, ADefinitivas. Compartimos Derecho, AD 78/2020, <https://adefinitivas.com/adefinitivas-internacional/el-dilema-de-la-transparencia-algoritmica-y-los-secretos-empresariales-a-cargo-de-michelle-azuaje/>

prácticas para mantener seguro el secreto serían limitar el acceso a la información relevante, encriptar los ficheros o archivos que puedan tener información sensible, desarrollar políticas de empresa para regular el acceso a ficheros o firmar acuerdos de confidencialidad con aquellas personas que pudieran gozar de un acceso directo a la información especialmente sensible. El algoritmo como secreto empresarial gozará de una naturaleza patrimonial, será objeto de derecho de propiedad por parte de su titular, que podrá transmitirlo o licenciarlo y toda apropiación, revelación o utilización realizada sin su consentimiento o incumpliendo los pactos por los que se permitió su uso o acceso, se considerará una violación de secreto empresarial ilícita con la consiguiente obligación de reparación de los daños y perjuicios causados (art. 10 Ley 1/2019).

En definitiva, el acceso al algoritmo goza de la protección de los secretos empresariales y opera como un límite al derecho de transparencia pero, en el actual contexto de desarrollo tecnológico y de avance de la IA y el *Big Data*, esto puede derivar en situaciones desequilibradas, injustas o resultar lesivo de derechos que gozan del máximo rango de protección constitucional como el derecho a la no discriminación y el derecho a la protección de datos personales. De ahí la necesidad de aumentar los niveles de acceso y transparencia⁸⁸ y avanzar en el marco de garantías a nivel privado (individual y colectivo) y a nivel público⁸⁹. En esta línea, los controles previos y la posibilidad de realización de auditorías de los algoritmos, serían especialmente adecuadas en la medida en que, sin revelar la propia fórmula, se someterían sus resultados a control, para evidenciar si subyace un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico⁹⁰.

- La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública, y buen gobierno no se aplica a los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo o a candidatos a un empleo pues es una herramienta al servicio de la transparencia de las características principales del funcionamiento de los algoritmos que pueden esgrimir los administrados ante la Administración Pública. En relación a esta norma, en fechas recientes, el Ministerio de Transición ecológica se ha negado a liberar el código fuente del Programa BOSCO que otorga o deniega el derecho a recibir la ayuda del bono social de la luz en línea con la resolución del Consejo de Transparencia y buen Gobierno de 4 de septiembre de 2019. Esta respuesta limita extraordinariamente la posibilidad de que los ciudadanos comprueben si se ha producido arbitrariedad en la toma de decisiones y fue

⁸⁸ Azuaje, M., “El dilema de la transparencia algorítmica y los secretos empresariales”, cit.

⁸⁹ *Vid. infra*, 5 y 6.

⁹⁰ Berrenechea, G., “El algoritmo como secreto industrial y su control de legalidad”, Legaltoday, <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/el-algoritmo-como-secreto-empresarial-y-su-control-de-legalidad-2020-12-30/>, 30.12.2020.

objeto de recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Fundación CIVIO⁹¹.

4. MARCO DE PROTECCIÓN EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL, DÓNDE ESTAMOS Y HACIA DÓNDE CAMINAMOS. LA RESPUESTA EUROPEA: PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (2021)

Las instituciones comunitarias han facilitado e intensificado durante los últimos años la cooperación en materia de IA en toda la UE para impulsar su competitividad y garantizar la confianza sobre la base de sus valores. En la UE, la ventaja competitiva será la unión de progreso tecnocientífico y liderazgo ético⁹², en definitiva, un uso ético de la IA. Como expresa ADSUARA, los derechos humanos no son un límite a la innovación sino que le dan sentido⁹³. Tras la publicación de la *Estrategia europea sobre la IA* en 2018 y previa consulta de las partes interesadas, la Comisión formuló en 2019 unas *Directrices éticas para una IA fiable*⁹⁴ y una lista de evaluación para 2020. No buscaba sustituir la formulación de líneas de actuación político-normativa en materia de IA sino simplemente enmarcar la discusión sobre IA confiable (*Trustworthy IA*) para Europa. Se trata de generar un clima de confianza social en la IA (en el plano individual y colectivo, como base de la cohesión social)⁹⁵. Este IA confiable se centra en el respeto por la autonomía humana, la prevención de daños, la equidad, y la capacidad explicativa.

⁹¹ <https://civio.es/novedades/2020/09/03/codigo-fuente-radar-covid-transparencia-bono-social/>, 3.9.2021.

La Abogacía del Estado presentaría como prueba Informe pericial del Centro Criptográfico Nacional en el que se afirmaba que se emplean procesos de calidad en la revisión del código fuente para evitar su vulnerabilidad (que a su vez puede ocasionar un impacto severo en distintos ámbitos, como la seguridad pública o la propia seguridad jurídica de los administrados) lo que se lleva con terceros de confianza independientes. Ello ofrece, según el informe, garantías razonables (Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, *op. cit.*, 347-354).

⁹² Cortina, A., “Ética de la inteligencia artificial desde Europa”, *El país*, 6 junio 2019.

⁹³ *Las empresas aplauden que se regule la inteligencia artificial, pero alertan de su coste*, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/04/25/companias/1619371227_719934.html, 24.4.2021.

⁹⁴ <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>

⁹⁵ Baz Rodríguez, J., *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Ed. Bosh, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 294.

Paralelamente, en diciembre de 2018 se publicó el primer *Plan coordinado sobre la IA*⁹⁶ como compromiso conjunto con los Estados miembros y el Consejo Económico y Social Europeo publicaría diversos dictámenes relativos al impacto social de la IA, asumiendo el compromiso, como representantes de la sociedad civil europea, de estructurar, centralizar e impulsar un debate en la materia en el que intervinieran todas las partes interesadas. En el Dictamen *Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa* (2018)⁹⁷, recoge su posicionamiento en la materia. Parte de la afirmación de que los sesgos de los algoritmos, los datos de entrenamiento y los posibles efectos perversos de discriminación siguen siendo controvertidos pues, para unos, los programas informáticos de contratación predictivos podrían reducir las discriminaciones en la contratación y favorecer la contratación de los objetivamente mejores y, para otros, los algoritmos de contratación siempre pueden reflejar sesgos de los programadores y de los robots-contratadores. Por ello, es necesario velar porque sea posible un recurso humano en relación con el principio de transparencia: derecho a solicitar los criterios de decisión y por qué la recogida de los datos y su tratamiento, que habrán de responder a los principios de proporcionalidad y finalidad. Y, en todos los casos, los datos solo podrían utilizarse para los fines para los que han sido recogidos.

Por su parte, la Comisión, en *Libro Blanco sobre la IA. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, publicado en 2020⁹⁸, expondría una visión clara de la IA en Europa: un ecosistema de excelencia y confianza que sienta las bases de la Propuesta de reglamento 2021. La consulta pública sobre el Libro Blanco contó con una amplia participación e iba acompañado de un «Informe sobre las implicaciones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica». La Comisión Europea ha presentado (21 abril 2021) su Propuesta de reglamento para regular el uso de la IA⁹⁹. En palabras de Margrethe Vestager¹⁰⁰ en materia de IA «...la confianza es una necesidad, no un lujo. Con estas normas históricas, la UE encabeza el desarrollo de nuevas normas mundiales para garantizar que se pueda confiar en la IA (...). Además, al establecer los estándares [del sector] podemos allanar el camino hacia la tecnología ética en todo el mundo y garantizar que la UE siga siendo competitiva». La Comisión europea aspira a fijar unos estándares

⁹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795&from=DA>

⁹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IE1473&from=ES>

⁹⁸ <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>

⁹⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council, Laying down harmonized rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative Act* (Brussels, 21.4.2021 COM [2021] 206 final 2021/0106 [COD]).

¹⁰⁰ Vicepresidenta ejecutiva responsable de la cartera de una Europa Adaptada a la Era Digital.

internacionales en el sector de la IA, como ya hizo en materia de protección de datos y lograr una posición de liderazgo mundial. Reconoce que esta tecnología tiene un enorme potencial en ámbitos tan diversos como la salud, el transporte, la energía, la agricultura, el turismo o la ciberseguridad pero también entraña riesgos que pueden amenazar la seguridad de las personas y los derechos fundamentales; precisamente cita como ejemplos la opacidad de muchos algoritmos utilizados en los ámbitos de la contratación, la asistencia sanitaria o la aplicación de la ley. Por eso, ante el rápido desarrollo de la misma se quieren establecer reglas que fomenten una IA «*centrada en el ser humano, sostenible, segura, inclusiva y fiable*».

En este sentido, el *Libro Blanco sobre IA* ya definiría previamente cuáles habrían de ser las líneas de la futura normativa europea en la materia que debería exigir a los datos de entrenamiento y a su registro y entrada, garantías de respeto a los derechos fundamentales que constituyen el pilar social de la UE. Entre otros, requisitos que garanticen que los sistemas de IA se entrenan con conjuntos de datos amplios que sean suficientemente representativos, especialmente para garantizar que todas las dimensiones de género, etnicidad y otras posibles razones de discriminación ilícita queden correctamente reflejadas en esos conjuntos de datos. También requisitos destinados a garantizar que la privacidad y la protección de datos están adecuadamente protegidos mientras se usan los productos y servicios basados en IA con arreglo al RGPD.

Siguiendo con la Propuesta de reglamento sobre IA, cuando esta se apruebe, se aplicará de forma directa a todos los Estados miembros y a todos los actores públicos y privados, tanto dentro como fuera de la UE, cuando los sistemas de IA estén ubicados en ella o su utilización afecte a ciudadanos que residen en los 27. Así, podrá afectar tanto a los proveedores (v gr. una empresa que desarrolle una herramienta de evaluación de CV) como a usuarios de sistemas de IA de alto riesgo (por ejemplo, un banco que compre esa herramienta). La normativa no se aplica, sin embargo, a los usos privados no profesionales.

La IA se define en el Propuesta de Reglamento como un software que, a partir del uso de técnicas matemáticas y de programación que se enumeran en el Anexo I (lo que se conocen como algoritmos) produce resultados que sirven para realizar predicciones, recomendaciones de decisiones futuras. La idea de partida es la necesidad de minimizar los riesgos que produce una actividad a la que no se puede o no se quiere renunciar (la misma de casi cualquier otra regulación de actividades de riesgo, por ejemplo, las industriales). A partir de aquí, se pueden utilizar varios instrumentos o técnicas de intervención: la prohibición total o parcial de ciertas actividades para evitar los riesgos (siguiendo el principio de precaución), un régimen autorizatorio (control preventivo), otras formas de control preventivo (declaraciones responsables, por ejemplo), un control exclusivamente posterior (responsabilidad civil y, en su caso, penal de quien causa daños utilizando esa técnica creadora de riesgos), todo ello acompañado de un aparato inspector, que actúa, normalmente, a instancia de los perjudicados y que ayuda a estos y a

los tribunales a descubrir y acreditar las conductas infractoras. En la Propuesta de reglamento se combinan esos enfoques, que además se adaptan a la especialidad y complejidad del objeto de regulación¹⁰¹.

Las nuevas reglas se han elaborado basándose en el nivel de riesgo y la Propuesta de reglamento establece cuatro categorías: *riesgo inadmisibile*, *alto riesgo*, *riesgo limitado* y *riesgo mínimo*¹⁰². Los sistemas de IA incluidos en la primera serán prohibidos, pues se consideran una clara amenaza para la seguridad, los medios de subsistencia y los derechos de las personas. Esto abarca los sistemas o las aplicaciones de IA que manipulan el comportamiento humano para eludir la voluntad de los usuarios (por ejemplo, juguetes que utilicen asistencia vocal para incitar a comportamientos peligrosos a los menores) y sistemas que permitan la *puntuación social* por parte de Gobiernos. Los de *alto riesgo* estarán sometidos a una serie de obligaciones muy estrictas antes de que puedan comercializarse y abarcan las tecnologías de IA empleadas en infraestructuras críticas como el transporte (que pueden poner en peligro la vida), sistemas utilizados para filtrar los CV de candidatos en procedimientos de contratación, que pueden discriminar, o sistemas de calificación crediticia que pueden impedir que una persona obtenga un préstamo¹⁰³.

Ahora bien, dentro de este grupo, hay niveles. Un primer nivel sería el de aplicaciones de alto riesgo que sirven para la identificación biométrica

¹⁰¹ Huergo Lora, A., El proyecto de Reglamento sobre la Inteligencia Artificial,

<https://almacenederecho.org/el-proyecto-de-reglamento-sobre-la-inteligencia-artificial>, p. 1.

¹⁰² En el caso de sistemas de IA de *riesgo limitado*, se exigen obligaciones específicas de transparencia (v gr. en los robots conversacionales, los usuarios deberán ser conscientes de que están interactuando con una máquina para poder tomar una decisión informada de continuar o no). Por su parte, para los de riesgo mínimo o nulo, la Propuesta permite el uso gratuito de tales aplicaciones (videojuegos basados en la IA o filtros de correo basura) y no interviene aquí, ya que estos sistemas de IA solo representan un riesgo mínimo o nulo para los derechos o la seguridad de los ciudadanos.

¹⁰³ En detalle, IA aplicadas en infraestructuras críticas (por ejemplo, transportes), que pueden poner en peligro la vida y la salud de los ciudadanos; formación educativa o profesional, que pueden determinar el acceso a la educación y la carrera profesional de una persona (por ejemplo, puntuación en exámenes); componentes de seguridad de los productos (por ejemplo, aplicación de IA en cirugía asistida por robots); empleo, gestión de trabajadores y acceso al trabajo por cuenta ajena (por ejemplo, sistema de IA procesos de selección o clasificación de CV para procedimientos de contratación); servicios públicos y privados esenciales (por ejemplo, sistemas de calificación crediticia que privan a los ciudadanos de la oportunidad de obtener un préstamo); aplicación de las leyes, que pueden interferir con los derechos fundamentales de las personas (por ejemplo, evaluación de la fiabilidad de las pruebas); gestión de la migración, el asilo y el control de las fronteras (por ejemplo, comprobación de la autenticidad de los documentos de viaje), administración de justicia y procesos democráticos (por ejemplo, aplicación de la ley a un conjunto concreto de hechos).

(videovigilancia con identificación de sujetos) y para el funcionamiento de infraestructuras críticas¹⁰⁴. Para estas se exige verificación previa por un tercero independiente¹⁰⁵. El segundo nivel es el de aquellas aplicaciones típicas de la IA predictiva, como las que sirven para determinar la admisión (o no) de estudiantes a centros educativos, la contratación de trabajadores o su promoción dentro de la empresa, la concesión -o denegación- de créditos, la concesión de prestaciones sociales (y la vigilancia sobre el cumplimiento de sus condiciones)¹⁰⁶. Aquí, cada fabricante o diseñador tendrá que establecer, en cada producto de IA y en su proceso de creación y aplicación, una serie de medidas dirigidas a cumplir suficientemente los requisitos establecidos en los arts. 8-12 de la Propuesta y documentarlo. Esas medidas no serán las mismas en todos los casos, sino que tendrán que ser proporcionales al tipo de aplicación, a su complejidad, a los daños que pueda causar, al riesgo de que tales daños se produzcan...¹⁰⁷.

Dentro de este grupo de las aplicaciones de alto riesgo, en los dos niveles se concretan obligaciones gobernanza de datos, seguridad y supervisión humana y deberes de transparencia¹⁰⁸. En concreto, aquellas habrán de estar basadas en datos de alta calidad, representativos, libres de errores y completos (art. 8). Es preciso documentar y archivar los datos generados en la creación y utilización de la aplicación (art. 9), que debe estar bien hecha y ser fiable («*Solidez, exactitud y seguridad*», art. 12), quedar siempre sometida a la dirección humana (art.11, que entre otras cosas prohíbe que el sistema pueda rechazar la intervención humana o saltarse los mecanismos de seguridad establecidos en la aplicación) y tener un grado de transparencia *suficiente* (art- 10). No se exige una transparencia total,

¹⁰⁴ Sistemas que controlan una central energética o de abastecimiento de agua, por ejemplo y cuyo mal funcionamiento, o ataque malicioso, podrían causar daños muy graves.

¹⁰⁵ Para estos supuestos en los que la Propuesta exige que la conformidad sea certificada por un tercero (aplicaciones de IA que se utilizan en productos sometidos a normativa de seguridad, las de identificación biométrica y las de manejo y control de infraestructuras críticas), se regulan las entidades de verificación en términos similares a otros sectores: entidades que son independientes de las empresas cuyos productos verifican, y que están sometidas a regulación administrativa, además de tener un seguro de responsabilidad y disponer de competencias técnicas suficientes. Sus decisiones deberán estar sujetas a recurso (art. 29).

¹⁰⁶ También la *policía predictiva* y la evaluación de riesgos que se utiliza para distribuir los recursos policiales o las aplicaciones de IA dirigidas a su uso por jueces y tribunales.

¹⁰⁷ Hay algunos casos en los que sí se establecen normas que traducen los requisitos generales en estándares concretos y la Propuesta hace referencia a ellas (IA que se aplique en productos que tienen normas de seguridad que se extiendan también a aquella -vehículos de transporte- o cuando la UE apruebe estándares técnicos sobre algún aspecto de la IA).

¹⁰⁸ Las aplicaciones que no estén calificadas como de alto riesgo (las probabilidades de que con ellas se causen daños a derechos o bienes protegidos son menores) podrán asumir códigos de conducta voluntarios para dar cumplimiento a los requisitos establecidos para las aplicaciones de alto riesgo.

sino compatible «con el cumplimiento de las obligaciones legales del usuario y del proveedor» (art. 10.1), incluidas, lógicamente, las de respetar los secretos industriales utilizados en la propia aplicación, a los que se hace expresa referencia el art. 62.1. Como ya indicamos previamente, la regulación de la transparencia es una de las cuestiones más delicadas en materia de derechos frente a la IA y la Propuesta busca un equilibrio entre aquella y los derechos comerciales/empresariales que protegen la propiedad del algoritmo. En base a ello, el proveedor debe mostrar cómo funciona la aplicación, incluida su lógica general, así como los presupuestos de partida o una descripción de los datos que se hayan utilizado para su creación, pero no se le exige transparencia total sobre el *software* utilizado¹⁰⁹.

En definitiva, todos estos sistemas de alto riesgo, entre los que se incluyen aquellos aplicados a los procesos de selección y contratación de trabajadores (anuncio de vacantes, selección y filtro de solicitudes, evaluación de candidatos en las entrevistas/pruebas...), antes de ser comercializados, deberán seguir procedimientos adecuados de evaluación y mitigación de riesgos, tener garantías de alta calidad de los datos empleados que alimentan el sistema para minimizar los riesgos y los resultados discriminatorios¹¹⁰, tener un registro de la actividad para garantizar la trazabilidad de los resultados, aportar documentación detallada sobre el sistema y su finalidad para que las autoridades evalúen su conformidad, proporcionar información clara y adecuada a los usuarios y contar medidas apropiadas de supervisión humana para minimizar el riesgo. Ahora bien, como ya ha sido apreciado a nivel doctrinal, queda mucho que concretar porque estos requisitos son, en cierto modo, objetivos máximos a los que se debe tender, pero pueden conseguirse de muchas maneras y también con niveles de intensidad diferentes. Se puede aspirar a un nivel máximo, medio o mínimo de calidad o de seguridad¹¹¹.

¹⁰⁹ *Vid., infra*, 3.4 y 6.

¹¹⁰ A estos efectos, el *Libro Blanco sobre IA* establecería que su registro habría de parametrizarse en cuando debe afectar a los datos empleados para entrenar a los sistemas de IA de elevado riesgo y, en algunos casos, la conservación de los datos en sí mismos, para facilitar el seguimiento y la comprobación de las acciones o decisiones de aquellos potencialmente problemáticos, y para que, asimismo, se incentive el respeto de tales normas por los agentes económicos desde el principio. Y, por otra parte, habría de garantizarse la conservación del conjunto de datos utilizado para entrenar y probar los sistemas de IA, especialmente una descripción de sus principales características y el modo en que se escogió el conjunto de datos e incluso, en determinados casos justificados, los propios conjuntos de datos, las metodologías de programación y entrenamiento, así como de validación. Estos requisitos de registro persiguen –así se declara explícitamente– la evitación de sesgos discriminatorios.

¹¹¹ Huergo Lora, A., *El proyecto de Reglamento sobre la Inteligencia Artificial*, <https://almacenederecho.org/el-proyecto-de-reglamento-sobre-la-inteligencia-artificial>, p. 5.

Los Estados miembros deben establecer mecanismos de supervisión y también de sanción¹¹² y habrán de designar una o varias autoridades nacionales competentes para supervisar su aplicación y ejecución y llevar a cabo tareas de vigilancia del mercado. En términos de gobernanza, la Comisión propone que estas autoridades controlen las nuevas normas, mientras que la creación de un Comité Europeo de IA (con representantes de cada Estado, la Comisión y el Supervisor Europeo de Protección de Datos) facilitará su aplicación e impulsará la creación de normas en materia de IA y generará conocimientos especializados.

Cabría cuestionar si el futuro Reglamento comunitario agotará y resolverá los problemas jurídicos de la IA. Evidentemente no. En el ámbito objeto de este estudio, por ejemplo, al tratarse de aplicaciones de alto riesgo, para los algoritmos empleados en los procesos de selección y contratación de trabajadores, se precisaría mayor concreción y, además, aun cumpliendo con el régimen previsto, ello podría no evitar daños que suponen vulneraciones de derechos (los sistemas *aprenden* en su funcionamiento). Así, el cumplimiento de las obligaciones del Reglamento o de las que puedan fijar las legislaciones nacionales permitiría evitar la sanción (responsabilidad administrativa) pero no así la reclamación por daños y perjuicios (responsabilidad civil) aunque pudiera valorarse en qué medida la responsabilidad queda limitada (¿o excluida?) como consecuencia de la aplicación de esas medidas, que en principio suponen una actuación diligente dirigida a minimizar los riesgos. Es más, en el ámbito del empleo, como veremos a continuación, es necesario valorar las distintas actuaciones y posibles incumplimientos de fabricante (productor, desarrollador) pero también del empresario en el uso de los sistemas de IA.

Aquí, en el específico ámbito de las relaciones laborales (acceso y desarrollo), el poder de dirección tecnológico basado en algoritmos puede derivar en la adopción de decisiones discriminatorias y vulneración de distintas manifestaciones del derecho de privacidad por lo que las garantías han de ir más allá del derecho de transparencia y el control en el diseño de los sistemas de IA. Así, habrá que perfilar una auténtica *gobernanza algorítmica* con implicación de distintos actores¹¹³: controles públicos (certificación/acreditación –en su caso,

¹¹² La comercialización y/o uso de sistemas de IA que no cumplan con los requisitos de la Propuesta, habrá de ser sancionada (sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias) y se fijan umbrales en función del tipo de incumplimiento: a) relativo a prácticas prohibidas, 30 millones de euros o el 6% del volumen de negocio anual total a escala mundial del ejercicio financiero anterior, b) incumplimiento de cualquier otro requisito u obligación de la Propuesta, hasta 20 millones de euros o el 4% del volumen de negocio anual y c) suministraro de información incorrecta, incompleta o engañosa a los organismos notificados y/o autoridades nacionales, hasta 10 millones de euros o el 2% del volumen de negocio anual total.

¹¹³ En esta línea, en materia de decisiones automatizadas, ROIG aboga por ir más allá de la responsabilidad algorítmica y avanzar hacia un marco regulador participativo y en constante revisión; una perspectiva dinámica complementaria mediante plataformas formales e informales de cooperación entre la regulación jurídica y las soluciones técnicas: *gobernanza algorítmica* (*Las*

aparato sancionador público, control judicial), privados (auditoría algorítmica, declaración responsable, evaluación de impacto) y participación de sujetos colectivos (derechos de información y consulta, negociación colectiva). Es decir, abarcar actuaciones antes, durante y después de la utilización de algoritmos y contemplar las dimensiones preventiva y reparadora. Tal planteamiento resulta clave en la medida en que, de inicio, de forma consciente o inconsciente podrían haberse incorporado sesgos pero, además, y al margen de aquellos, el algoritmo, se nutre de otras informaciones o comportamientos no representativos de la población que pueden acabar produciendo efectos discriminatorios¹¹⁴. Se trataría de aplicar un vigilancia previa y permanente a la IA en las relaciones laborales, no de otra manera proyectaremos la ética al desarrollo tecnológico y haremos confiable la IA.

5. UN INTENTO DE FIJAR INCUMPLIMIENTOS, SUJETOS RESPONSABLES Y SUS CONSECUENCIAS. LAS LÓGICAS PROACTIVA Y REACTIVA

Conforme a lo dicho hasta aquí, el reclutamiento por algoritmo podría concretarse en diversas decisiones, conductas vulneradoras de derechos fundamentales (protección de datos -eventualmente también intimidad y secreto de comunicaciones-, no discriminación). Además, a nivel comunitario se avanza una serie de garantías que habrán de cumplirse en los procesos de selección de personal a través de algoritmo pues son sistemas de algo riesgo. Así, los eventuales incumplimientos generarían consecuencias indemnizatorias desde la óptica de los derechos fundamentales (uno o varios) y también sancionadoras (protección de datos, empleo) junto con el régimen sancionador que habrá de precisarse tras la futura entrada en vigor del Reglamento sobre IA. Y, en este marco, los posibles sujetos responsables podrían ser el empresario como gestor de las relaciones laborales en la empresa¹¹⁵ y usuario de sistemas de IA y el fabricante, desarrollador del algoritmo (prestadores, en el lenguaje de la Propuesta de reglamento, «*que introducen en el mercado o ponen en servicio sistema de IA*»).

El panorama expuesto exige, a todas luces, una labor de adaptación, actualización y también de creación en el ámbito de la responsabilidad, principalmente, administrativa y civil. Algo ya anunciado como necesario –como avanzamos- en la

garantías frente a las decisiones automatizadas. Del Reglamento General de Protección de datos a la Gobernanza algorítmica, Ed. Bosch, Barcelona, 2020, p. 20).

¹¹⁴ CUATRECASAS. Instituto de Estrategia legal en RRHH. Proyecto Technos 2016-2019, *Informe general...*, *op. cit.*, p. 202.

¹¹⁵ El empresario, además, podría ser responsable civil por cualquier persona con responsabilidad en materia de selección de personal en la empresa como Departamentos de RRHH o Relaciones laborales o incluso empresas externas de selección contratadas.

Carta de derechos digitales (labor de evaluación y reforma -XXV.4-). Además, como ya referimos también, el diseño de la tutela antidiscriminatoria se enfrenta a nuevos retos en su protección frente a discriminaciones directas e indirectas y se vislumbra ya la necesidad de ampliar aquella a la discriminación algorítmica ante decisiones parciales o finales automatizadas. Aquí, será clave la dimensión proactiva (y sin perder de vista su posible acumulación a la reactiva, pese a las dificultades que, en ocasiones, puede presentar) y la base de esta protección serían -en línea, como vimos, con la visión de la AEPD- la transparencia, la explicabilidad, la evaluación de impacto y la auditoría algorítmica¹¹⁶. Sólo a través de la transparencia y explicabilidad podrá evaluarse si el impacto discriminatorio deriva de la (falta de) calidad de los datos, de la forma en que trabajan, o/y de los poderes de predicción algorítmicos¹¹⁷.

En este contexto, de cierto *impasse* normativo, y en el específico ámbito de la selección y contratación de trabajadores podríamos pensar en varias situaciones posibles:

- El fabricante/desarrollador del sistema de IA cumple con el marco regulador futuro de IA pero aun así se han producido daños. Aquí ya se plantea si, en el marco de la responsabilidad, no sería oportuna la fijación de la obligación para aquel de concertar seguro obligatorio de responsabilidad civil¹¹⁸.
- El fabricante/desarrollador y el empresario cumplen en origen pero se producen resultados lesivos de derechos fundamentales (*deep learning*). Aquí, centrándonos en el empleador, podríamos cuestionar si aplicar un esquema de responsabilidad objetiva por daño en tanto que garante de la igualdad en las relaciones de trabajo en la empresa, con la posibilidad de valorar la concurrencia de factores que aminoren o excluyan la responsabilidad.
- El fabricante/desarrollador del sistema de IA no cumple, el empleador tampoco. El proveedor informático diseñó el algoritmo con sesgos que arrojan resultados discriminatorios y el empresario lo sabe o incluso lo ordenó (oculta propósitos discriminatorios detrás del algoritmo). Además, no cumple aquel las exigencias (futuras) de los sistemas de IA de algo riesgo.

¹¹⁶ Sáez Lara aboga por llevar a cabo las reformas normativas necesarias como la oportuna inclusión en el art. 17 ET de la referencia o llamada de atención al uso de aplicaciones de IA con la obligación legal de que el empresario realice la evaluación de impacto discriminatorio de las decisiones automatizadas, incluidas la elaboración de perfiles, con efectos sobre las personas trabajadoras, en el momento de su contratación o durante su relación laboral (“Algoritmo y discriminación en el empleo...”, *op. cit.*, ps. 14 y 17).

¹¹⁷ Sáez Lara, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral”, *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁸ CUATRECASAS. Instituto de Estrategia legal en RRHH. Proyecto Technos 2016-2019, *Inteligencia artificial. Impacto en la organización del trabajo...*, p. 44.

De partida, el empresario podría ser demandado en proceso de tutela de derechos fundamentales y condenado a pagar indemnización por daños y perjuicios pero también el fabricante pues a tenor del art. 177. 1 LRJS pueden ser legitimados pasivos en este procedimiento los «*terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios*», lo que permite incluir, entendemos, los procesos de selección. No obstante, la dificultad probatoria ya presente en todos los supuestos de discriminación en el proceso de acceso a un puesto de trabajo se acrecienta aquí, al tener que constatar de un lado, que el algoritmo es sesgado y, de otro, que el empleador fue responsable de ello¹¹⁹.

Imaginemos que el algoritmo de selección fue creado con sesgos y, además, se han vulnerado las obligaciones en materia de protección de datos, se producirían, entonces, dos vulneraciones de derechos fundamentales con las correspondientes obligaciones de reparación privadas y también podría entrar en escena el marco sancionador público. En estos casos, el sujeto pasivo es el empresario que es, además, el responsable del tratamiento¹²⁰ y podríamos pensar en las sanciones de la LISOS y de la LOPDPyGDD. Conforme al art. 16.1.c) LISOS será infracción administrativa muy grave «*Solicitar de datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante publicidad, difusión o cualquier otro medio, que constituyan discriminación en el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social o lengua dentro del Estado*») mientras que en la norma interna de protección de datos, el catálogo de sanciones administrativas es mucho más amplio (arts. 70-78 LODPyGDD) y alcanza a infracciones leves, graves y muy graves que podrían aplicarse a incumplimientos en materia de protección de datos en los procesos de selección de personal y contratación de trabajadores. Así, por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones del art. 22 RGPD en relación a las decisiones individuales automatizadas sería infracción constitutiva de sanción muy grave si se tratara de impedimento, obstaculización o no atención reiterada al ejercicio de los derechos allí establecidos, conforme a la LOPDPyGDD (art. 72. b)¹²¹ y no

¹¹⁹ Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo...*, op. cit., p. 343.

¹²⁰ La responsabilidad del encargado de tratamiento es, como se conoce, más limitada, pues únicamente responde de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones normativas dirigidas específicamente a los encargados o cuando haya actuado al margen o en contra de instrucciones legales del responsable (art. 82.5 RGPD).

¹²¹ También podría ser infracción leve la no atención a las solicitudes de ejercicio de los derechos establecidos en ese art. 22 RGPD, cuando no sean constitutivas de infracción muy grave (art. 74 d) LOPDPyGDD).

conforme a la LISOS¹²². De cualquier forma, al aparato sancionador descrito habrá que sumar, cuando en los procesos de selección y contratación de trabajadores intervengan algoritmos, las futuras sanciones administrativas por incumplimiento de obligaciones en estos sistemas de alto riesgo.

- El fabricante cumple, el empresario no. Por ejemplo, manipula el sistema o comprueba que el algoritmo está captando datos que no debe y/o es discriminatorio, no se respetan las garantías del art. 22 RGPD... y no adopta medida alguna para evitarlo. Tal actuación se concretaría en responsabilidad civil del empresario por vulneración de derechos fundamentales y responsabilidad administrativa en los términos expuestos.

6. ESPACIOS PARA LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Al margen de tecnología, en materia de acceso al empleo, la negociación colectiva incluye controles en el proceso y garantías frente a la no discriminación. Como ejemplo, el XVII Convenio colectivo estatal de empresas de Consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública¹²³ establece que en caso de reclamación contra la selección efectuada formulada por alguna persona trabajadora de la empresa que se estime injustamente pospuesta a favor de otra persona, el Comité de Empresa tendrá acceso a las Actas o Informe de evaluación y demás documentación del proceso selectivo relativas al empleado reclamante y al aspirante seleccionado¹²⁴.

El reclutamiento tecnológico y su potencial discriminatorio, supone, sin embargo, un paso más en la necesaria fijación colectiva de controles y garantías por parte de la representación de los trabajadores y la negociación colectiva.

¹²² Lógicamente, las posibles sanciones administrativas no serían acumulables si recayeran en los mismos sujetos, en base a los mismos hechos y fundamentos jurídicos (*non bis in idem*) y, en tal caso, impuesta una sanción por una de las autoridades (AEPD, Autoridad laboral) la otra autoridad habría de cesar en su actuación. En definitiva, operaría una especie de regla implícita de prioridad en la actuación temporal, la primera que resuelve bloquearía la continuidad de la segunda (Cruz Villalón, J., *Protección de datos personales del trabajador...*, *op. cit.*, p. 91).

¹²³ Resolución DGE de 22 de febrero de 2018 (<https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/06/pdfs/BOE-A-2018-3156.pdf>).

¹²⁴ Los procesos de selección asegurarán, además, la objetividad y no discriminación de la misma y en ellos tendrán preferencia para ocupar el puesto o puestos de trabajo que se pretendan cubrir con el nuevo o nuevos contratos, el personal de la empresa, siempre que obtenga igual evaluación en el proceso selectivo que las personas aspirantes a ingresar en la plantilla. La empresa informará por escrito al inicio del proceso de selección a los representantes de los trabajadores del tipo de proceso, filtros y actividades relacionadas con la selección (art. 12).

Ello nos conduce a la idónea articulación a este nivel del necesario derecho de transparencia. Esto es, derecho de información individual y colectiva, información que ha de ser básica y asequible (no hay que llegar al código fuente).

En este contexto, el *Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización*¹²⁵ (2020) recoge, entre sus principios básicos, la garantía del principio de control humano en la IA. Ello se concreta en que el despliegue de estos sistemas debe seguir aquel principio, deben ser seguros y evitar riesgos (evaluación de riesgos e inclusión de oportunidades para mejorar la seguridad y prevenir riesgos), seguir principios de equidad asegurando que los trabajadores y grupos estén exentos de prejuicios y discriminación injustos y ser transparente y explicable con una supervisión efectiva (su grado dependerá del contexto, gravedad y consecuencias)¹²⁶. Así, los convenios colectivos y acuerdos de empresa habrían de incorporar previsiones específicas en esta línea en materia de ingreso cuando la empresa utilice IA en los procesos de selección de personal. O, al menos, consultar e informar a los representantes de los trabajadores su introducción y utilización. La Comunicación de la Comisión *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*¹²⁷ apunta tal necesidad cuando la implementación de sistemas de IA en la empresa pueda provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de trabajadores.

La Ley de Secretos empresariales de 2019 ya habría avanzado la posibilidad de obtener de manera lícita secretos empresariales cuando sean cuestiones relacionadas con el ejercicio de los derechos de los trabajadores y los de representación de estos (art. 1.3). Trasladado a la IA, ello no puede entenderse en el sentido de que haya de revelarse todo el algoritmo sino sus bases o lógica de funcionamiento¹²⁸. Ahora, en esta línea ya, como se refirió previamente, el apartado dos del artículo único del RD Ley 9/2021 incorpora, una nueva letra d) en el art. 64.4 ET que establece el derecho de los representantes de los trabajadores de ser informados por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de IA que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de

¹²⁵ <https://www.ccoo.es/3ec9e3ddff84034c1a796cb52ac84c09000001.pdf>

¹²⁶ *Vid.*, Baz Rodríguez, J., “El Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización: un instrumento esencial para el desarrollo de los derechos digitales laborales en Europa”, en AA.VV. (dir. J. Baz Rodríguez), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia técnica, teletrabajo, inteligencia artificial*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2021, ps 436 y ss.

¹²⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2019:168:FIN>

¹²⁸ Creix, J., *Los algoritmos que rigen las relaciones laborales: así son y así se regulan*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/05/13/companias/1620936778_868244.html, 13 mayo 2021.

perfiles. Se recoge, por tanto, un derecho de información pasiva que se avanzaría, como vimos, en la *Carta de derechos digitales*¹²⁹.

Una precisión adicional, la protección frente a los secretos empresariales se dispensa a su titular que es «*cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo*» y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de información. Será el empresario el protegido por la ley cuando sea él el que ha diseñado, desarrollado el algoritmo de selección de personal pero, si no ha sido así (lo más frecuente), sino que lo ha hecho un proveedor tecnológico, es necesario incorporar algunos matices. De un lado, podrían surgir responsabilidades (acciones civiles por daños y perjuicios) del empresario frente al proveedor tecnológico si este revelara datos esenciales de algoritmo (más allá de la transparencia suficiente y de la lógica de funcionamiento del mismo) y, de otro, el empresario solo podrá cumplir con su obligación de transparencia frente al algoritmo (frente a los representantes de los trabajadores o acciones individuales en caso de vulneración del derecho de protección de datos o indicios de discriminación) cuando se le haya aportado esa información. De ahí la importancia de cumplimiento y articulación de la obligación que establece la Propuesta de Reglamento sobre la información adecuada y suficiente a los usuarios en los sistemas de IA de alto riesgo.

Siguiendo con la negociación colectiva, el XXIX Convenio colectivo del sector de la banca 2021¹³⁰ ya incorpora previsiones en este sentido centradas en las decisiones automatizadas y el derecho de información y transparencia frente al algoritmo. El art. 80.5, bajo la rúbrica *Derechos ante la IA* comienza afirmando que las nuevas herramientas basadas en algoritmos pueden aportar valor hacia una gestión más eficiente de las empresas, ofreciendo mejoras en sus sistemas de gestión. Sin embargo, el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología requiere de una implantación cuidadosa cuando se aplica en el ámbito de las personas. Por ello, las personas trabajadoras tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley, así como derecho a la no discriminación

¹²⁹ *Vid. supra*, 2.

¹³⁰ Resolución de 17 de marzo de 2021 que registra y publica el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca (BOE 30 marzo 2021).

Otro ejemplo previo de contenido más limitado, el anexo del II Convenio colectivo de puertos de Estado y autoridades portuarias (prorrogado provisionalmente en el III Convenio colectivo -2019-2026 –BOE 13.6.2019 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-9021-) establecería que Recursos Humanos seleccionaría a los empleados, en número igual al requerido, mediante la aplicación del algoritmo de distancias con respecto al perfil necesario. En caso de existir más empleados de los necesarios con distancia idéntica, se realizarían las pruebas de selección complementarias. En materia de garantías se recogería que los perfiles personales de todos los trabajadores y las herramientas de medida (algoritmo de distancia) están a disposición de los miembros de la Comisión Local.

en relación con las decisiones y procesos cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la empresa en caso de discrepancia.

Además, las empresas informarán a la representación legal de los trabajadores sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de IA cuando los procesos de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información abarcará, como mínimo, los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de resultados. La concreción en este convenio colectivo del derecho de transparencia frente al algoritmo reproduce, exactamente, los derechos digitales en el ámbito laboral de la *Carta de derechos digitales* (XVII.4).

El referido derecho de información de los representantes de los trabajadores del art. 64.4.d) ET supone un primer paso en la articulación del derecho de transparencia frente al algoritmo y en esa dimensión colectiva de protección frente a la IA (gobernanza colectiva)¹³¹. En la misma línea, esa referencia negocial del convenio de Banca va un poco más allá (como mínimo, datos, lógica y evaluación de resultados frente a los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos de la ley). Además, no se admiten decisiones totalmente automatizadas – salvo excepciones- siendo requerida intervención humana, se recuerda el derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos basados (únicamente) en algoritmos y se establece un mecanismo de solución intraempresarial en caso de conflicto (con intervención de las personas designadas por la empresa).

Puede ser un buen comienzo pero, sin duda, la presencia creciente de la IA en la gestión de las relaciones de trabajo en las empresas y su potencial hacia el futuro, exigirá intensificar los controles colectivos que han de venir de la negociación colectiva y de las competencias de los representantes de los trabajadores. No olvidemos que las obligaciones que la Propuesta de reglamento establece para los sistemas de algo riesgo son objetivos que admiten distintos grados de concreción y realización y aquí la acción colectiva será clave. Por ello, en aquellos aplicados a los procesos de selección y contratación de trabajadores, que antes de ser comercializados, deberán seguir procedimientos adecuados de evaluación y mitigación de riesgos, los representantes de los trabajadores podrían requerir auditoría de IA. Esto es, que el modelo algorítmico ha pasado el control correspondiente a efectos de filtración de sesgos discriminatorios en su uso y, en su aplicación, las oportunas revisiones periódicas para testar con la periodicidad

¹³¹ Sobre esta idea, desde los datos personales, Todolí, Signes, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: Big Data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y derechos colectivos”, RDS, nº 84, 2018 y Mantelero, A., “Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection”, *Computer Law & Security Review*, nº 32, 2016, ps. 238 y ss.

necesaria la regularidad de su funcionamiento¹³². Además, -y siguiendo en el marco de las obligaciones que, de momento, fija la Propuesta comunitaria deberían contar con la información relativa a las garantías de alta calidad de los datos empleados que alimentan el sistema para minimizar los riesgos y los resultados discriminatorios y tener acceso al registro de la actividad para garantizar la trazabilidad de los resultados y a la documentación detallada sobre el sistema y su finalidad que habría aportar el proveedor a la empresa. También habrían de tener competencias para verificar, de un lado, que la información aportada a los usuarios es clara y adecuada y, de otro, que las medidas de supervisión humana para minimizar el riesgo, son apropiadas.

El espacio colectivo de la IA en la empresa es grande y es un nuevo desafío en la acción de representación y defensa de los intereses de los trabajadores. En este sentido, además, en el específico campo de la no discriminación en el acceso al empleo y partiendo de esa idea de la ambivalencia del algoritmo en este campo, ya se plantea, la oportunidad de admitir que los propios sindicatos hagan uso de herramientas algorítmicas para la medición de patrones de discriminación. Como expone Rivas Vallejo, al ser posible el diseño de modelos algorítmicos para detección de patrones históricos, sería posible su aplicación a la búsqueda del sesgo en las decisiones empresariales y aquí se conformaría como herramienta procesal para la tutela de derechos fundamentales en el plano probatorio. Bastaría alimentar al algoritmo con datos históricos relativos al hipotético empresario autor de la vulneración¹³³.

Todo lo expuesto exigirá, sin duda, un esfuerzo de capacitación y actualización permanente por parte de los sujetos colectivos. No de otro modo podrá llevarse a buen término ese control al poder de dirección tecnológico.

¹³² La auditoría de algoritmos es una herramienta propuesta por la ingeniería informática como método adecuado de control de sesgos en la utilización de la IA (Véase, EURECAT [<http://eurecat.org/es/ambitos-de-conocimiento/big-data/>], Rivas Vallejo, P., *La aplicación de la inteligencia artificial...*, op. cit., p. 284).

¹³³ *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo*, op. cit., p. 361.

LAS MEDIDAS PARA REDUCIR EL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL A LA LUZ DEL ASUNTO IMIDRA Y DEL RDLEY 14/2021

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

*Profesor Agregado y TU Acreditado de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

EXTRACTO

Palabras clave: empleo público temporal, Directiva 1999/70, abuso en la temporalidad

El estudio analiza las reglas dirigidas a evitar y sancionar el abuso en la temporalidad del sector público introducidas en el EBEP por el RD Ley 14/2021 y, por un lado, identifica las que entran en conflicto con las previstas en el Estatuto de los Trabajadores (planteando un conflicto de fuentes normativas); y, por otro lado, cuestiona que estas nuevas medidas puedan ser calificadas como efectivas y, por consiguiente, se estén ajustando a las exigencias comunitarias que se derivan de la cláusula 5ª de la Directiva; y también sugiere que el nuevo régimen de compensación económica previsto para evitar y sancionar el abuso podría estar vulnerando el principio de no discriminación de la cláusula 4ª.

ABSTRACT

Key words: Public fixed-term employment, Directive 1999/70, abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts.

The study analyses the new legal framework to prevent abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships introduced in the EBEP by the RD Ley 14/2021 and, on the one hand, identifies those rules that might be in conflict with the ones established in the Estatuto de los Trabajadores (which might raise a normative sources conflict); and, on the other hand, points that these measures might not respect the Directive 1999/70 requirements in order to prevent abuse, and also suggests that the new economic compensation could breach the principle of non-discrimination.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO INICIAL: EL CONTEXTO PREVIO AL RDLEY 14/2021
2. EL ASUNTO IMIDRA Y EVENTUALES ESCENARIOS NTERPRETATIVOS FUTUROS
 - 2.1. El asunto IMIDRA: el criterio del TJUE y la reacción del TS
 - 2.2. La cuestión prejudicial del JS/3 Barcelona
3. EL RDLEY 14/2021
 - 3.1. Art. 2 RDLEY 14/2021: impacto del proceso de estabilización en el régimen sustantivo laboral
 - 3.2. La nueva DA 17ª EBEP (art. 1.tres RDLEY 14/2021)
4. VALORACIÓN FINAL

1. PLANTEAMIENTO INICIAL: EL CONTEXTO PREVIO AL RDLEY 14/2021

La temporalidad en el sector público, insoportablemente alta, arrastra una conflictividad extrema en los últimos años, experimentando una acusada aceleración a partir del asunto *de Diego Porras I*¹. Recuérdese que, en el marco del principio de no discriminación entre contratos temporales e indefinidos que prevé la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, el TJUE exigió la equiparación indemnizatoria de la extinción de la relación de duración determinada con la prevista para la resolución por “causas de empresa”.

La posterior rectificación del TJUE (asuntos *Montero Mateos y Grupo Norte Facility*²), diferenciando nuevamente los citados regímenes indemnizatorios, no obstante, no se tradujo (en absoluto) en un restablecimiento del *statu quo* anterior (ni, por consiguiente, neutralizó el “efecto sísmico” provocado³).

En efecto, el ap. 64 del asunto *Montero Mateos*, en el marco de la citada cláusula 4ª, al exigir que los contratos con fin imprevisible y duración inusualmente larga deben ser declarados indefinidos, precipitó una nueva avalancha de resoluciones, en especial, de personas trabajadoras interinas por vacante del sector público. Frente a las primeras interpretaciones de la doctrina judicial apostando por una regla que permitía ofrecer cierta certeza – y seguridad jurídica (y que, entre las diversas opciones posibles, optó por un plazo de 3 años, principalmente, en base al

¹ STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14).

² SSTJUE (2) 5 de junio 2018 (C-677/16 y C-574/16).

³ Extensamente al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., “Guía práctica (1) para el seguimiento de la doctrina del TJUE sobre contratos temporales: ‘de Diego Porras I’ a ‘Montero Mateos’”, Blog del Autor, 3 de febrero 2020.

art. 70.1 EBEP⁴), la Sala IV del Tribunal Supremo (rectificando su propio criterio⁵) se mostró reacio a aceptar este planteamiento. En concreto, afirmó que el contenido del citado precepto iba referido estrictamente a “la ejecución de la oferta de empleo público” (y el citado plazo no era relevante a estos efectos) y, por ende, no podía aplicarse (automáticamente) a estas situaciones, con la consiguiente declaración de la condición de indefinido no fijo, sino que debía procederse a un análisis caso por caso⁶. Este enfoque *se* tradujo en una nueva cascada de resoluciones, en virtud de las cuales, se rechazó dicho reconocimiento por el simple transcurso de los citados 3 años⁷.

En paralelo a lo anterior, la jurisprudencia añadió dos “matices” interpretativos que restringieron notablemente las posibilidades de aplicar el controvertido apartado del asunto *Montero Mateos*:

- En primer lugar, a partir de una discutible argumentación, sustituyó el concepto “inusualmente largo” por el de “injustificadamente largo”⁸. El matiz no es baladí, pues, frente a la simple constatación de la duración (y su evaluación, al margen de la causa de temporalidad, como más o menos prolongada) que se desprende del criterio del TJUE, se estaba exigiendo un nuevo requisito y, por ende, endureciéndolo (lo que, dicho sea de paso, provocaba una velada migración de la discusión desde la cláusula 4^a a las medidas contra el abuso que prevé la cláusula 5^a de la Directiva 1999/70); y,

⁴ SSTSJ\Soc CyL\Valladolid 11 de junio 2018 (rec. 833/2018); 5 de diciembre 2018 (rec. 1308/2018); 29 de octubre 2018 (rec. 1489/2018); y (2) 12 de julio 2018 (rec. 1066/2017; y rec. 982/1018); y Cantabria 23 de noviembre 2018 (rec. 641/2018). Extensamente al respecto también, Beltran de Heredia Ruiz, I., “El apartado 64 del caso *Montero Mateos*: impacto en las relaciones laborales”. En Agustí Julià (Dir.), *XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social Trabajo, protección, mujer e igualdad*, CEJFE, Docs 6.

⁵ SSTS 14 de julio 2014 (rec. 1847/2013); 15 de julio 2014 (rec. 1833/2013); y 14 de octubre 2014 (rec. 711/2013).

⁶ STS 24 de abril 2019 (rec. 1001/2017).

⁷ Que se tenga constancia, al menos, así se ha pronunciado en más de 250 ocasiones. Véase al respecto: Beltran de Heredia Ruiz, I., “¿Qué es un indefinido no fijo?”, Blog del Autor, 20 de septiembre 2021, <https://ignasibeltran.com/que-es-un-indefinido-no-fijo/#sts24abril19>

⁸ STS 5 de diciembre 2019 (rec. 1986/2018). Un análisis crítico en, Beltran de Heredia Ruiz, I., “A propósito del apartado 64 ‘*Montero Mateos*’: ¿‘inusualmente’ es equivalente a ‘injustificadamente’?”, Blog del Autor, 27 de enero 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/01/27/a-proposito-del-apartado-64-montero-mateos-inusualmente-es-equivalente-injustificadamente/>. Y una recopilación de resoluciones en este sentido, en Beltran de Heredia Ruiz, I., “¿Qué es un indefinido no fijo?”, op. cit.

En segundo lugar, apartándose (de nuevo) de lo apuntado por el TJUE (asunto *Rodica Popescu*⁹ y *Mascolo*¹⁰), entendió que la restricción presupuestaria provocada por la crisis financiera era un motivo suficiente para justificar duraciones muy prolongadas¹¹ (incluso, con capacidad para “blanquear” abusos anteriores a la misma)¹².

En paralelo a esta evolución, la volatilidad interpretativa en relación con la compleja figura de los indefinidos no fijos (en adelante, INF) no ha contribuido a esclarecer este alambicado panorama. Cerrada la posibilidad de acudir a las “amortizaciones simples” (para interinos por vacante¹³ e INF¹⁴), la cuestión relativa a la indemnización en caso de cobertura reglamentaria de la plaza también fue objeto de debate (fijándose, finalmente, en 20 días con un máximo de 12

⁹ ATJUE 21 de septiembre 2016 (C-614/15).

¹⁰ STJUE 26 de noviembre 2014 (C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13). Y más recientemente, en el marco de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, STJUE 8 de octubre 2020 (C-644/19), *Universitatea ‘Lucian Blaga’ Sibiu*.

¹¹ En concreto, la STS 9 de junio 2020 (rec. 2088/2018) afirma: “Recordemos que esas restrictivas previsiones tienen como uno de sus objetivos cumplir con las exigencias de estabilidad presupuestaria que el Derecho de la UE impone hasta el extremo de haber obligado a una reforma constitucional (art. 135 CE). Y el propio Derecho primario de la UE sienta las bases de esa exigencia en los artículos 121 (supervisión multilateral) y 126 del TFUE (procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo), y en el Protocolo (n.º 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Este canon hermenéutico, por tanto, ha de ser especialmente considerado cuando se abordan cuestiones como la presente, donde entran en juego previsiones de Derecho eurocomunitario. Si, con ese importantísimo apoyo normativo, no había la convocatoria de plazas durante diversos ejercicios y se trata de periodo que afecta al caso, es evidente que no cabe hablar de incumplimiento por parte de la entidad empleadora. No podemos suscribir la tesis de que el art. 70 EBEP queda incólume porque ninguna referencia se contiene al mismo en tales normas de restricción presupuestaria”

¹² STS 22 de mayo 2019 (rec. 2469/2018) entiende que no procede indemnización a interina por vacante desde 2002 a 2016, porque en 2009 se procedió a la convocatoria del proceso extraordinario de consolidación de empleo afectada por congelaciones legislativas de las ofertas de empleo público desde RD Ley 20/2011 (sin cuestionar si entre 2002 y 2009 podría calificarse la relación como indefinida en virtud del apartado 64 *Montero Mateos*). Y, en términos similares, para una relación desde 2003 a 2017, entendiendo que no ha habido fraude STS 23 de mayo 2019 (rec. 2211/2018). Y más explícitamente, la STS 22 de mayo 2019 (rec. 1336/2018) entiende (en una relación que se ha prolongado desde 2003 a 2016) que “La conversión en indefinido no fijo sólo podría venir derivada, en todo caso, de la apreciación de la existencia de fraude o abuso en la contratación, circunstancia que aquí no aparecen constatadas, no existiendo, pues, elementos que puedan llevarnos a afirmar que se ha desnaturalizado la causa de temporalidad del contrato de trabajo”

¹³ STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013).

¹⁴ STS 24 de julio 2014 (rec. 2693/2013).

mensualidades¹⁵). Lo que no deja de ser discutible, pues, tratándose de una relación “temporal” (aunque, como se apuntará, se trata de una construcción ciertamente “liquida”), contrasta con las indemnizaciones previstas para el resto de los contratos temporales *ex art. 49.1.c ET*, por un lado; y la negativa a reconocer una compensación a los interinos (por vacante y sustitución) en virtud de la doctrina *de Diego Porras 2*¹⁶, por otro. De hecho, a la luz de este criterio comunitario, teniendo en cuenta la variedad de situaciones que, hoy en día, pueden precipitar la condición de INF (cesión ilegal, falsos autónomos, etc.), es dudoso que la indemnización reconocida a este colectivo en caso de cobertura reglamentaria de la plaza pueda ser entendida como “adecuada” a los ojos de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70. Especialmente porque este importe se abona sin discriminar entre el origen abusivo o no de dicha calificación. En relación con esta última cuestión y a los efectos meramente expositivos, dado que es un elemento que va a ser empleado en diversas ocasiones en este estudio, permítanme que también me refiera a él, genéricamente, como el “problema de comparabilidad”.

En paralelo, la extensión de los requisitos de acceso al empleo público a las sociedades empresariales públicas (estatales¹⁷ y autonómicas¹⁸) ha incrementado sustancialmente el ámbito subjetivo de los INF (debiéndose predicar también respecto de los trabajadores con contrato “indefinido” de dichos entes que no superaron proceso selectivo alguno).

Además, en la medida que la condición INF en los casos de temporalidad ilícita no puede ser reconocida por la propia administración (*ex DA 34ª.Dos LPGE'17*)¹⁹, no es infrecuente que los propios afectados no estén interesados en precipitarla, pues, está anudada (al menos formalmente) a la convocatoria de un proceso selectivo de resultado incierto²⁰.

A su vez, siguiendo con los INF, la inestabilidad hermenéutica en relación con su naturaleza jurídica ha sido extrema, manteniéndose, en la actualidad,

¹⁵ SSTS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015); y 28 de marzo 2019 (rec. 997/2017).

¹⁶ STJUE 21 de noviembre 2018 (C-619/17).

¹⁷ Por todas, SSTS (2) 18 de junio 2020 (rec. 2811/2018; rec. 1911/2018).

¹⁸ SSTS 2 de julio 2020 (rec. 4195/2017); y 26 de enero 2021 (rec. 71/2020).

¹⁹ La STSJ Islas Baleares 23 de octubre 2019 (rec. 183/2019), sobre esta cuestión establece: “conviene advertir que la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público puede ser denunciada por quien haya sido injustamente preterido o por los representantes de los trabajadores, pero es más que dudoso que pueda invocarse por la propia fundación de titularidad pública que habría propiciado tal vulneración, cuando la finalidad perseguida no es la restauración de los derechos vulnerados sino el mantenimiento del fraude de Ley en la contratación temporal mediante la figura del indefinido no fijo”.

²⁰ Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a referirse a estas personas trabajadoras como “indefinidos sí fijos”. Esta figura “vendría a ser un indefinido no fijo ‘sin papeles’: el trabajador

una dualidad (en función de las circunstancias del caso) difícilmente admisible en términos de la dogmática jurídica. En efecto, para el Tribunal Supremo, la proclamación de su naturaleza temporal²¹ no es incompatible con el hecho de que puedan ser también “fijos-discontinuos”²². Aunque, recientemente, también ha admitido que son personal contratado por “tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice”²³. Al respecto, no debe olvidarse que sobre la naturaleza temporal o indefinida de esta figura pende, al cerrar este estudio, una cuestión prejudicial (en adelante, CP) formulada por el JS/3 de Barcelona²⁴ (a la que se hará referencia posteriormente).

Esta última reacción es ilustrativa de una dinámica recurrente de los últimos años: han sido diversas las CP formuladas por órganos jurisdiccionales del orden social y del contencioso-administrativo. Y las reacciones del TJUE, como si de vasos comunicantes se tratara, se han proyectado a ambos ámbitos de forma indistinta (aunque, ciertamente, la jurisdicción contenciosa, hasta la fecha, ha sido mucho menos “receptiva” que la social).

Lo anterior es especialmente relevante en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*²⁵. En este importante caso (planteado por un JC-A), en el que (vaya por delante) se rechaza que la Directiva 1999/70 exija la declaración de “fijeza” (ap. 130), el TJUE establece un conjunto de criterios que también impactarán en la construcción interpretativa vigente hasta ese momento en la jurisdicción social:

- En primer lugar, matizando una doctrina muy consolidada, admite (siguiendo las orientaciones de la AG – ap. 44) que la cláusula 5ª puede aplicarse a situaciones en las que propiamente no haya una “sucesión de contratos”, siempre que se haya producido un incumplimiento injustificado en la convocatoria de los procesos de selección.
- En segundo lugar, en el análisis de posibles “medidas equivalentes” para combatir el abuso, rechaza que la convocatoria de procesos de selección pueda ser categorizada como tal si no está sometida a plazo alguno y tampoco se da prioridad alguna a las personas afectadas por el abuso (precisando

formalmente temporal (por su origen), materialmente indefinido (por las irregularidades cometidas en torno a su contratación) y virtualmente fijo”. López Pérez, J. F., “¿Qué hacer con el trabajador indefinido sí fijo de las administraciones públicas?”, *Diario La Ley*, 8988/2017.

²¹ Tras una evolución muy inestable, así se ha establecido a partir de la STS 2 de abril 2018 (rec. 27/2017).

²² SSTS 11 de abril 2018 (rec. 2581/2016); 20 de septiembre 2018 (rec. 2494/2016); y 2 de julio 2020 (rec- 1906/2018).

²³ SSTS (2) 2 de julio 2021 (rec. 73/2020; y rec. 1325/2020).

²⁴ Auto 27 de julio 2021.

²⁵ STJUE 19 de marzo 2020 (C-103/18 y C-429/18).

de que “esto no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada”).

- En tercer lugar, la transformación a INF, como respuesta al abuso, tampoco es una “medida equivalente”²⁶.
- Y, en cuarto lugar, afirma que una indemnización equiparable a la prevista para el despido improcedente podría ser una “medida equivalente” siempre que, tras el análisis del órgano remitente, se considere que es suficientemente disuasiva y compensatoria²⁷.

La reacción de la Sala IV ante este cambio interpretativo es difícil de valorar, pues, pese a afirmar que se alineaba totalmente con la del TJUE²⁸, siguió exigiendo la “sucesión” para la aplicación de la cláusula 5ª (a pesar del incumplimiento manifiesto de las convocatorias por parte de las administraciones públicas)²⁹, mantuvo que la duración debía ser “injustificadamente larga” y también que la restricción presupuestaria derivada de la crisis financiera describía un paréntesis justificativo (obviando los criterios comunitarios anteriormente descritos)³⁰. Y, cuando procedía, sostuvo que el reconocimiento de la condición de INF era una medida adecuada para combatir el abuso en la temporalidad.

²⁶ En concreto, afirma: “se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido. Además (...), a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en ‘indefinidos no fijos’ no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo”.

²⁷ La literalidad del TJUE es como sigue: “debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Y, “es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula”.

²⁸ Entre otras, SSTS 9 de junio 2020 (rec. 2088/2018); 10 de junio 2020 (rec. 3550/2018); 1, 2, 6 y 7 de octubre 2020 (rec. 2137/2019; rec. 4663/2018; rec. 1381/2019; y rec. 2968/2019); 24 de junio 2020 (rec. 525/2018); 16 de julio 2020 (rec. 4727/2018).

²⁹ Entre otras, SSTS 9, (2) 10 y (2) 12 de junio 2020 (rec. 2088/2018; rec. 4845/2018; rec. 4455/2018; rec. 3491/2018; y rec. 4841/2018); y 13 de abril 2021 (rec. 1022/2019); y 13 de enero 2021 (rec. 3547/2018); 2 y 16 de febrero 2021 (rec. 1332/2019; rec. 1813/2018).

³⁰ SSTS 10 de junio 2020 (rec. 3550/2018); 1, (2) 2, 6 y (2) 7 de octubre 2020 (rec. 4663/2018; rec. 2137/2019; rec. 2578/2018; rec. 1381/2019; rec. 1690/2019; y rec. 2968/2019); 13 de enero 2021 (rec. 3547/2018); 14 de abril 2021 (rec. 2556/2019); 24 de junio 2020 (rec. 525/2018); 16 de julio 2020 (rec. 4727/2018)

En paralelo, la posible declaración de “fijeza” ante situaciones de abuso de personas interinas ha sido una cuestión que ha emergido tanto en el ámbito social³¹, como en el contencioso-administrativo³² (aunque no sea objeto de atención en este estudio). En la doctrina judicial, la previa superación de un proceso selectivo temporal se ha erigido en algunos casos en un elemento suficiente para reconocerla³³ (aunque también se ha rechazado³⁴); y no parece que vaya a ser admitido por la Sala IV (dada las diferencias respecto de los procesos a plazas fijas³⁵). En otros conflictos de naturaleza distinta, se ha admitido si se ha superado un proceso selectivo, pero no se ha acabado adquiriendo la plaza³⁶. También se ha declarado la “fijeza” a interinos tras abusos manifiestos por aplicación del art. 15.5 ET³⁷.

Pues bien, en este alambicado y profundamente imbricado contexto se formula la CP formulada por el TSJ de Madrid³⁸ y que ha culminado con la resolución del TJUE en el importante asunto *IMIDRA*³⁹ (precipitando un giro jurisprudencial por parte de la Sala IV del TS – y, probablemente, también debería hacerlo la Sala III).

Este (cambiante e impreciso) acervo jurisprudencial es, si se me permite la expresión, el “terreno de juego” en el que debe desplegarse el contenido del RD Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Norma, vaya por delante, que no está exenta de lagunas e imprecisiones y, por ello, anida un número potencial de controversias nada despreciable.

³¹ En la instancia, SJS/18 Valencia 22 de mayo 2021 (núm. 221/2021); SJS/1 Guadalajara 1 de febrero 2021 (núm. 105/2021); SJS/11 Bilbao 4 de marzo 2021 (núm. 134/2021); SJS/1 Toledo 30 de octubre 2020 (núm. 445/2020).

³² Reconociendo la condición de “empleado público fijo no funcionario de carrera”, SSJC-A\4 Alicante 8 de junio 2020 (núm. 252/2020); (5) 23 y 31 de marzo 2021 (núm. 143/2021; núm. 144/2021; núm. 145/2021; núm. 146/2021; núm. 148/2021; y núm. 163/2021).

³³ SSTSJ Galicia 28 de junio 2018 (rec. 1102/2018); 30 de abril 2019 (rec. 4813/2018); y 13 de mayo 2019 (rec. 280/2019); 7 de noviembre 2019 (rec. 2079/2019); y 16 de junio 2020 (rec. 5330/2019); y 9 de diciembre 2020 (rec. 1631/2020); y ATSJ Galicia 19 de enero 2021.

³⁴ SSTSJ Galicia 30 de octubre 2019 (rec. 1710/2019); 11 de junio 2020 (rec. 5173/2019); 11 y 17 de junio 2020 (rec. 5173/2019; y rec. 9/2019); y 1 de julio 2020 (rec. 5589/2019).

³⁵ SSTS 17 de septiembre 2020 (rec. 154/2018); y 30 de septiembre 2020 (rec. 112/2018); ni proceso de selección para ocupar plaza temporal ni entrevista personal son suficientes *ex art.* 103.3 CE. Y en el ámbito C-A, en estos términos también, SAN\C-A 30 de marzo 2021 (rec. 8/2018); y SJC-A/1 Elche 21 de mayo 2021 (rec. 618/2020).

³⁶ SSTSJ Baleares 25 de marzo y (2) 15 de abril 2020 (rec. 136/2019; rec. 131/2019; y rec. 110/2019).

³⁷ SSTSJ Madrid 17 de febrero 2021 (rec. 845/2020); y 24 de junio 2020 (rec. 237/2020); y 11 de noviembre 2020 (rec. 551/2020).

³⁸ Auto 23 de septiembre 2019 (rec. 876/2018).

³⁹ STJUE 3 de junio 2021 (C-726/19).

Así pues, tras esta (extensa y necesaria) “introducción”, se está en disposición de describir el objeto de este trabajo. Y, en concreto, es doble:

- En primer lugar, en aras a complementar la descripción del “terreno de juego” brevemente descrito, se analiza la doctrina del TJUE en el asunto *IMIDRA* y la posterior reacción del Tribunal Supremo adaptándose a la misma (en función de las circunstancias). Este primer estadio de la exposición se complementará con el estudio de la CP formulada por el JS/3 de Barcelona citada relativa a los INF, evaluando los posibles escenarios que se derivan de la misma.
- En segundo lugar, a partir de este (difuso y cambiante) contexto, se analizará el contenido del RD Ley 14/2021 y sus complejas implicaciones desde el punto de vista jurídico laboral. Especialmente porque la reforma únicamente ha afectado al EBEP, manteniéndose intacto el ET (provocando numerosas dudas para su aplicación pacífica).
- Si bien es cierto que, al cierre de este trabajo, se trata de una norma en trámite de negociación parlamentaria (y, por ende, susceptible de – profunda - modificación), en la medida que ha sido convalidado, debe ser objeto de estudio, pues, ya ha desplegado su plena eficacia jurídica.

2. EL ASUNTO *IMIDRA* Y EVENTUALES ESCENARIOS INTERPRETATIVOS FUTUROS

La cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, así lo reitera el TJUE en cada ocasión que es interpelado, reconoce a los Estados miembros la libertad para escoger los medios dirigidos a prevenir los abusos en la contratación temporal, exigiendo que presenten garantías de protección efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción.

En lo concerniente al ordenamiento jurídico español, como vuelve a evidenciarse en el asunto *IMIDRA* (sentencia 3 de junio 2021, C-726/19), la controversia respecto del cumplimiento de estas directrices ha suscitado una conflictividad extrema.

En este caso (que centrará el objeto del epígrafe que sigue a continuación), dando respuesta a la CP formulada por el TSJ de Madrid⁴⁰, también puede apreciarse un uso, si se me permite la expresión, “instrumental” del TJUE, pues, es empleado

⁴⁰ Un análisis “prospectivo” sobre los efectos de esta CP, a partir de la literalidad de su formulación en Beltran de Heredia Ruiz, I., “Sector público y abuso en el empleo laboral temporal: nueva interpelación (¿esclarecedora?) al TJUE”, Blog del Autor, 27 de noviembre 2019, <https://ignasibeltran.com/2019/11/27/sector-publico-y-abuso-en-el-empleo-laboral-temporal-nueva-interpelacion-esclarecedora-al-tjue/>

como medio para tratar de forzar un cambio en la doctrina jurisprudencial interna (probablemente, en desagrado del Alto Tribunal).

Y, en esta línea también pueda catalogarse la CP formulada por el JS/3 de Barcelona, en la que solicita que se dilucida si los INF son, a los efectos de la Directiva 1999/70, personal temporal o indefinido (y que será analizada en el último de los epígrafes de este apartado).

Las páginas que siguen se centrarán en abordar ambas cuestiones en aras a completar el “contexto” en el que deberán desplegarse las medidas contra el abuso previstas en el RD Ley 14/2021.

2.1. El asunto IMIDRA: el criterio del TJUE y la reacción del TS

La fundamentación del TJUE en el asunto *IMIDRA*, en una aproximación general, no puede ser descrita, estrictamente, como “novedosa” con respecto a sus precedentes. Lo “destacable”, en cambio, radica en un nuevo “ensamblaje” de elementos ya expuestos con anterioridad y, especialmente, el hecho de que la resultante acaba describiendo (contra pronóstico) unas reglas interpretativas diferenciadas a las mantenidas hasta la fecha. No obstante, la situación es especialmente compleja porque, en algunos aspectos, sostiene planteamientos, en cierta medida, contradictorios y, con ello, obliga a una labor de “reconstrucción” hermenéutica (con el riesgo de incurrir en un indeseado espiguelo interpretativo). En cualquier caso, su impacto a nivel interno es indudable, pues, acabará forzando la rectificación de la Sala IV (que, como se ha apuntado, no estaba alineada con el mandato del Acuerdo Marco).

El conflicto que precipita la CP formulada por el TSJ de Madrid se refiere a una trabajadora interina por vacante de la Comunidad de Madrid (de 2003 a 2016 – previa prórroga en 2008) que ha sido cesada por cobertura reglamentaria de la plaza. La cuestión es que el criterio jurisprudencial vigente en ese momento impide que pueda transformarse la relación en INF (y, por ende, el abono de una compensación económica al cubrirse la plaza). Y ello, a pesar de la pasividad de la Administración a la hora de convocar el proceso de selección (sin olvidar el impacto de la crisis financiera al respecto).

Teniendo en cuenta lo anterior, el órgano remitente, tomando como referencia el apartado 64 del asunto *Montero Mateos*, en esencia, pregunta si se ajusta a la cláusula 5ª una normativa nacional y su interpretación que, en relación con los contratos de interinidad,

- no contiene ninguna indicación en cuanto a las razones objetivas que justifican la renovación de dichos contratos o su duración máxima;
- no precisa el número máximo de renovaciones de estos;

- no incluye medidas legales equivalentes; y
- no prevé ninguna indemnización para los trabajadores en caso de despido.

No obstante, con carácter previo al análisis de estas cuestiones, el TJUE debe evaluar si concurren las condiciones objetivas para la aplicación de la cláusula 5ª a este caso. Esto es, si se ha producido una “sucesión” de contratos. En este sentido, el criterio del TJUE, como se ha avanzado, no puede ser calificado como “novedoso”, porque, en esencia, mantiene lo expuesto en el asunto *Sánchez Ruiz*. Así pues, reitera que, aunque se celebre un único contrato, la citada cláusula también debe ser aplicada en casos de prórroga automática en los que el mantenimiento en una plaza vacante se deba al “incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante”. Especialmente porque la modificación de la fecha de finalización de un contrato temporal constituye un cambio esencial asimilable a la celebración de una nueva relación de duración determinada y, por ende, permite concluir que concurre la exigida “sucesión”. Si no se entendiera de este modo, prosigue el TJUE, no sólo podría emplearse a trabajadores de forma precaria durante años, sino que también excluiría a un gran número de contratos de la protección que la Directiva 1999/70 pretende, posibilitando un indeseado uso abusivo de la temporalidad.

En relación con las cuestiones que debe esclarecer el órgano comunitario anteriormente enumeradas, tras reiterar que el Acuerdo Marco no impone una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, el TJUE vuelve a ser interpelado para determinar si los procesos selectivos pueden ser descritos como una medida equivalente para evitar el abuso. Y, como ya hizo en *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, reitera que, efectivamente, pueden prevenir abusos siempre que se desarrollen en los plazos establecidos. No obstante, en este caso, el foco de atención recae en el plazo de 3 años previsto en el art. 70.1 EBEP y, en concreto, en su interpretación por parte del Tribunal Supremo. Al respecto infiere que no es una medida legal contra el abuso equivalente porque, si bien permite, indirectamente, “evitar perpetuar las relaciones temporales de trabajo de las personas que ocupan plazas vacantes”, este plazo “puede ser objeto de prórroga por diversos motivos, de modo que ese mismo plazo es tan variable como incierto”. Y, en opinión del TJUE, tal y como estaba siendo interpretada por el TS, la imprecisión en la convocatoria y finalización de los procesos de selección (esto es, la ausencia de un plazo fijo), puede materializarse en una “renovación” de los contratos temporales para “atender a necesidades que, en realidad, no son provisionales, sino, al contrario, permanentes y duraderas”. Lo que constituye una vulneración del Acuerdo Marco porque no puede ser calificado como una “medida de prevención de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5”.

En este panorama de reiteración de criterios hermenéuticos, no obstante, destaca la “recuperación” de la declaración de INF como medida adecuada para sancionar el abuso. Y se trata de un reenfoque “inesperado”, porque en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, explícitamente, se había descartado su validez. En este sentido, tras recordar que no es contrario a la Directiva una normativa nacional que prohíba la transformación de los contratos temporales a indefinidos siempre que haya otra medida eficaz para evitar y sancionar el abuso, siguiendo el razonamiento de *Martínez Andrés/Castrejana López*, el TJUE afirma que dicha controvertida figura puede ser una medida “apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco”⁴¹.

En cuanto a la indemnización prevista en el art. 49.1.c ET y su consideración como una medida efectiva y disuasoria para combatir y sancionar el abuso, siguiendo la doctrina de *Diego Porras 2*, reitera que no puede serlo porque su abono es “independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”. No obstante, complementando esta idea añade (ap. 76) que se socava el efecto útil de la Directiva si, no existiendo ninguna medida efectiva para evitar y sancionar los abusos de los contratos de interinidad, no se les abona la indemnización prevista para el resto de los contratos.

De modo que, teniendo en cuenta lo sintetizado en los dos párrafos anteriores, concluye, “una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por una parte, prohíbe tanto la asimilación de trabajadores contratados sobre la base de sucesivos contratos de interinidad a ‘trabajadores indefinidos no fijos’ como la concesión de una indemnización a dichos trabajadores y, por otra parte, no establece ninguna otra medida efectiva para prevenir y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto de los empleados del sector público no parece (...), atenerse a las exigencias que se derivan de la jurisprudencia [comunitaria]”.

Finalmente, en respuesta a los efectos de los límites presupuestarios sobre los procesos selectivos, afirma que “aunque (...) pueden fundamentar elecciones

⁴¹ Recuérdese que en estos casos se refieren respectivamente, a un funcionario interino y a un eventual estatutario que han sido cesados tras una larga vinculación y el TJUE, siguiendo una controvertida exposición sobre las reglas aplicables a los INF en caso de cese, entiende que tienen derecho a la reincorporación obligatoria previa a la declaración de INF (lo que, lejos de ser generalizable, únicamente puede predicarse en los supuestos (por ejemplo, de “amortización simple”) en los que superando los umbrales del despido colectivo no se ha seguido el cauce procedimental adecuado y se ha acabado decretando la nulidad). Extensamente al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión a indefinidos no fijos (Comentario a la SSTSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016, recs. núms. 625/2013 y 735/2013)”, CEF – RTSS, núm. 407/2017, pp. 221 y ss.

de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que pretende adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo de esa política y, por tanto, no pueden justificar la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco”. De modo que tales consideraciones económicas “no pueden restringir ni incluso anular la protección de que gozan los trabajadores con contrato de duración determinada (...) y, en particular, los requisitos mínimos previstos en la cláusula 5 del Acuerdo Marco”. Por ello, concluye que la cláusula 5ª “debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”.

Del análisis de la fundamentación del asunto *IMIDRA* pueden destacarse los siguientes elementos:

- En primer lugar, a pesar de la argumentación del TSJ de Madrid, que gravitaba sobre el citado apartado 64 *Montero Mateos*, es digno de mención que el TJUE no haga referencia al mismo (de hecho, aparece de forma explícita en una de las cuestiones prejudiciales – la cuarta). Esta omisión puede tener diversas lecturas (e interpretar sobre algo que no se ha dicho siempre tiene un componente especulativo muy elevado). No obstante, una de ellas podría ser la siguiente: el TJUE no sigue esta senda porque, como se ha expuesto, el famoso apartado 64 se dictó en el marco de la cláusula 4ª (no discriminación). Por consiguiente, al ser interpelado en el marco de la cláusula 5ª no podía entrar a valorarla. Si esta interpretación fuera correcta, significaría que este apartado 64 sigue teniendo plena validez y la interpretación del TS, reconduciéndola hacia el carácter “injustificado” de la duración (en vez de inusual), ya no podría seguir manteniéndose. O, dicho de otro modo, cabe calificar una relación como indefinida si se constata que el fin es imprevisible y la duración inusualmente larga (sin necesidad de justificar la existencia de un abuso). Adviértase también que, en el marco de la cláusula 4ª, tampoco sería exigible el requisito de la sucesión (ni en su interpretación estricta ni en la “matizada”).
- En segundo lugar, la exigencia de un término cierto para los procesos de selección, quizás, podría contradecir con la idea de que, según el ap. 64 *Montero Mateos* debía procederse a un análisis *ad casum* y que también ha defendido el TS. No obstante, el hecho de que el TJUE, precisamente (como se ha apuntado anteriormente), no haya acudido al concepto de “duración inusualmente larga y fin imprevisible” (por estar referido a la cláusula 4ª) disiparía esta posible contradicción.

- En tercer lugar, al considerar que la figura de INF es una medida adecuada para sancionar el abuso en la temporalidad de los interinos por vacante, el TJUE incurre en una cierta argumentación “circular” (o, según se mire, ha acabado contradiciéndose). Especialmente porque conviene recordar que en *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* había rechazado esta solución, precisamente, por los mismos motivos que ha descartado que la interpretación del TS sobre el art. 70 EBEP sea adecuada. Sin olvidar que, si son relaciones de duración determinada, está proponiendo una nueva relación temporal para combatir el abuso (lo que, en su momento, llevó a la AG en sus conclusiones al asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* a oponerse a esta solución porque implicaba una perpetuación de la precariedad). De modo que, para evitar entrar en una espiral argumentativa de imposible materialización, creo que debería colegirse que el recurso a la figura de INF que proviene de una interinidad por vacante sólo puede ser adecuada si también exige un plazo máximo para culminar el proceso selectivo. No tendría sentido que se exigiera para la interinidad por vacante y no para los INF (que están estrechamente unidos – aunque para la Sala IV no son equiparables⁴²).

A su vez (como ya se ha expuesto), la indemnización prevista para los INF en caso de cobertura reglamentaria de plaza sigue sufriendo las mismas carencias que en su día fueron empleadas por el TS para rechazar el reconocimiento de la indemnización ex art. 49.1.c ET a los interinos (“problema de comparabilidad”). Y, por ello, debería incrementarse para el colectivo que provenga de la aplicación de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70.

- En cuarto lugar, es importante recordar que el TJUE habilita la posibilidad de reconocer una indemnización a los interinos si no existe ninguna medida efectiva contra el abuso (lo que puede suceder si no se solicita la condición de INF o no se cuestiona la invalidez del cese). En tal caso, podría valorarse si el “principio de efectividad” podría ser suficiente para reconocer esta compensación⁴³.

- Y, en quinto lugar, es importante valorar si el TJUE ha descartado o no la declaración de “fijeza”. En este sentido, como se ha expuesto, aunque la Directiva 1999/70 no fuerce la transformación a indefinidos, es obvio que, si sigue sin articularse medidas efectivas que eviten el abuso, el TJUE no se opone a que pueda ser la respuesta (lo ha planteado en diversas ocasiones

⁴² Por todas, STS 14 de mayo 2019 (rec. 4321/2017).

⁴³ Recuérdese que el TJUE (por ejemplo, en *Martínez Andrés/Castrejana López*) ha afirmado que, a la luz del principio de efectividad del Acuerdo Marco, el mismo “se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”.

y para otros contextos normativos – recientemente, *Gondomar*⁴⁴ y *Agios Nikolaos*⁴⁵). No obstante, para el caso español, parece que es una opción que tiene un recorrido muy restringido. Como se ha apuntado, el contenido del ap. 130 de *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (condicionándolo a la superación de un proceso selectivo) y, ahora, la reconducción de estos casos a la figura de INF (que también exige un proceso de selección de acuerdo con los principios constitucionales de acceso al empleo público) lo confirman⁴⁶. Y, a nivel interno, como se ha expuesto, la jurisprudencia (administrativa y social) están descartando como suficientes los procesos selectivos dirigidos a cubrir un puesto temporal⁴⁷.

La reacción del TS adaptándose a la doctrina *IMIDRA* no se ha hecho esperar, aunque manifestándose abiertamente contrariado (con el TJUE y/o el TSJ de Madrid), pues, entiende que su aproximación ha sido, o bien, malinterpretada, o bien, parcialmente expuesta⁴⁸.

En síntesis, la sentencia 28 de junio 2021 (rec. 3263/2019), dictada en Pleno y sin votos particulares, establece los siguientes criterios⁴⁹:

- *Primero*: aunque no se haya producido propiamente una “sucesión” de contratos, cabe entender que se ha producido un abuso si el proceso selectivo no ha sido convocado por motivos injustificados. En concreto, “una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida,

⁴⁴ ATJUE 30 de septiembre 2020 (C-135/20).

⁴⁵ STJUE 11 de febrero 2021 (C-760/18).

⁴⁶ Aunque, quizás, debería admitirse para casos verdaderamente extremos: como el resuelto por la STSJ Madrid 17 de febrero 2021, rec. 845/2020 (274 contratos en 31 años en Correos y Telégrafos). Un comentario al respecto en, Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, “El TSJ de Madrid reconoce la fijeza a interina por vacante de Correos y Telégrafos tras 274 contratos en 31 años”, Blog del Autor, 6 de febrero 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/06/02/el-tsj-de-madrid-reconoce-la-fijeza-a-interina-por-vacante-de-correos-y-telegrafos-tras-274-contratos-en-31-anos/>

⁴⁷ Ver nota *supra*.

⁴⁸ Un análisis detallado del caso, en Sempere Navarro, A. V., “Interinidad por vacante de larga duración (Caso IMIDRA)”, RJS, núm. 7/2021; Cavas Martínez, F., “Transformación del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por dilación injustificada en la provisión de la plaza”, RJS, núm. 7/2021; Rojo Torrecilla, E., “La saga ‘personal interino laboral’. Modificación de la jurisprudencia del TS (y a la espera de la anunciada reforma del EBEP). Análisis de la sentencia de 28 de junio de 2021”, Blog del Autor, 1 de julio de 2021, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/la-saga-personal-interino-laboral.html>.

⁴⁹ El caso se refiere a una trabajadora interina por vacante durante 12 años del Patronato de la Alhambra y el Generalife que cesa como consecuencia de la cobertura del puesto de trabajo por concurso de traslados. Confirmada una indemnización en la instancia y suplicación, la empresa interpone recurso de casación (aportando como sentencia de contraste la STSJ Andalucía\Málaga 1 de marzo 2018 (rec. 1884/2017).

exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, expectativas que derivan de los tiempos ordinarios para la cobertura de la vacante que ocupa, y que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación. También el hecho de que los trámites administrativos para la cobertura de la vacante se dilaten en el tiempo de manera innecesaria. Circunstancias todas ellas que obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad”.

- *Segundo*: la contención presupuestaria derivada de la crisis de 2008 no justifica la extensión temporal de la interinidad por vacante. En concreto, a la luz del caso *IMIDRA*, sostiene que “consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”. Por ello, afirma que “Desaparece de esta forma la razón por la que nuestra anterior doctrina entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las leyes presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos, lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo”.
- *Tercero*: la figura de INF es una reacción adecuada para combatir el abuso. Específicamente afirma, “aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2.b RD 2720/1998 (...), una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo”.

- *Cuarto*: fija un plazo de 3 años máximo para la interinidad por vacante, precipitando la conversión en INF. En efecto, aunque la interinidad por vacante no está sujeta a un período de tiempo acotado, no puede admitirse que el desarrollo de los procesos de selección o de cobertura de vacantes pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente. De modo que, sin perjuicio de lo que se prevea en el propio proceso de selección y admitiendo cierta flexibilidad (“salvo muy contadas y limitadas excepciones”), entiende (a la luz del art. 15.1.a ET, la Ley 44/2006 y el art. 70.1 EBEP) que “los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga”.
- y, *Quinto*: la cobertura reglamentaria de la plaza de un INF debe traducirse en el abono de una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.

No obstante, como ya se ha expuesto, esta construcción sigue manteniéndose alejada de los mandatos del TJUE. En concreto, a mi entender, siguen pendientes de determinar importantes aspectos (al menos 2):

- *Primero*, asumiendo que la calificación de INF, para los casos que no se haya producido un cese, exige la cobertura reglamentaria de la plaza, a la luz del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, conviene delimitar, a su vez, un plazo máximo para que se lleve a cabo (de otro modo, se estaría perpetuando esta situación de precariedad).
- *Segundo*, el importe de la compensación en caso de cese a los INF (el anteriormente citado “problema de comparabilidad”) sigue mostrándose incompatible con lo expuesto en *de Diego Porras 2*.

La conflictividad sobre esta cuestión es fácilmente apreciable al constatar la gran cantidad de resoluciones que, desde la STS 28 de junio 2021 (rec. 3263/2019), ya ha resuelto la Sala IV sobre esta temática (lo que sugiere que la bolsa de casos a la espera de resolución podría ser muy elevado)⁵⁰. Además, también ha tenido ocasión para fijar algunos matices relevantes en relación con el reconocimiento de la indemnización. Así, ha establecido que, en cese de interino, no procede dicha compensación, pese haber superado el plazo de 3 años, si se han publicado diversas convocatorias y han quedado desiertas⁵¹; y tampoco si la extinción es regular, no

⁵⁰ Al cierre de este trabajo, que se tenga constancia, ya son más de 60 las sentencias reiterando la doctrina de la STS 28 de junio 2021 (rec. 3263/2019). Véase al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., “¿Qué es un indefinido no fijo?”, op. cit.

⁵¹ STS 1 de julio 2021 (rec. 2443/2019).

ha sido cuestionada y no se ha superado el citado periodo de tiempo⁵². Del mismo modo, no puede reconocerse compensación alguna si, pese a superarse el citado lapso, no se ha solicitado la condición de INF ni cuestionando invalidez del cese⁵³. Y es de esperar que, en un futuro no muy lejano, emerjan nuevas problemáticas y matices y/o ajustes derivados de la rica casuística que el elevado número de asuntos pendientes de resolución a buen seguro “atesoran”.

2.2. La cuestión prejudicial del JS/3 Barcelona

La CP planteada por el JS/3 Barcelona TJUE (Auto 27 de julio 2021) es una muestra más de la dificultad de encaje de la “singular” figura de los INF en el ordenamiento jurídico y, particularmente, en el comunitario, pues, es binario.

En opinión del Magistrado remitente, la interpretación del TJUE respecto a la naturaleza temporal o indefinida de los INF es requerida porque “en virtud de tal clarificación se podrá resolver la reclamación que ha dado lugar al procedimiento que se sigue en este juzgado, cuando se reclama, como petición principal, la declaración de la relación laboral ‘fija’ ya que se ha constatado que la sucesión de contratos y de prórrogas realizadas se han realizado en fraude de ley”⁵⁴.

El repaso del origen jurisprudencial de esta figura y del carácter binario de la normativa comunitaria, sin que se conozcan categorías intermedias (como sí hace el ordenamiento interno al distinguir entre contratos temporales, fijos e INF), es el punto de partida de la fundamentación del citado auto. En concreto, entiende (tras repasar los diversos estadios del acervo comunitario) que (*ex Agios Nikolaos*) cabe la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha transformación en el sector público. Y también sostiene que el concepto “indefinido”, en contraposición a los contratos de trabajo de duración determinada, se refiere a relaciones estables y no sujetos al cumplimiento de una condición o de un término para que se extingan. De ahí que, “no parece que sea una interpretación conforme la de considerar que los contratos por tiempo indefinido

⁵² STS 6 de julio 2021 (rec. 4606/2019).

⁵³ STS 26 de julio 2021 (rec. 1902/2019).

⁵⁴ El caso que da origen a esta nueva CP se refiere a un trabajador de la Universitat de Barcelona que ha encadenado de forma fraudulenta diversos contratos temporales (primero de obra y servicio y, posteriormente, de interinidad por vacante) desde 2002 (desarrollando sin solución de continuidad las mismas funciones y sin que se haya convocado alguna vez la plaza ocupada por el trabajador demandante).

Pese a que en la demanda inicialmente se solicita la condición de INF, posteriormente, se amplió la demanda, modificando la petición en el sentido de que el reconocimiento que reclamaba era de “empleado público fijo”.

pueden extinguirse por una causa ligada a un factor temporal, como puede ser, y ese es el caso de la interpretación actual en el Estado español, la cobertura de la vacante que obligatoriamente se debe producir y se producirá”. Y añade (*ex IMIDRA*) que el abono de una indemnización no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5ª, pues, tal abono, es “independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”.

Partiendo del carácter abusivo de la contratación en el caso objeto de enjuiciamiento, la anterior aproximación se complementa con la idea de que, en opinión del órgano remitente, la respuesta al conflicto debería resolverse con la aplicación del art. 15.3 ET. No obstante, a diferencia del sector privado, para los empleados públicos, la respuesta ha sido la figura del INF que, a pesar de los cambios interpretativos, siempre ha mantenido un denominador común: “no era posible reconocer la misma estabilidad que a los empleados del sector privado”.

Y llegados a este estadio alcanza dos razonamientos (a mi modo de ver muy relevantes):

- *Primero*: “El contrato del personal ‘indefinido no fijo’ está sometido a condición, la cual está vinculada a la obligación de la Administración pública de cubrir reglamentariamente la plaza, y en el momento en que se cubre esa plaza ocupada, se extingue el contrato de trabajo de ese ‘indefinido no fijo’. Este criterio implica equiparar la situación de las personas con las que se ha utilizado abusivamente –o fraudulentamente– la contratación temporal y cuyo efecto, según la legislación española, sería la del reconocimiento de su contrato como indefinido, con las que han suscrito un contrato de interinidad, y cuya vigencia es, por su propia naturaleza, temporal”.
- *Segundo*: “En este momento la sentencia del Tribunal Supremo de 28.06.21, ha establecido que si la contratación temporal supera los 3 años, se reconoce la misma indemnización que corresponde al despido por causas objetivas prevista legalmente en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 53). Es decir, se ha incorporado la indemnización como un factor para prevenir la utilización abusiva de los contratos temporales, pero mantiene la misma naturaleza temporal de las personas consideradas ‘indefinidas no fijas’, puesto que la vigencia de su contrato está ligada al cumplimiento de una circunstancia que se producirá con toda seguridad –la cobertura de la vacante que ocupa–, lo cual desvirtúa por completo el efecto útil de la Directiva, ya que la indemnización se erige en la única medida, no eficaz, para prevenir la contratación temporal, y con cargo al erario público”.

Esta matriz argumentativa se traduce en la formulación de dos cuestiones prejudiciales, en las que, a la luz del contenido de la cláusula 3ª del Acuerdo Marco, básicamente se plantea si la figura de INF debe asimilarse a un trabajador con contrato de “duración indefinida”, o bien, a uno de “duración determinada” (enfaticando que, según la doctrina jurisprudencial interna, estas relaciones se

extinguen en el momento en que se cubre la vacante que se ocupa y que la misma se cubrirá obligatoriamente, aunque no se conozca la fecha exacta).

Pues bien, a la luz de lo expuesto, puede afirmarse que el interés de esta CP radica en lo siguiente:

- *Primero*: porque entiende que la figura de INF está sometida a condición. Planteamiento que, si bien comparto⁵⁵, no se alinea con la interpretación “vigente” del TS (como se ha expuesto, son temporales o indefinidos en función de las circunstancias). No obstante, dadas las dificultades para encajar en el “molde” de los contratos temporales y en el de los indefinidos, quizás, sería más adecuado (y simple) partir de la base de que son contratos sometidos a condición (nos ahorraría la “cuadratura del círculo”). Al menos, a nivel interno.
- *Segundo*: a nivel comunitario, el ajuste de los INF en las categorías conceptuales de la Directiva 1999/70 es más complejo porque el universo conceptual es binario. No obstante, el TJUE ya se ha pronunciado al respecto en dos ocasiones. En efecto, en los asuntos *Huétor Vega*⁵⁶ y *Vernaza Ayovi*⁵⁷ ya declaró que son contratos “temporales” (y podría, simplemente, remitirse a tales precedentes).
- *Tercero*: llegados a este estadio (y tratando de proyectar escenarios posibles a partir del acervo comunitario existente), parece que el fallo del TJUE queda limitado a dos opciones (incompatibles): entender que los INF tienen una relación temporal (A); o bien, indefinida (B):
(A) Si, siguiendo lo declarado en asuntos precedentes, ratifica que se trata de una relación de duración determinada, en hipótesis, podría colegirse que la calificación de INF no podría ser adecuada a la luz de la Directiva 1999/70, pues, se estaría combatiendo el abuso con más temporalidad. Y, por este motivo, probablemente, permitiría aplicar el art. 15.3 ET y reconocer la “fijeza”⁵⁸.

No obstante, antes de alcanzar esta conclusión, debería valorarse si esta conversión describe una medida respetuosa con el contenido de la Directiva 1999/70. Esto es, si las obligaciones anudadas a la figura de INF se erigen en “medidas equivalentes” en términos de la cláusula 5ª (aunque postergadas en el tiempo): la cobertura reglamentaria de la plaza y la indemnización en el momento

⁵⁵ Extensamente, Beltran de Heredia Ruiz, I. *Indefinidos no fijos: una figura en la encrucijada*, Bomarzo, 2021, pp. 55 a 58.

⁵⁶ ATJUE 11 de diciembre 2014 (C-86/14).

⁵⁷ STJUE 25 de julio 2018 (C-96/17).

⁵⁸ En la línea de, por ejemplo, de la STSJ Madrid 17 de febrero 2021 (rec. 845/2020) anteriormente citada.

que se materializa (lo que, como se expondrá, no está garantizado a la luz del RD Ley 14/2021).

Veamos, a continuación, cada una (desconociendo si el TJUE entrará a valorar las mismas o no):

- *En relación con la cobertura de la vacante*, si bien es cierto (como se apunta en la CP) que los INF quedan sometidos a reglas similares a las previstas para los interinos por vacante (pues, la relación se extingue con la cobertura reglamentaria de la plaza), es importante tener en cuenta que, a diferencia de estos (*ex STS 28 de junio 2021*), no se prevé un plazo para que la misma se lleve a cabo (lo que, recuerden, llevó al TJUE en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* a dictaminar que, con esta configuración, no podía ser considerada como una “medida equivalente”).

En cambio, reparen que la CP asume que la cobertura reglamentaria de la plaza es un hecho que acabará produciéndose con toda seguridad (“la vigencia de su contrato está ligada al cumplimiento de una circunstancia que se producirá con toda seguridad –la cobertura de la vacante que ocupa”). Esta afirmación es controvertida por dos motivos: en primer lugar, porque, de ser así, no encajaría con la naturaleza *condicional (incertus an incertus quando)* que proclama el propio Auto; y, en segundo lugar, porque materialmente puede suceder que no se convoque nunca la plaza (a pesar de la obligación a la que está sometida la administración). Esta última circunstancia podría ser relevante, dado que podría alterar el presupuesto de partida de la CP y condicionar la respuesta del TJUE.

En todo caso (al margen de lo anterior), lo cierto es que, como ya se apuntó en *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* e *IMIDRA*, no puede afirmarse que la cobertura reglamentaria, considerada de forma aislada, pueda equipararse a una “medida equivalente”.

Sin embargo, sin perjuicio de lo que se apuntará en el epígrafe que sigue, téngase en cuenta que el contenido del art. 2.4 RD Ley 14/2021 podría tener alguna incidencia en esta última (eventual) conclusión (“limando” de paso una de las objeciones que manifestó el TJUE en tan citado asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* al modelo interno), pues, aunque el resultado del proceso selectivo sigue siendo incierto, los INF (siempre que sigan siendo temporales) estarían en mejores condiciones que quienes no ostentan dicha calificación (lo que, juntamente con la previsión –sin concreción aún– de responsabilidades derivadas de la nueva DA 17ª EBEP –*ex art. 1. Tres RD Ley 14/2021*– podría, en una visión de conjunto, precipitar el cambio de valoración por parte del TJUE – a pesar de que, en virtud de la DT 2ª RD Ley 14/2021, no sería aplicable al caso).

- *En relación con la indemnización*, en la fundamentación de la CP, quizás, hubiera sido conveniente hacer una descripción del contexto en el que la misma se ubica (aunque se refiera a realidades que escapan del ámbito de

la Directiva 1999/70). Especialmente porque (como ya se ha apuntado en diversas ocasiones en este estudio – “problema de comparabilidad”), todos los INF, con independencia de su origen (cesión ilegal, falsos autónomos, etc.), perciben idéntica compensación en caso de cobertura reglamentaria (de modo que, en puridad, el percibo de esta indemnización no es una medida “específica” dirigida a sancionar y evitar el incumplimiento de la cláusula 5ª).

Por consiguiente, creo que, sin esta visión más amplia (de “contexto”), podría suceder que el TJUE acabe infiriendo que lo concluido en *de Diego Porras 2* no es aplicable al caso (recuérdese que, en síntesis, en este asunto cuestionaba que la compensación del art. 49.1.c ET pudiera describirse como una medida contra el abuso porque se abona con independencia de que haya o no un abuso). En consecuencia, si alcanza esta conclusión (y asumiendo que los interinos no perciben indemnización alguna al finalizar de forma reglamentaria la relación contractual), esto podría llevar al TJUE a afirmar que la indemnización actualmente prevista para los INF (20 días por año con un máximo de 12 mensualidades – superior a la prevista en el art. 49.1.c ET) pueda equipararse a una “medida equivalente” *ex* Directiva 1999/70. De hecho, recuerden que en el asunto *Huétor Vega* (sin el “contexto” al que se ha hecho referencia) el TJUE dio por válida la compensación del art. 49.1.c ET (y, en términos similares, también lo hizo la STS 7 de noviembre 2016, rec. 766/2016).

Por consiguiente (teniendo en cuenta la argumentación del Auto y los precedentes comunitarios), aunque los INF estén sujetos a una relación “temporal” en términos de la Directiva 1999/70, en hipótesis, el TJUE podría acabar declarando que la posterior indemnización cuando la cobertura reglamentaria sea efectiva es una “medida equivalente”.

Ahora bien, si concluye que ninguna de estas previsiones normativas puede ser calificada como “medidas equivalentes” (individual o en su conjunto), es obvio que la respuesta al abuso en la temporalidad no podría pasar por transformar la relación en INF (forzando al magistrado remitente – como se ha apuntado – a la aplicación del art. 15.3 ET).

(B) Si, en cambio, el TJUE concluye que son relaciones “indefinidas” (no temporales), es claro que la cobertura reglamentaria de la plaza no puede erigirse en un motivo de ineficacia contractual (pues, no tendría sentido que un contrato de esta naturaleza esté sometido a término/condición). Lo que, en mi opinión, implicaría que, si la administración procediera al cese por este motivo, debería declararse la improcedencia de la extinción.

A su vez (y probablemente con más calado que lo anterior), si la relación no es de duración determinada ya no podría exigirse un proceso selectivo. Lo que, *a priori*, iría en contra de lo afirmado por el propio TJUE en el apartado 130 del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (aunque ya se ha visto que el TJUE no

tiene inconveniente en cambiar de criterio sin necesidad de justificarse – no lo hizo en *de Diego Porras 2*, con respecto a *de Diego Porras 1*, y tampoco lo ha hecho en *IMIDRA*, con respecto a Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez).

- Y, *cuarto*: en esta compleja cuestión no debe olvidarse la tramitación como proyecto de Ley (por la vía de urgencia) del recién convalidado RD Ley 14/2021 (al que se hará referencia a continuación). En su articulado definitivo podrían añadirse nuevas reglas que (aunque por motivos temporales no fueran aplicables al caso) podrían acabar calificándose como “medidas equivalentes” a los efectos de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70 (y, por ende, condicionar la valoración final⁵⁹).

A la luz de todo lo anterior, no cabe duda de que la CP analizada, a pesar de plantear un aspecto (relativamente) “simple” (si los INF son “temporales” o “indefinidos”), contiene una “carga de profundidad” que, ciertamente, podría alterar significativamente la estabilidad del marco interpretativo vigente.

3. EL RDLEY 14/2021

El ordenamiento jurídico español, como se ha expuesto en los epígrafes anteriores (el “contexto”), carece de una respuesta satisfactoria a las exigencias comunitarias para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público. Y el RD Ley 14/2021, como se expone en su extensa Exposición de Motivos, aspira a satisfacer este mandato admitiendo que “la experiencia acumulada nos presenta, por tanto, una realidad que se aleja de la deseable”. Descartada “la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente”⁶⁰ como medio para combatir el abuso, el objetivo de la reforma (tan ambicioso como difícil de alcanzar) “es situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas”. Con este propósito, la reforma pone el foco de atención en tres dimensiones: “adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro y, por último, potenciación de la

⁵⁹ Finalmente, tampoco debería menospreciarse la reciente incorporación de la Magistrada Lourdes Arastey al TJUE. Especialmente porque puede contribuir a que este órgano comunitario conozca de primera mano los detalles de este alambicado contexto interno y, desde este punto de vista, quizás, le ayude a aplicar la sintonía fina que en otras ocasiones se le ha objetado (sin ir más lejos, como se acaba de exponer, por la propia Sala IV).

⁶⁰ “esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”.

adopción de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos”⁶¹.

Y aunque el Legislador es plenamente conocedor de lo que debe hacerse (esto es, “instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin”), no puede afirmarse que, en lo que al personal laboral temporal se refiere, el resultado final haya alcanzado este objetivo de forma plenamente satisfactoria. O, al menos, son muchas las incógnitas que plantea (no debiéndose descartar que su contenido acabe precipitando nuevas interpelaciones al TJUE para evaluar su adecuación al Acuerdo Marco).

Sin pretender un análisis pormenorizado del contenido del RD Ley 14/2021, el propósito de las páginas que siguen es identificar los aspectos controvertidos de sus dos principales medidas contra el abuso, a los efectos del personal laboral temporal: el proceso de estabilización del empleo temporal previsto en el art. 2 RD Ley 14/2021 y la nueva DA 17ª del EBEP (regulada en el art. 1 RD Ley 14/2021).

Asumiendo que el contenido de esta última únicamente se proyecta respecto de las relaciones iniciadas a partir de su entrada en vigor (*ex* DT 2ª RD Ley 14/2021), a efectos de la sistemática expositiva, permítanme que empiece el análisis con la respuesta a los problemas del presente (esto es, el contenido del art. 2 citado).

3.1. Art. 2 RD Ley 14/2021: impacto del proceso de estabilización en el régimen sustantivo laboral

El proceso de estabilización regulado en el art. 2 y, en concreto, su apartado 6º impacta de un modo profundo en el régimen sustantivo del personal laboral temporal y en los criterios que lo han estado interpretando⁶². Y, vaya por delante

⁶¹ Añadiendo que esta reforma se inspira en los siguientes principios ordenadores: “apuesta por lo público, dotando a la Administración del marco jurídico necesario para prestar con garantía y eficacia los servicios públicos; profesionalización del modelo de empleo público, con el centro en el personal funcionario de carrera y la delimitación de los supuestos de nombramiento de personal temporal; mantenimiento de la figura de personal funcionario interino, estableciendo su régimen jurídico de cara a garantizar la adecuada utilización de esta modalidad de personal y exigencia de responsabilidad de la Administración ante una inadecuada utilización de la figura de personal funcionario interino, contribuyendo por otra parte, a impulsar y fortalecer una adecuada planificación de recursos humanos”.

⁶² Párrafo 1º: “Corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración

que estas reglas, de acuerdo con la doctrina reciente del TS, también son extensibles a las sociedades empresariales públicas sujetas al EBEP.

En relación con su literalidad, y teniendo en cuenta el “contexto” anteriormente descrito, pueden formularse las siguientes notas críticas sobre su contenido (seis):

- *Primera*: es cierto que, como se acaba de recoger, el TJUE no ha exigido que la reacción frente al abuso en la temporalidad deba ser la declaración de “fijeza”. No obstante, téngase en cuenta que, a pesar de esta negación (y del propio contenido del ap. 130 del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, anteriormente citado), si se constatará la inexistencia de medidas contra el abuso y/o las equivalentes fueran insuficientes, debería abrirse esta posibilidad.

- *Segunda*: en la medida que sólo puede accederse al proceso de estabilización *ex art. 2 RD Ley 14/2021* si las plazas acumulan 3 años a 31 de diciembre 2020 (art. 2.1 RD Ley 14/2021), *a priori*, no es improbable que los interinos por vacante que se presenten puedan convertirse en INF en virtud de la STS 26 de junio 2021 (rec. 3263/2019).

Por otra parte, aunque es posible que no esté en la mente de los redactores del RD Ley 14/2021, cabría plantearse si la discusión sobre la naturaleza temporal o indefinida de los INF podría tener alguna afectación en la participación de este colectivo en el proceso de estabilización.

- *Tercera*: debe establecerse una distinción en función de la participación o no en el proceso de selección y permítanme que lo centre en el colectivo de interinos por vacante (pues, estimo que es el más numeroso).

Si participan en el proceso de estabilización y superan el proceso selectivo, aunque el RD Ley 14/2021 no les reconoce la percepción de una compensación de forma expresa, reparen que, teniendo en cuenta lo apuntado en el punto anterior, si se declara su relación como abusiva (y, por ende, son calificados como INF), podrían aspirar al importe que prevé la STS 26 de junio 2021 (rec. 3263/2019).

En estos casos de superación del proceso de selección por parte de los interinos por vacante (al margen de lo recién apuntado respecto a la posible transformación a INF), cabe plantearse si es conforme a la Directiva 1999/70

por la no superación del proceso selectivo de estabilización”. Párrafo 2º: “En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades”. Y párrafo 3º: “La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso”.

que no se perciba, pese al abuso (por superación de un plazo de 3 años), compensación alguna. Tratando de hallar una respuesta (siendo extensible para todo el colectivo del personal temporal laboral susceptible de percibir la indemnización *ex art. 49.1.c ET*), como hipótesis, podría plantearse si la preferencia en el proceso de selección prevista en el art. 2.4 RD Ley 14/2021 podría ser una medida equivalente que compensara una ausencia de indemnización (o, cuando sea el caso, la prevista en el art. 49.1.c ET). Extremo que, dado que supone comparar magnitudes diferenciadas, es, ciertamente, difícil de valorar.

A su vez, el hecho que el régimen de responsabilidad previsto en la nueva DA 17ª EBEP (art. 1 RD Ley 14/2021) sólo se aplique a las relaciones formalizadas a partir de la entrada en vigor del RD Ley 14/2021 impide que, como sostuvo el TJUE en el asunto *Santoro*⁶³, pueda afirmarse que el ordenamiento jurídico cuenta con una medida sancionadora efectiva. Complementando lo anterior, tampoco puede aseverarse que el contenido de la DA 43ª TRES de la LPGE '18 (vigente, al menos, para todas las relaciones contractuales anteriores a la entrada en vigor del RD Ley 14/2021), pueda ser calificada como una medida “efectiva” (especialmente, porque no tengo constancia que se haya aplicado en alguna ocasión).

Finalmente, *si los interinos por vacante participan en el proceso de selección y no lo superan*, tienen derecho a la indemnización de 20 días con un máximo de 12 meses prevista en el art. 2.6 RD Ley 14/2021 (incluso, en el caso de que pasen a formar parte de las bolsas a las que se hace referencia en la DA 4ª RD Ley 14/2021).

- *Cuarta*: en relación con el resto de personal temporal laboral, puede inferirse que tienen derecho al percibo de la indemnización conforme a lo previsto en el art. 49.1.c) ET si superan el proceso selectivo (salvo que sean o se califiquen como INF – en cuyo caso se aplicaría lo expuesto en el punto anterior). Este importe debe incrementarse hasta los 20 días, con un máximo de 12 meses (*ex art. 2.6 RD Ley 14/2021*), si se produce el cese por la no superación de este (compensación que también deben percibir en el supuesto

⁶³ STJUE sentencia 7 de marzo 2018 (C-494/16). En este caso, concluye que “La cláusula 5 del Acuerdo marco “debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, por una parte, no sanciona el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada mediante el pago al trabajador afectado de una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación laboral de duración determinada en una relación de trabajo por tiempo indefinido pero, por otra parte, prevé la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio”.

de que pasen a formar parte de las bolsas a las que se hace referencia en la DA 4ª RD Ley 14/2021).

No obstante, debe tenerse en cuenta que, salvo para la interinidad por vacante, la cobertura reglamentaria de la plaza no describe una causa extintiva lícita (lo que, quizás, plantee si no cabría reconocer una indemnización por despido improcedente en las extinciones del resto del personal laboral afectado por el proceso de estabilización).

- *Quinta*: en el caso de que se renunciara a participar, estimo que se mantendría el derecho a las indemnizaciones del art. 49.1.c) ET citadas. No obstante, este precepto podría entrar en conflicto con la literalidad del último párrafo del art. 2.6 RD Ley 14/2021 al afirmar que, si se dan estas circunstancias, “no dará derecho a compensación económica en ningún caso”. Pese a la rotundidad con la que está formulado, entiendo que únicamente se refiere a la compensación de 20 días que prevé el art. 2 RD Ley 14/2021.

De lo anterior se colige que los interinos por vacante que no participen en el proceso de selección seguirían teniendo la puerta abierta a la reclamación de la indemnización que pudiera derivarse de su calificación judicial como INF al producirse el cese (que sería extensible obviamente a los que ya la hubieran adquirido con anterioridad).

Para el resto de los contratos temporales, como se ha apuntado, la cobertura reglamentaria de la plaza (en favor de un tercero) no describe un motivo extintivo, lo que plantea si no cabría reconocer la indemnización del despido improcedente.

- *Y, sexta*: un aspecto a tener en consideración es que, para el cálculo de la indemnización, debe tenerse en cuenta únicamente el salario “fijo” (párrafo 2º del art. 2.6 RD Ley 14/2021). Aunque no se especifica, parece que la intención de la norma es que no se incluyan, al menos, las percepciones “variables”. Sin entrar en la compleja distinción entre unas y otras (especialmente porque la jurisprudencia es constante a la hora de no circunscribirse al *nomen iuris* de tales complementos), esta acotación podría plantear dudas respecto de su adecuación a la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, pues, como saben, la indemnización es una “condición de trabajo” (entre otras, *ex de Diego Porras 1*) y, por ende, se estaría produciendo un trato desigual cuya justificación debería ser objeto de evaluación (aunque, previamente, debería determinarse si, efectivamente, se da una situación equiparable que permita el juicio comparativo entre temporales e indefinidos).

A la luz de todo lo expuesto (y, a la espera de la configuración normativa resultante de la futura Ley), como puede extraerse de lo expuesto, las dudas de adecuación de esta matriz normativa al mandato comunitario son numerosas y de naturaleza diversa (y la interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales será, como hasta la fecha, determinante).

3.2. La nueva DA 17ª EBEP (art. 1.tres RD Ley 14/2021)

El contenido de la nueva DA 17ª EBEP también tiene una afectación profunda (respecto de las relaciones formalizadas desde su entrada en vigor) en el régimen sustantivo del personal laboral temporal del sector público – afectando también a sus sociedades empresariales (y, de forma similar, también son muchas las dudas que suscita su adecuación a las exigencias comunitarias)⁶⁴.

Siguiendo la misma sistemática, a continuación, se procederá a una valoración crítica (en forma de notas - siete), teniendo en cuenta el “contexto” anteriormente expuesto:

- *Primera*: el contenido de la DA 17ª EBEP está previsto para las relaciones contractuales que se formalicen a partir de su entrada en vigor (esto es, el 8 de julio 2021). Lo que no debería impedir que, a los efectos de eventuales compensaciones, puedan tenerse en cuenta relaciones contractuales temporales anteriores a este momento.
- *Segunda*: la DA 17ª EBEP se refiere al “personal laboral temporal” y, por consiguiente, a todas las modalidades de esta naturaleza temporal. Por este motivo, el concepto “superación del plazo máximo de permanencia” empleado en la DA 17ª EBEP resulta algo confuso en el ámbito laboral.

⁶⁴ En concreto, los apartados que tienen esta afectación son los siguientes: Apartado 1º: “Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino” (párrafo 1º).” Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal” (párrafo 2º). Apartado 2º: “Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”. Apartado 3º: “Todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”. Y, Apartado 5º: “En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica” (párrafo 1º). “Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial,

Tratando de concretar las implicaciones derivadas de este “nuevo” concepto, creo que podría inferirse lo siguiente (centrándome en las modalidades temporales cuyo uso es más frecuente):

- Para los contratos por obra y servicio y eventual, quedan sujetos a los límites de los párrafos a) y b) del art. 15.1 ET y en los términos allí descritos.
 - Para los interinos por vacante, a partir de la STS 26 de junio 2021 (rec. 3263/2019), parece razonable sostener que se refiere al plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP.
 - En relación con los interinos por sustitución, repárese que –según los supuestos/circunstancias– pueden no tener “plazos máximos de permanencia” (lo que, a su vez, podría contravenir la doctrina del TJUE).
- *Tercera*: con respecto a la superación del “plazo máximo de permanencia” (cuando esté fijado), repárese que, en principio, debe operar como un motivo de ineficacia contractual “automático” (sin posibilidad de prórroga, salvo las que estén expresamente previstas en la legislación laboral). En tal caso, se suscita una duda importante, pues, podría afirmarse que impide el juego del ap. 5 del art. 15 ET (con las salvedades de la DA 15ª ET) en el sector público⁶⁵.
- *Cuarta*: la extinción automática e indemnizada de las relaciones laborales temporales puede erigirse en una medida adecuada a los efectos de la Directiva 1999/70 en tanto que, hipotéticamente, evita la “sucesión” (entendida en términos amplios *ex IMIDRA*) y, por ende, el abuso (lo que no significa que no plantee otros problemas de naturaleza distinta). De hecho, en un plano al menos teórico (aunque la realidad podría evidenciar todo lo contrario), reparen que esta regla podría dificultar la proliferación de INF vinculados a la contratación temporal abusiva y/o ilícita (la nulidad que proclama el ap. 3 DA 17ª ET lo haría para los contratos fraudulentos). Esto, *a priori*, no exime a la indemnización de la necesidad de cumplir una finalidad disuasiva y que también sea efectiva. En este sentido, sin perjuicio de las dificultades para determinar cuándo una compensación es “efectiva” en términos “disuasivos”⁶⁶, podría afirmarse que la previsión de

se procederá a la compensación de cantidades” (párrafo 2º). “No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria” (párrafo 3º).

⁶⁵ Un exhaustivo y pormenorizado análisis de este apartado, en de Val Tena, A. L., “Límites al encadenamiento de contratos temporales en las Administraciones Públicas”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 2/2021, pp. 286 y ss.

⁶⁶ Véase al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., “Crisis empresarial provocada por la pandemia y extinción de la relación laboral”, Ponencia a las *XXXI Jornades Catalanes de Dret*

una compensación objetivamente superior a la prevista en el art. 49.1.c) ET participaría de estas notas. Aunque al respecto pueden hacerse algunas consideraciones, como se expondrá posteriormente.

No obstante, del mismo modo que lo apuntado con anterioridad, parece que las situaciones en las que se acumule, como mínimo, una relación temporal con anterioridad al RD Ley 14/2021 podrían ser calificadas como INF. En tal caso, hipotéticamente, su importe (de nuevo) podría no ser suficiente.

A su vez, adviértase que, a pesar de la limitación del ap. 5 DA 17ª EBEP (“la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”), si se calificara la relación como INF, quizás, este límite no sería de aplicación.

Por otra parte, esta limitación (que aspira a evitar que deba responderse por importes muy elevados) puede plantear algunos conflictos interpretativos, pues, supone una violación de la teoría de la unidad esencial del vínculo y la necesaria adecuación de la compensación al abuso sufrido que exige el TJUE (y, probablemente, debería evaluarse si los Tribunales lo acabarán sometiendo a matización).

- *Quinta*: como se ha apuntado anteriormente con respecto al art. 2 del RD Ley 14/2021, para el cálculo de esta compensación debe tenerse en cuenta únicamente el salario “fijo” (pudiéndose reproducir aquí lo anteriormente expuesto). No obstante, la particularidad de esta regulación es que, además -como se acaba de apuntar-, el período de prestación de servicios queda limitado al nombramiento que haya provocado el incumplimiento. Teniendo en cuenta estos parámetros de cálculo (con salario y tiempo con una acotación potencial severa), en hipótesis (dado que los métodos de cálculo son diferentes) podría suceder que, de acuerdo con el párrafo 1º del ap. 5 DA 17ª EBEP, la indemnización a la que se tenga derecho por aplicación de la normativa laboral, sea superior a la que correspondería en virtud de estas reglas que prevé el propio ap. 5 citado (reparen que en el caso del art. 49.1.c) ET se tiene derecho a 12 días por año, sin límite de anualidades).

Si esto fuera así (sin descartar que, quizás, se esté proyectando escenarios poco probables), sería muy discutible que se está garantizando una compensación suficiente por el abuso sufrido (sin olvidar que, en virtud de *de Diego Porras 2*, el art. 49.1.c ET no puede ser calificado como una medida adecuada para sancionar el abuso).

- *Sexta*: en términos generales (pero especialmente para los trabajadores temporales no interinos por vacante), el reconocimiento de una indemnización de 20 días en caso de superación del “plazo máximo de permanencia” podría estar planteando (de forma deliberada o no) un cambio profundo de las

Social 9 y 16 de abril 2021, pp. 13 y ss. Disponible en: <http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=417>

reglas laborales. Especialmente porque sobrepasar este intervalo temporal supone que la relación sea calificada como “indefinida”. Por consiguiente, si así es, no puede pretenderse que el cumplimiento del “término” se erija en un motivo de ineficacia contractual válido. En tal caso, el RD Ley 14/2021 estaría planteando una transformación de extraordinario calado, pues, es doctrina consolidada que la extinción deba calificarse en estos supuestos como improcedente.

- Y, séptima: la previsión de un régimen de responsabilidad (cuando se concrete), siguiendo con *Santoro*, podría erigirse en una medida equivalente a los efectos de la Cláusula 5ª Directiva 1999/70 (será importante determinar cómo se materializa y, específicamente, quién asume esta tarea “fiscalizadora”).

A la luz de todo lo anterior (y de un modo similar a lo expuesto en relación con el art. 2 RD Ley 14/2021) el régimen jurídico que contiene esta nueva DA 17ª EBEP suscita un número de controversias y dudas muy superior al que sería deseable. Lo que lamina las esperanzas de que pueda contener con éxito (y en un tiempo razonable) el uso abusivo de la temporalidad a partir de su entrada en vigor.

4. VALORACIÓN FINAL

La matriz resultante del “contexto” normativo y hermenéutico previo al RD Ley 14/2021 junto con su propio contenido es particularmente alambicada y, no sólo es dudoso que pueda alcanzar el (ambicioso) objetivo de reducir la temporalidad al 8%, sino que, además, son múltiples las dudas interpretativas y aplicativas que suscita (y la potencialidad conflictiva es muy elevada). En efecto, es poco probable que el proceso de estabilización temporal descrito en el art. 2 RD Ley 14/2021 sea capaz de absorber (con una mínima celeridad) la ingente bolsa de temporalidad fraudulenta y abusiva que impera en el sector público (especialmente, el local y autonómico). Y, en paralelo, teniendo en cuenta esta configuración, es cuestionable que el intento de contención del gasto público que el RD Ley 14/2021 pretende, al limitar el importe de las compensaciones, sea efectivo (al menos, en un primer estadio). De hecho, no es descartable que, a la luz de la doctrina del TJUE, deba ser revisado al alza, pues, podría estar vulnerándose el principio de no discriminación.

Siguiendo con este plano comunitario, debe ponerse en duda que la nueva matriz normativa sea capaz de ajustarse a las exigencias del Acuerdo Marco para evitar y combatir el abuso, no sólo porque algunas dimensiones muy relevantes (como las de la responsabilidad y las sanciones) están meramente “proyectadas” (y en términos muy imprecisos y sin un plazo máximo para su ejecución); sino que, además, hay elementos que invitan a pensar que el TJUE podría volver a

ser interpelado para esclarecer la adecuación de algunas de las medidas o de la efectividad del conjunto.

A su vez, a la incertidumbre sobre uno de los aspectos absolutamente determinantes de esta problemática, como es el “líquido” concepto de INF, se le une una inexplicable pasividad a la hora de dotarlo de un marco jurídico-positivo mínimamente estable. Pretender que sean los órganos jurisdiccionales los que, a golpe de sentencia (y con las limitaciones propias de la función jurisdiccional), deban dar respuesta a las múltiples y heterogéneas controversias que esta discutida figura suscita no parece que sea una estrategia que augure un futuro prometedor.

En definitiva, todos estos factores no invitan al optimismo. A mayor abundamiento, a la escasez de claridad de las nuevas reglas se le une el hecho de que el Legislador ha omitido una adaptación paralela de las reglas del Estatuto de los Trabajadores relativas al sector público, pudiéndose plantear un conflicto de fuentes normativas, de resultado incierto.

En una visión en perspectiva, puede observarse que cada uno de los episodios de este problema no sólo no ha sido capaz de neutralizar las discusiones existentes, sino que ha ido añadiendo una nueva capa de complejidad. La resultante es una matriz con problemáticas solapadas y profundamente imbricadas.

Si las últimas décadas y, especialmente, los últimos 5 años se han caracterizado por una volatilidad extrema de las reglas aplicables a este colectivo, todo apunta que, si la nueva Ley no lo remedia, los inmediatamente siguientes también participarán de la misma inestabilidad.

La cultura de la temporalidad está profundamente arraigada en el mercado de trabajo español y el sector público es uno de sus principales causantes. De hecho, todo indica que se ha cronificado de tal modo que es muy dependiente de la precariedad que supura. Si esto es así, un marco normativo con este nivel de ambigüedad e imprecisión no parece que se erija en el mejor de los remedios para combatir este grave problema.

¿SMARTWORKING? LA TEORÍA DE LA DOBLE CARGA DE TRABAJO*

LUCIANA GUAGLIANONE

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de Derecho Sindical
Università di Brescia (Italia)*

MARIA LAURA PARISI

*Profesora Titular de Economía Política
Università di Brescia (Italia)*

EXTRACTO

Palabras clave: conciliación de la vida familiar, trabajo a distancia, doble carga de trabajo

El llamado como “smartworking”, “trabajo inteligente” o en España trabajo a distancia ha sido propugnado por el Gobierno italiano como un instrumento de conciliación durante la pandemia, primero a través del Decreto “Cura Italia” del 17 de marzo de 2020 y luego con el Decreto “Rilancio” del 19 de mayo del mismo año. Sin embargo, la evidencia cuestiona algunos de los objetivos de la Directiva de la Unión Europea n. 2019/1158, sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Existe el riesgo de instaurar una “teoría de la doble carga de trabajo” o “doble turno”, que aumentaría la desigualdad de género y exacerbaría los roles convencionales de género. A través del presente trabajo se cuestiona la evidencia disponible sobre los fenómenos de distribución del llamado “trabajo inteligente” y las tareas domésticas entre hombres y mujeres en hogares italianos durante las dos fases de la pandemia del Covid-19 en Italia. De los hechos resultantes y del análisis crítico de las regulaciones más recientes se alcanzan algunas conclusiones al respecto en el presente trabajo.

ABSTRACT

Key words: Work-life balance; Smartworking; Double shift

Smartworking has been invoked by the Italian government as a work-life balance instrument during the pandemics, first through the “Cura Italia” decree on March 17, 2020 and later on with the “Rilancio” decree on May 19. However, evidence questions some of the objectives of the EC Dir. n. 2019/1158, not yet in force. There is a risk to instate a “theory of double work load” or “double shift”, which would increase gender disparity and exacerbate gender conventional roles. We discuss available evidence on the phenomena of smart working and domestic duties distribution among men and women in Italian households during the two phases of Covid-19 pandemics in Italy. From the resulting stylized facts and by discussing the most recent regulations, we draw some implications.

* El artículo es el resultado de un trabajo conjunto, si bien Luciana Guaglianone es autora de los párrafos 1, 2.1, 2.2 y 4; y Maria Laura Parisi de los párrafos 1, 3.1, 3.2 y 3.3.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ALCANCE DE LA CONCILIACIÓN ENTRE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR
 - 2.1. la normativa Covid: una legislación imperfecta
 - 2.2. Una perspectiva legal: ¿es el smartworking una solución?
3. DATOS, METODOLOGÍA Y DISCUSIÓN DE LA EVIDENCIA
 - 3.1. Tareas domésticas y el mercado laboral: datos prepandémicos
 - 3.2. Pandemia y smartworking: debatiendo los datos
 - 3.3. Un análisis conjunto sobre el smartworking y el trabajo doméstico
4. RESUMEN Y PERSPECTIVAS

1. INTRODUCCIÓN

En Italia, durante la pandemia del COVID-19, el porcentaje de empleados en régimen de smartworking ha aumentado sustancialmente para hacer frente al enorme choque provocado por la crisis sanitaria y las siguientes políticas restrictivas para detener la difusión del virus¹. Sin embargo, esta modalidad de trabajo ha acentuado la división de roles dentro de los hogares, cuestionando la idea de que el smartworking, en la actualidad, pueda convertirse en un instrumento de conciliación entre la vida laboral y familiar.

El análisis que hemos realizado llega a la conclusión de que el smartworking es un factor de desequilibrio en la carga de trabajo, produciendo resultados adversos, ya que condiciona la elección de la participación en el mercado laboral y la productividad del trabajo por parte de las mujeres. De hecho, el smartworking tiene como consecuencia la mezcla de trabajo profesional y doméstico o el cuidado de los hijos. Lo más grave desde el punto de vista político es que el Gobierno, a pesar de esta conciencia, apuesta por el equilibrio entre vida privada y trabajo a través de esta modalidad. En 2020 promulgó una serie de leyes que dan cabida al smartworking, pero que establecen condiciones estrictas para los padres. Más tarde, en diciembre de 2020, después de casi un año de emergencia, aunque se debatió públicamente el impacto de género del smartworking y de máxima preocupación, la Ley 176/2020 confirmó la misma norma, extendiéndola a los casos de niños que se ven obligados a permanecer en casa por la cuarentena del COVID-19 (art. 21 bis, d. l. 104/2020).

Todavía no se ha realizado un análisis en profundidad de las consecuencias de esta disposición legislativa.

¹ Anderton, Botelho, Consolo, Dias da Silva, Foroni, Mohr, & Vivian, “The impact of the Covid-19 pandemic on the euro area labor market,” ECB Economic Bulletin, issue 8/2020; Baldwin & Weder di Mauro, *Economics in the time of COVID-19: A new eBook*, VoxEU.org, 6 March 2020; Brinca, Duarte, & Faria y Castro “Is the COVID-19 Pandemic a Supply or a Demand Shock?,” *Economic Synopses*, No. 31, 2020, <https://doi.org/10.20955/es.2020.31>.

En este artículo intentamos cumplir un doble objetivo: debatir la evolución de la normativa sobre conciliación entre la vida laboral y familiar en Italia durante los primeros meses del brote del COVID-19 y aportar datos sobre el fenómeno del smartworking y la doble carga de trabajo. Argumentamos que las regulaciones existentes en tema del COVID-19 recogen una legislación imperfecta. Para alcanzar los resultados sobre indicados para cada sector de producción perteneciente a la clasificación europea NACE Rev.2², calculamos el porcentaje de trabajadoras en smartworking durante la primera oleada de la pandemia, distinguiendo los periodos de emergencia denominados Fase 1 (marzo-abril 2020) y Fase 2 (mayo-junio 2020) (léase los decretos “Cura Italia”, d.l. 18 de 17/03/20 y “Rilancio”, d.l. 34 de 19/5/20). A continuación, calculamos el porcentaje de mujeres que cubren diferentes profesiones en Italia, utilizando los tipos de trabajo que figuran en la clasificación internacional de profesiones CIUO-08 y ofrecemos una evaluación de los trabajos que pueden realizarse completamente en smartworking, principalmente en smartworking, principalmente en el lugar de trabajo, completamente en el lugar de trabajo. Por último, elaboramos un rango estimado en cada sector de la proporción de mujeres en smartworking³.

En la Fase 1 se observa que la mayoría de los trabajadores en smartworking eran mujeres. Por ejemplo, el sector de la educación, cuya mano de obra es mayoritariamente femenina, empleaba a un 32% de individuos en régimen de smartworking, y entre un 12 y un 20% de este porcentaje eran trabajadoras.

El mismo resultado se halla en los sectores que emplean menos trabajo en smartworking (minerales, industria manufacturera, construcción, comercio minorista, servicios sanitarios); también en estos casi todos los trabajadores en smartworking eran mujeres.

En cambio, durante la Fase 2 (mayo-junio de 2020) la incidencia del smartworking disminuye en todos los sectores, pero la proporción de empleo femenino en régimen de smartworking es bastante estable. Y en los sectores en los que pocas empresas adoptaron la modalidad de smartworking, ese tipo de trabajo fue cubierto, durante el confinamiento y después de este, generalmente por mujeres.

El artículo está estructurado como sigue. La sección 2, a la luz de las recientes herramientas jurídicas, presenta un panorama sobre el tema de la conciliación entre la vida laboral y familiar. La sección 3 ilustra los datos disponibles, introduce nuestra metodología para derivar las evidencias, sobre las cuales hablamos, en tema de la prepandemia y de las que se manifestaron durante el *periodo de reclusión* en Italia.

² Eurostat, NACE-Rev.2 Statistical classification of economic activities in the European Community, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2008, ISSN 1977-0375.

³ ISTAT, Situazione e prospettive delle imprese nell'emergenza sanitaria Covid-19, Report 15 junio 2020.

Además, mencionamos (sin informar de los resultados) una encuesta preliminar sobre el smartworking y la doble carga de trabajo que se ha llevado a cabo en Italia. La sección 4 contiene un resumen y una discusión en torno a las próximas intervenciones políticas.

2. EL ALCANCE DE LA CONCILIACIÓN ENTRE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

2.1. La normativa Covid: una legislación imperfecta

Desde el inicio del confinamiento el Gobierno italiano atribuyó un “objetivo” al smartworking. En la Fase 1 eligió la modalidad de smartworking como la “mejor solución” y esta idea se plasmó en el decreto “Cura Italia”, d. l. 18 de 17/03/20, convertido en la Ley 27 de 24/04/20. Cabe decir que, durante este período, solo las actividades esenciales estaban activas, el 32% de los trabajadores dependientes trabajaban en smartworking, y alrededor del 12-20% de dicho porcentaje eran trabajadoras. Si descomponemos estos porcentajes por sectores, claramente, encontramos que el sector de la educación es el que tiene el mayor porcentaje de trabajadoras en smartworking, ya que dentro de este sector el smartworking era “la regla”, no una opción. Por el contrario, el porcentaje de trabajadoras en sectores como las minas y canteras, la industria manufacturera, la construcción, el comercio minorista y los servicios sanitarios, la incidencia del smartworking, es menor. Pero incluso allí, la mayoría de trabajadores eran mujeres.

El smartworking, durante la emergencia se perfila como el actor principal de la actividad laboral⁴ y transforma las finalidades que había antes de la pandemia⁵.

⁴ Guaglianone, L. & Parisi, M.L. (2021). Smartworking? Una teorizzazione del doppio carico di lavoro, Labour Law Community (LLC), 30 March 2021 (in Italian). <https://www.labourlawcommunity.org/senza-categoria/smartworking-una-teorizzazione-del-doppio-carico-di-lavoro/>

⁵ La regulación del smartworking antes del Covid (modalidad de trabajo que el legislador de entonces llamó “*lavoro agile*”) está contenida en una ley de 2017 (art. 18 ss. L.81/17) que tiene una doble finalidad: fomentar la competitividad de las empresas y permitir una conciliación de la vida familiar y de la vida profesional. La prestación de trabajo se desarrolla sin limitaciones de horario- por supuesto entre el límite del respeto de la jornada diaria o semanal indicado por ley o los convenios colectivos; el trabajador tiene derecho a la desconexión y trabaja para alcanzar objetivos específicos. El trabajo se desarrolla, en parte en la empresa y en parte en el exterior, en un lugar elegido por el mismo trabajador. Es un acuerdo individual que regula el contenido del contrato, así que se pueden tener en cuenta las necesidades de las dos partes.

Las disposiciones legales de emergencia, aunque tengan como fuente el art. 18 y ss. de la L.81/17 (que regula el trabajo a distancia en época “normal”), tienen unas características que transforman su función. La más emblemática es la eliminación de la autonomía contractual del trabajador; el

En este período no es solo una medida de conciliación entre vida familiar y vida laboral, sino que se convierte en una medida de protección de la salud de los trabajadores. Esta última función se acentúa aún más durante la segunda fase de bloqueo c.

El 4 de mayo de 2020 Italia abrió muchas actividades económicas; el 72% de los trabajadores que volvieron al lugar de trabajo eran hombres. Esta cifra no se debe -solo- al tipo de sectores que se pusieron en marcha (construcción y manufactura), que son las que emplean mayoritariamente a hombres, también en los sectores que utilizan muy poco smartworking, solo las mujeres eligieron esta modalidad de empleo.

En la Fase 2, otro decreto “Rilancio”, el d. l. 34 del 19/5/20, convertido en la ley 77 del 17/7/20, propuso claramente el smartworking como instrumento de conciliación. Además, esta modalidad de trabajo ya no era una elección del empresario, sino que se convirtió en un “derecho” para los padres trabajadores con hijos menores de 14 años. Sin embargo, el disfrute del derecho está conectado a algunas limitaciones; pueden acceder al smartworking solo si uno de los dos está en el paro o en situación de baja temporal (Cassa Integrazione Guadagni, un subsidio especial que se concede en Italia a los trabajadores suspendidos temporalmente). En resumidas cuentas, la modalidad con la que la conciliación entre la vida laboral y familiar se convierte en un objetivo específico del legislador⁶ es una trampa: el smartworking es una tarea que se debe realizar mientras se trabaja. Como se ve, las condiciones para acceder a la modalidad de smartworking no están correlacionadas con el trabajo concreto, sino con la necesidad de quedarse en casa cuidando de los hijos. Por tanto, el smartworking, elegido por el Gobierno como un instrumento de equilibrio, no tiene en cuenta el problema de la doble carga de trabajo.

En diciembre de 2020, a pesar de que el impacto de género del smartworking ya era bien conocido, la Ley 176/2020 confirmó las mismas reglas norma, al contrario, la extendió a los casos de niños que se ven obligados a quedarse en casa por la cuarentena del COVID-19 (art. 21 bis, d. l. 104/2020).

Estas opciones de regulación no nos extrañan. La sociedad italiana sigue siendo muy patriarcal. En consecuencia, el pleno empleo femenino se ve a menudo

cambio en la modalidad de ejecución de la prestación laboral se cumple solo con una comunicación de parte del empresario. Por tanto, el contenido de la prestación laboral depende, exclusivamente, de la voluntad del empresario. La simplificación del procedimiento, que implica, como queda claro, la eliminación de la autonomía contractual del trabajador está justificada por la situación de emergencia y conlleva el cambio de ratio de la norma. El trabajo a distancia muda su finalidad: de medida (también) de conciliación entre vida familiar y vida profesional a medida de protección de la salud de los trabajadores.

⁶ Mantione, “La finta neutralità del congedo parentale,” *Minorigiustizia*, n. 3, pp. 125-133, 2020.

obstaculizado por la gran carga de trabajo familiar y doméstico que recae sobre sus hombros y el legislador no tiene en cuenta esta dificultad, ni en las normas legales, ni en las contractuales. En particular, la regulación legal, introducida progresivamente para conciliar la vida laboral y personal, ha reforzado la idea de que la conciliación es una cuestión femenina (casi exclusivamente); y que su objetivo es facilitar un equilibrio en el trabajo de cuidados y profesional. El contenido de la Ley n. 53/2000 convertida en el TU d. l. vo. n.151/2011, muestra una visión bastante tradicional de los roles y responsabilidades del trabajo de cuidados y de la relación entre maternidad/paternidad y trabajo profesional. Esta visión, aun si bastante alejada del reparto de funciones, pero suaviza la posición central de las madres trabajadoras biológicas, ampliando los derechos de los padres trabajadores, y reconociendo el derecho y la obligación de prestar cuidados familiares a ambos padres trabajadores⁷. No obstante, esta posibilidad no ha socavado el modelo tradicional de quién tiene que cuidar la familia.

Y, sin embargo, a menos que las madres no pudieran acogerse a esta ley por razones que la ley, de forma taxativa indica, muy pocos trabajadores varones disfrutan de este beneficio. El permiso de paternidad existe, por tanto, como un derecho derivado solo en caso de ausencia o incapacidad de la madre, así que se refuerza la idea de la esencialidad de la función maternal y la “prescindibilidad” paterna (art. 28, d. l. vo. n. 151/2001). Esta conclusión no cambia en el caso de la asignación exclusiva del permiso de paternidad al padre. Los diez días de permiso previstos representan solo un acto simbólico (y el derecho comenzará después de la Ley de Presupuestos 2021, art.1 c. 363 letra a, Ley n. 178/21).

Es importante volver a subrayar que la crisis del COVID-19 ha aumentado la doble carga y que esta recae sobre todas las mujeres de forma indiscriminada. El 68 % de las trabajadoras, cuando viven en pareja, dedicaron más tiempo al trabajo doméstico que en los años prepandémicos (el porcentaje de sus parejas es de +40% que antes), mientras que el 61% dedicó más tiempo al cuidado de los hijos (el porcentaje de sus parejas es de + 51%)⁸.

2.2. Una perspectiva legal: ¿es el smartworking una solución?

La legislación “de emergencia” presenta como smartworking lo que en realidad es un instituto jurídico híbrido. Desplazar las actividades del trabajo no significa cambiar la organización del trabajo, sino el lugar donde se realiza, que,

⁷ Nunin, Dalla conciliazione alla condivisione. La regolamentazione normativa dei diritti dei padri lavoratori tra diritto comunitario e diritto interno, in Murgia A., Poggio B. (a cura di), Padri che cambiano. Sguardi interdisciplinari sulla paternità contemporanea tra rappresentazioni e pratiche quotidiane, ETS, pp. 173-199, 2011.

⁸ Del Boca, Oggero, Profeta, & Rossi, Women’s Work, Housework and Childcare, before and during COVID-19. IZA Discussion Paper n.13409, Junio 2020.

en época pandémica, es, naturalmente, la residencia o el domicilio del trabajador. Actualmente nos enfrentamos, en realidad, a una desregulación del trabajo flexible, en la que sobreviven pocos elementos, pero no los intrínsecamente relevantes (autonomía individual en la elección de las condiciones del propio contrato, o la libertad de elección del lugar de realización del propio trabajo, o los cambios en la organización del trabajo)⁹.

Con respecto a Italia, teniendo en cuenta las condiciones en las que se produjo el smartworking durante la era del COVID-19, el único elemento cierto a discutir es la idoneidad de una modalidad de trabajo, que tiene lugar en el domicilio, por ser una herramienta para promover el empleo femenino y la conciliación entre la vida laboral y familiar. A pesar de todo, existe, sin embargo, el riesgo de que la llamada “porosidad” entre el tiempo de trabajo y el tiempo de cuidado no suponga una mejora de la calidad de la conciliación, sino que implique una pérdida total de los límites entre la vida personal y el tiempo de trabajo, fenómeno denominado ‘work-life blending’¹⁰.

A este respecto y bajo estas premisas, parece discutible que el smartworking favorezca el equilibrio entre vida y trabajo. Más bien parece razonable pensar que, debido a la doble carga, las mujeres se ven obligadas a abandonar el mercado laboral. Por cierto, si observamos los datos de desempleo en el intervalo abril-septiembre de 2020, en Italia la tasa de desempleo femenino duplica la media europea: una pérdida de empleo equivalente al 4,1% en Italia, el 2,2% en Europa¹¹. Otro indicador del riesgo de abandono laboral femenino es el número de dimisiones, que parece preocupante. En Italia dimitir del trabajo siempre ha sido una opción típicamente femenina, como afirma el informe anual de 2019 del Ispettorato Nazionale del Lavoro (INAIL, Institución Nacional de Inspección del Trabajo, 2020): siete de cada diez dimisiones (alrededor del 72,7%, 35963 unidades) proceden de madres trabajadoras; el 36% de las empleadas que dimiten alegan como motivo la “incompatibilidad entre el trabajo y el cuidado de la familia”¹².

Todos estos argumentos conducen a un único resultado; que la igualdad de género es otra “víctima” del COVID-19, conclusión muy a menudo difundida sobre todo en los medios de comunicación, pero no apoyada, sustancialmente, por

⁹ Ver nota n. 6.

¹⁰ Militello, Autonomia subordinata e *work-life blending* nell’era della *on demand economy*, in *Impresa, lavoro-non lavoro nell’economia digitale* (A cura di C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone), Cacucci, pp.350-368, 2019.

¹¹ Fondazione studi consulenti del lavoro, *Occupazione femminile: si allarga il divario con l’Europa*, http://www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2021/AnalisiStatistiche/Report_Donne_20210308.pdf, 2021.

¹² INAIL - Ispettorato Nazionale del Lavoro (2020). *Rapporto annuale dell’attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale. Anno 2019*. <https://www.ispettorato.gov.it/it-it/in-evidenza/Pagine/Rapporto-2019-attivita-di-vigilanza.aspx>

el legislador italiano. Sin embargo, la idea del smartworking como herramienta de conciliación entre la vida laboral y familiar la encontramos también en el sistema normativo europeo. La Directiva Europea n.2019/1158 define el smartworking (aun si la Directiva lo llama “trabajo a distancia”) como una herramienta de “conciliación” (considerando n.35). Además, otorga a los padres una nueva vía de acceso a las políticas de conciliación, por ejemplo, el trabajo en tiempo/lugar “flexible”, con el objetivo de incidir positivamente en el reparto del trabajo doméstico entre hombres y mujeres (considerando n. 11). No obstante, el “laboratorio” de smartworking que tuvimos durante la pandemia, como indican los datos, cuestiona los objetivos de dicha Directiva.

Esta incoherencia entre las normas precovid y la experiencia posterior queda patente en el texto de la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025¹³. El smartworking (trabajo a distancia) es una propuesta para alcanzar un equilibrio entre la vida privada y el trabajo (art. 91). Aunque esta estrategia, al mismo tiempo, pone de manifiesto que el trabajo a distancia, si bien ofrece una mayor posibilidad de mejorar el equilibrio, también puede aumentar la carga de trabajo.

Dicho esto, sin embargo, se abre una fractura entre norma de ley y reflexiones teóricas. La pandemia ha empujado a Europa, desde un punto de vista teórico, a desaprobar la estructura social patriarcal, ya que es la responsable de la doble carga de trabajo que soportan las mujeres, y la principal razón de su infrarrepresentación en el mercado laboral. Las normas de leyes no siguen esta trayectoria y aun apuestan por el smartworking.

En resumidas cuentas, nosotras llegamos a la conclusión de que el smartworking no es del todo eficaz cuando los prejuicios y los estereotipos guían las propias elecciones, en lo que se refiere a los cuidados y al trabajo doméstico. La brecha de género emerge incluso en este fenómeno, y la ley tiene que enfrentarse a una nueva forma de abordar el problema. Sugerimos que, para evitar efectos distorsionadores, se haga necesaria la evaluación del impacto de género de cada política. Es urgente redactar normas buenas e igualitarias, y cada institución política debe considerar las dimensiones Inter seccionales como mecanismo de análisis de los fenómenos¹⁴.

¹³ European Commission (2020). A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025, COM(2020) 152 final, 5 March 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=EN>

¹⁴ Chieregato, “A Work-Life Balance for All? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158,” *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol.36 (1), pp.59-80, 2020.

3. DATOS, METODOLOGÍA Y DISCUSIÓN DE LA EVIDENCIA

3.1. Tareas domésticas y el mercado laboral: datos prepandémicos

El cuidado de los niños o de otras personas en el hogar y el trabajo doméstico han atraído la atención de la Comisión Europea incluso antes del estallido de la pandemia. El interés se ha determinado porque esta forma de dedicar el propio tiempo y los recursos propios, de forma gratuita, forman parte de un problema más amplio de desigualdades de género.

A tal efecto, el monitoreo de este fenómeno es importante para promover una “economía próspera e igualitaria de género” y el trabajo que conducimos se justifica por esas razones.

En primer lugar, es interesante observar algunos indicadores contenidos en la Tabla 1 (datos de 2016 a 2019 del Gender Equality Strategy Monitoring Portal) parte de la población es inactiva (es decir, no participa en el mercado laboral) debido a la necesidad de cuidar de los hijos o de los miembros del hogar con discapacidad. Se observa que el porcentaje de mujeres de 20 a 64 años es alrededor del 16 % en 2018-19 de media, frente al 1% de hombres en la misma categoría. Se evidencia, entonces, una brecha de género que golpea a las personas que dedican más tiempo que su pareja al cuidado de los hijos (65,5% en 2016, único año con datos disponibles para este indicador).

Asimismo, en cuanto a las personas empleadas, en 2018-19 el empleo a tiempo parcial involuntario afectaba a cerca del 60% de las mujeres y al 80% de los hombres, ya que una mayor proporción de mujeres elige voluntariamente el trabajo a tiempo parcial. Además, existe una brecha de género, equivalente a aproximadamente el 13% (en 2017, único año disponible), en la inhabilitación para el permiso parental en las personas de 20 a 49 años, lo que podría incidir en el tiempo diferencial que pasan en casa las mujeres y los hombres (la brecha se reduce al 5,7% en el caso de las personas empleadas).

Por último, el smartworking (“*lavoro agile*”)¹⁵ en la época prepandémica en Italia era una modalidad escasa y poco frecuente, como se analiza en la siguiente subsección.

¹⁵ Ver nota n. 6.

Tabla 1. Brecha de género en los años prepandémicos en Italia

		TOTAL	WOMEN	MEM
Población inactiva debido al cuidado de niños/ adultos discapacitados (% , 20-64)	2016	12,2	17,5	0,9
	2017	12,8	18,5	1
	2018	11,6	16,6	1
	2019	10,6	15,2	1,1
Empleo a tiempo parcial involuntario	2016	64,2	58,8	80,3
	2017	62,4	56,8	79
	2018	65,6	60,7	80,4
	2019	65,8	61,1	80
Brecha de género en las personas que pasan más tiempo que su pareja cuidando a sus hijos (%)	2016	65,5	-	-
	2017	12,9	-	-
Brecha de género en las personas no elegibles para la licencia parental (% , 20-49)	2017	5,7	-	-

Nota: Fuente: Portal de seguimiento de la estrategia de igualdad de género, sección: Prosperar en una economía con igualdad de género (Gender Equality Strategy Monitoring Portal).

3.2. Pandemia y smartworking: debatiendo los datos

Utilizamos los datos de la encuesta del Instituto Nacional de Estadística italiano (Istat) sobre la situación y las perspectivas de las empresas italianas durante la crisis sanitaria del COVID-19 para alcanzar el porcentaje de empresas que adoptaron el smartworking entre enero-junio de 2020. La encuesta permite calcular también el porcentaje de personas que trabajaban desde casa en ese momento. Como se sabe, el smartworking depende en gran medida de los niveles tecnológicos, de la actividad y de la organización de los recursos humanos. Y en Italia, antes del brote de la pandemia (véase el cuadro 2, col. 7), esta modalidad no era nada común; en enero y febrero de 2020 sólo el 2% de la mano de obra estaba empleada con modalidad smartworking (*lavoro agile*)¹⁶. Este porcentaje se disparó hasta el 15,4% de media en marzo-abril de 2020 (fase 1, es decir, durante el cierre total de las actividades de producción y venta al por menor) y se estabilizó en el 9,8 % de media en mayo-junio de 2020 (fase 2, apertura de las actividades con algunas limitaciones). Durante todo el período, el smartworking fue adoptado por el 90% de las grandes empresas, el 73,1% de las medianas, el 37,2% de las PYME

¹⁶ Ver nota n. 6.

y el 18,3% de las microempresas. El cuadro 2 recoge en la col. 1 la incidencia de las empresas que adoptaron el smartworking, para al menos un empleado en cada sector (la proporción de empresas en el sector). Mientras que la columna 2 informa del porcentaje de empresas dentro de cada sector en el que al menos el 50 % de la mano de obra era en régimen de smartworking. Ambos porcentajes difieren sustancialmente entre sectores: las empresas de información y comunicación presentan el porcentaje más alto (69%), mientras que los servicios de alojamiento y alimentación tienen el porcentaje más bajo (3,6%). Lamentablemente, estos datos no se dividen entre trabajadores femeninos y masculinos. Para estimar el porcentaje de empleados femeninos y masculinos en régimen de smartworking adoptamos la siguiente metodología, siguiendo a Cetrulo, Guarascio y Virgillito¹⁷ con algunas diferencias (véase también Boeri para una evaluación de los empleos teletrabajables)¹⁸.

Tabla 2. Porcentaje de negocios italiano que han adoptado el smartworking in enero-junio 2020 (por sector)

NACE Rev. 2 (Ateco 2007)	Incidence 2020	Incidence >50% 2020	Share-F 2019	Share-F IQ 2020	Share-F IIQ 2020	Jan-Feb 2020	Mar-Apr 2020	May-Jun 2020
J) Información and communication	69,0%	50,6%	29,5%	29,6%	31,0%	5,0	48,8	33,2
D) Electricity, gas and steam supply	66,6%	27,7%	26,3%	29,2%	25,1%	3,3	29,6	17,2
M) Professional, scientific/ technical service	55,4%	37,8%	48,4%	46,9%	48,4%	4,1	36,7	20,0
P) Education	52,2%	32,0%	75,9%	74,8%	75,4%	3,1	33,0	27,7
K) Financial and insurance activities	47,9%	23,6%	45,7%	45,9%	48,0%	2,4	26,1	16,5
L) Real estate activities	42,2%	25,1%	47,8%	47,6%	52,1%	2,1	25,7	11,2
E) Water supply and waste management	32,4%	3,4%	16,0%	18,3%	16,3%	1,4	6,6	4,3
N) Administrative and support service	30,8%	13,3%	52,1%	52,9%	51,6%	2,7	14,5	10,8
B) Mining and quarrying	26,6%	4,4%	11,7%	7,2%	9,9%	3,0	6,9	3,1
H) Transportation and storage	24,4%	5,2%	20,8%	19,7%	20,1%	2,2	7,9	5,8
C) Manufacturing	24,3%	1,7%	26,3%	25,8%	26,2%	0,7	4,8	2,9
F) Construction	16,8%	2,0%	6,7%	8,8%	7,9%	0,7	4,1	1,8
G) Wholesale and retail trade	15,8%	3,7%	41,9%	42,6%	41,2%	1,0	5,5	3,5

¹⁷ Cetrulo, Guarascio & Virgillito, “The Privilege of Working from Home at the time of Social Distancing,” *Intereconomics*, Vol.55(3), pp. 142-147, 2020.

¹⁸ Boeri, Caiumi, & Paccagnella, “Mitigating the work-safety trade-off,” *Covid Economics*, Issue 2, pp.60-66, 8 April 2020, CEPR Press, 2020).

NACE Rev. 2 (Ateco 2007)	Incidence 2020	Incidence >50% 2020	Share-F 2019	Share-F IQ 2020	Share-F IIQ 2020	Jan-Feb 2020	Mar-Apr 2020	May-Jun 2020
R) Arts, entertainment and recreation	14,4%	4,5%	42,5%	42,9%	41,1%	1,0	5,9	4,5
Q) Human health and social work	11,3%	1,1%	71,4%	72,2%	70,6%	0,9	2,5	1,4
S) Other service activities	6,8%	2,5%	62,6%	62,2%	63,2%	0,5	2,7	1,9
I) Accommodation and food service	3,6%	0,6%	50,7%	51,4%	49,9%	0,3	0,8	0,5
Average	31,8%	12,6%	39,8%	39,9%	39,9%	2,0	15,4	9,8

Nota: elaboración de los autores sobre ISTAT datos del report Situazione e prospettive delle imprese nell'emergenza sanitaria Covid-19, 15 Junio 2020

En primer lugar, sacamos la proporción media de mujeres que trabajan en cada sector en los tres periodos de 2019, primer trimestre de 2020 (IQ 2020) y segundo trimestre de 2020 (IIQ 2020) de Eurostat (2020). El cuadro 2, col. 3 informa de la proporción media de empleo femenino dentro de cada sector en 2019, col. 4 la misma proporción en IQ 2020 y col. 5 la proporción de mujeres en el CI 2020. Destacamos en negrita aquellos sectores cuya fuerza laboral femenina es superior al 50 %. Descubrimos que sectores como Educación (P), Servicios administrativos y de apoyo (N), Salud humana y trabajo social (Q), Otras actividades de servicios (S), Alojamiento y servicios de comida (I) emplean a más mujeres que hombres. Según nuestra clasificación, P se encuentra en la parte superior de la clasificación de empresas que utilizan el smartworking, N se encuentra en la parte media, Q, S e I en la parte inferior de la clasificación. Más adelante se analizan las implicaciones de esta clasificación.

En segundo lugar, las tres últimas columnas del cuadro 2 informan del porcentaje de empleados que han trabajado en smartworking (“*lavoro agile*“ y smartworking¹⁹) durante los tres primeros bimestres de 2020, que corresponden en Italia al período pre-pandémico (enero-febrero de 2020), a la fase 1 del cierre (marzo-abril de 2020) y a la fase 2, apertura de mayo a junio de 2020. Existe una gran variabilidad entre los sectores.

La tarea de dividir estos porcentajes en hombres y mujeres la llevamos a cabo por medio del International Standard Classification of Occupations (ISCO-08), redactado por el OIT y clasificamos los trabajos en cuatro grupos: los que pueden realizarse completamente en casa (a distancia, CD), principalmente en casa (MD), principalmente in situ (MS), completamente in situ (CS). Como se puede ver, hay 41 ocupaciones identificadas: 10 pueden realizarse completamente en casa, 5 principalmente en casa, 7 principalmente en el lugar de trabajo/in situ, 19

¹⁹ Ver nota n. 6.

completamente en el lugar de trabajo/in situ. En la práctica, alrededor del 37% de las ocupaciones pueden realizarse en casa.

La tabla 3 muestra, con referencia al 2019, la frecuencia absoluta de trabajadoras que ocupan las cuatro categorías; el empleo total de ellas y la proporción de trabajadoras sobre los totales. Este procedimiento permite identificar un límite inferior (principalmente) y un límite superior (completamente) del porcentaje de mujeres que están empleadas en ocupaciones que se pueden realizar en casa.

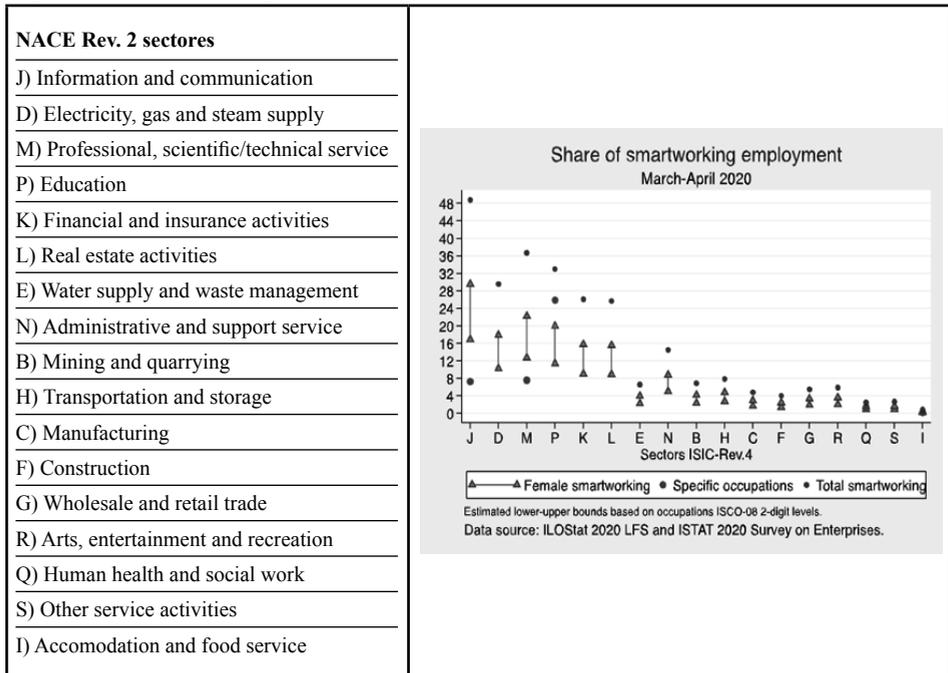
Tabla 3. Proporción de trabajo femenino en ocupaciones que se puede realizar en casa o en el lugar de trabajo

	FEMALE EMPLOYMENT (UNITS)	TOTAL EMPLOYMENT	RATIO	
CS	4258411	10525239	0,405	
MS	969536	3067358	0,316	
Total S	5227947	13592598	0,385	
MD	1336227	3856508	0,347	Lower bound
CD	3307665	5462415	0,606	Upper bound
Total D	4643892	9318923	0,498	
Hospitality (MS)	142847	450422	0,317	
Science (MD)	298977	1444709	0,207	
Health (MS)	726644	1242593	0,585	
Teaching (CD)	1022296	1305470	0,783	
ICT (CD)	798329	533244	0,150	

Nota: Fuente: ILO datos sobre Italia en 2019. CS: ocupaciones realizado completamente in situ, MS: ocupaciones realizado principalmente in situ, MD: ocupaciones realizado principalmente en casa, CD: ocupaciones realizado completamente en casa. Hospitality: incluye ocupacion 14- *Hospitality, retail and other services managers*; Science incluye ocupaciones 21- *Science and engineering professionals* + 31- *Science and engineering associate professionals*; Health incluye ocupaciones 22- *Health professionals* + 32- *Health associate professionals*; Teaching incluye ocupacion 23- *Teaching professionals*; ICT incluye ocupaciones 25- *Information and communication technology professionals* + 35- *Information and communication technicians*. Las profesiones CS no se puede atribuir a un solo NACE Rev.2 sector.

El cuadro 3 presenta también las ratios de las profesiones específicas. Los profesionales de la salud, que trabajan principalmente en el lugar de trabajo, son mayoritariamente mujeres (58,5%); los profesionales de la hostelería, en cambio, son mayoritariamente hombres. Los profesionales de la enseñanza son mayoritariamente mujeres y su trabajo puede realizarse completamente en casa.

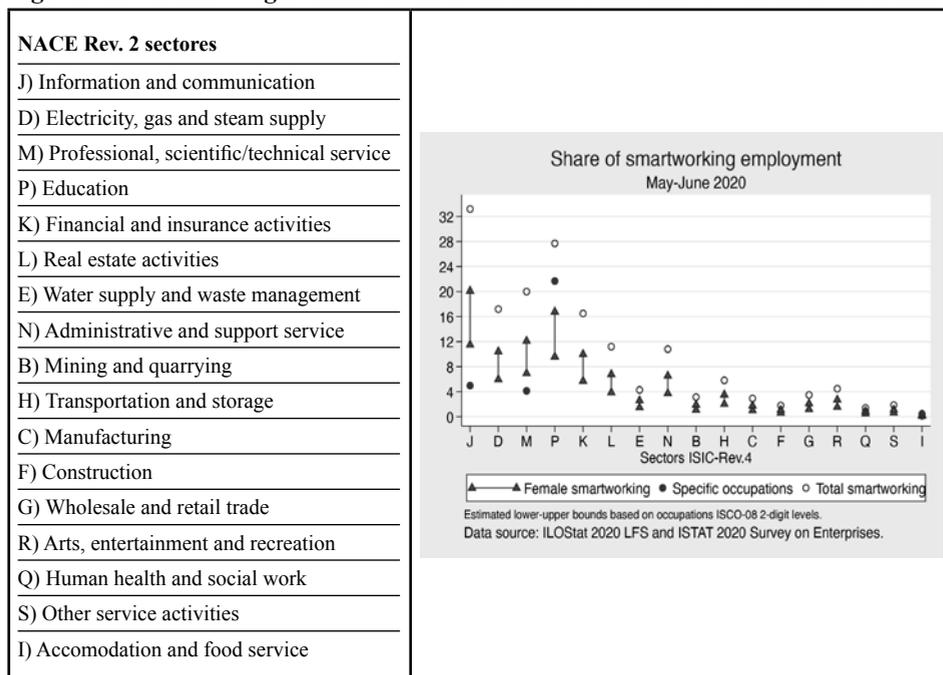
En tercer lugar, aplicamos estas ratios de límites inferiores y superiores al porcentaje de empleados que trabajan desde el hogar que figura en las dos últimas columnas del cuadro 2 para obtener una estimación por intervalos del porcentaje medio de mujeres que trabajan desde el hogar en cada sector de actividad.

Figura 1. Smartworking en sectores italianos de actividad económica durante la fase 1

Cabe decir que los puntos de la Figura 1 representan los porcentajes de empleados que trabajan en smartworking para cada sector en la columna 8 de la Tabla 2 (fase 1, medida de bloqueo). Las flechas rosadas representan las estimaciones del intervalo de empleados femeninos. Los puntos rojos indican el porcentaje de empleados en profesiones específicas dentro de los sectores (véase la Tabla 3). En la fase 1, una gran parte de los que trabajaban en smartworking eran mujeres. En los sectores con mayoría de trabajadoras, como el de la educación, alrededor del 32% de los empleados trabajaban en casa, y entre el 12% y el 20% eran trabajadoras. En los sectores con menor incidencia del smartworking (minería y canteras, manufactura, construcción, comercio al por mayor y al por menor, salud humana y trabajo social) las mujeres abarcan la mayor parte de las personas que trabajan desde casa.

Reproducimos esta descripción para la fase 2 del periodo de pandemia (mayo-junio de 2020), aplicando los límites inferior y superior de la cuota femenina a la columna 9 de la Tabla 2. El gráfico 2 ilustra los porcentajes de smartworking durante la fase 2 en los sectores de actividad. Durante la fase 2 (apertura de la mayoría de las actividades), la incidencia del smartworking disminuye en todas partes, pero los ratios de empleo femenino y de trabajo a distancia (smartworking) se mantienen sustancialmente iguales. Sin embargo, el smartworking no ha vuelto a los niveles prepandémicos.

Figura 2. Smartworking en sectores italianos de actividad económica durante la fase 2



Por último, de estas evidencias se desprende, al estimar el efecto del smartworking sobre el mercado laboral, que este no se distribuye de forma aleatoria, como suponía gran parte de la literatura (al menos hasta el brote de la pandemia). Esta consideración es importante desde el punto de vista metodológico (véase la discusión en Depalo)²⁰.

3.3. Un análisis conjunto sobre el smartworking y el trabajo doméstico

En marzo de 2021 llevamos a cabo una encuesta (casi aleatoria) sobre smartworking y trabajo doméstico en Italia durante el periodo de cierre de 2020. Dicha encuesta tenía el objetivo de sondear los estereotipos existentes sobre los roles de género en Italia, todavía una carga pesada en el engorroso proceso de reducción de las desigualdades de género en nuestro país (véase, por ejemplo,

²⁰ Depalo, The effects of remote working. Evidence from Covid-19. Mimeo, 2021 <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.15794.32960>.

Brinton & Lee²¹ y desde un punto de vista legal, véase Parolari Piccitto²²). En la mayoría de los casos, los encuestados que debían hacer referencia a sí mismos y a sus hogares, fueron mujeres (alrededor del 69%) y el 76,5% vive en las regiones de Lombardía y Véneto. Entre las preguntas, dos son apropiadas para el objetivo de este trabajo²³ y de los datos recogidos se desprende que son principalmente las mujeres las que se encargan del trabajo doméstico tanto cuando trabajan a distancia como cuando lo hacen in situ.

Es importante destacar que una de las preguntas rondaba alrededor de los prejuicios sobre los roles de género en el trabajo doméstico (¿Cree que sólo las mujeres tienen que encargarse del trabajo doméstico?). La mayoría de los hombres respondientes desmintieron esta afirmación, aun si cabe destacar que un relevante porcentaje de los hombres encuestados (11,7%) dijo que sí a la pregunta.

4. RESUMEN Y PERSPECTIVAS

Mediante la exploración de los datos sobre el smartworking comprobamos que una gran parte de los trabajadores a distancia (smartworkers) en la fase 1, es decir, en la fase de cierre, eran mujeres. En los sectores que tiene una mayoría de trabajadoras, como el de la educación, alrededor del 32% de los empleados trabajaban en smartworking y entre el 12% y el 20% de ellos eran mujeres. En los sectores con menor incidencia del smartworking (minas y canteras, industria manufacturera, construcción, comercio al por mayor y al por menor, salud humana y trabajo social) las mujeres cubrían la mayor parte de las personas que trabajaban desde casa. Estos hechos se ven confirmados por los datos de nuestra investigación, que ha recogido información sobre el smartworking y la carga de trabajo doméstico para una encuesta pseudoaleatoria de la población adulta italiana durante el confinamiento de 2020.

El resultado de todo esto es que la pandemia ha acentuado las exclusiones preexistentes, a las que no se pudo hacer frente durante la situación de emergencia.

²¹ Brinton, & Lee, "Gender-Role Ideology, Labor Market Institutions, and Post-industrial Fertility," *Population and Development Review*, Vol.42(3), pp. 405-433. Retrieved May 4, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/44015658>

²² Parolari, "Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerment. Riflessioni sul ruolo del diritto," *AG, About gender, Rivista internazionale di studi di genere*, Vol.8(15), 2019, <https://doi.org/10.15167/2279-5057/AG2019.8.15.1053>; Piccitto, "Soddisfazione lavorativa ed equilibrio casa-lavoro: un'analisi di genere," *Stato e mercato*, n. 3, pp.461-498, 2018, <https://doi.org/10.1425/91628>.

²³ 1. "Durante la restricción de cierre en 2020, ¿alguien en su hogar hizo smartworking (trabajo a distancia) en casa?"; 2. "Durante la restricción de cierre de 2020 ¿quién se ocupaba del trabajo doméstico y/o de los niños en su hogar?".

Arraigadas en la sociedad italiana, las causas de este obstáculo se han visto reforzadas por la legislación actual. Debido al hecho que las leyes no solo son escasas, sino que no están redactadas para desmontar los principios fundamentales en los que se basa el prejuicio.

Además, el smartworking, durante el período de emergencia, se ha considerado como la opción óptima para conciliar el trabajo y la vida, pero, sin embargo, esta opción no favorece la “conciliación compartida”. Y para el conjunto de las mujeres (independientemente de que trabajen en casa, en el lugar de trabajo o no trabajen, según la literatura existente) la carga de trabajo ha aumentado.

En cuanto a los hombres, aunque trabajen en smartworking, en su mayoría, consiguieron ocuparse de sus propios hijos, mientras que las mujeres se ocupaban también de las tareas domésticas. Por ende, podemos concluir que los hombres están menos disponibles para compartir el trabajo, incluso en tiempos excepcionales. Desgraciadamente, esta conclusión no tiene un significado simplemente estadístico, sino una grande consecuencia en la elección profesional de las mujeres. Muy a menudo, la necesidad de conciliar trabajo y vida es la razón por la que las mujeres eligen condiciones de trabajo específicas (tiempo parcial o smartworking). De lo contrario, acaban renunciando a participar en el mercado laboral.

Subrayar los mecanismos que regentan las elecciones, por parte de las mujeres, del tipo de trabajo nos permite hacer algunas consideraciones. Durante las primeras fases de la emergencia del COVID-19 en Italia (marzo-junio de 2020), incluso en los sectores en los que el smartworking no es común, durante el confinamiento y después de la apertura parcial, la mayoría de las mujeres han elegido trabajar de esta manera. La llamada “porosidad” entre tiempo de vida y tiempo de trabajo ha dado lugar a una mezcla de trabajo y vida. Una nueva definición para un viejo vicio: la pérdida de límites entre la vida personal y el trabajo profesional se ha agravado durante la emergencia, especialmente tras el cierre de los colegios.

Ahora bien, las conjeturas teóricas y las pruebas empíricas (en las literaturas económica, jurídica, sociológica y de estudios de género), la creciente disponibilidad de datos y análisis estadísticos, contrastan con las intervenciones legislativas. Debido a ello, el legislador piensa que la cuestión de la conciliación puede resolverse introduciendo normas que ayuden al componente femenino de la población activa, sin tener en cuenta la complejidad que tiene el problema.

Si esta es la situación actual, hay que pensar en perspectiva y esperar que los cambios normativos que estén por llegar consigan concretar la meta. En primer lugar, y, independientemente de la emergencia pandémica, en 2022 acabará la posibilidad de adoptar la Directiva n. 2019/1158 (que incluye normas sobre el equilibrio de la actividad profesional y las obligaciones familiares para padres y cuidadores, que suprime la Directiva 2010/18/UE del Consejo Europeo (19/CE/1769). Ahora bien, la directiva remonta al periodo prepandémico, e incorpora la huella de aquella época. El smartworking, por ejemplo, se cita como método para

la gestión de la doble carga de trabajo y el texto normativo no lleva ninguna norma que proteja contra el peligro de la doble carga de trabajo. Tiene que subrayarse que, por otro lado, la Unión Europea en un documento político posterior (la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025), de forma muy explícita, advierte de estos riesgos.

De forma muy rotunda, entonces, se aclara que una única herramienta no puede ser del todo eficaz cuando son los prejuicios y los estereotipos que, en lo que se refiere a los cuidados y al trabajo doméstico, guían las elecciones de hombres y mujeres. Total, la ley tiene que enfrentarse a una nueva forma de abordar el problema.

De todas formas, la primera normativa tras el brote del COVID-19 no parece ir en esta dirección. Desde junio de 2020, se está debatiendo la propuesta de ley “Deleghe al Governo per il sostegno e la valorizzazione della famiglia”, es decir, la Ley de la Familia. En realidad, la conexión entre los contenidos de la regulación normativa y la derrota de los estereotipos o prejuicios queda clara cuando leemos los artículos de esta ley que están relacionados con los permisos parentales, la flexibilidad y las condiciones de trabajo. Por ejemplo, el derecho al permiso de paternidad es de diez días, sin ninguna sanción en el caso que no se utilice; el permiso parental, en cambio, alcanza los dos meses²⁴.

Además, el artículo 5 de la Ley de la Familia, al armonizar tiempo de trabajo y de vida, preserva el modelo patriarcal de la sociedad. Su título “Delega al Governo per incentivare il lavoro femminile e l’armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro” describe un modelo cultural típico y también el contenido ronda en la misma dirección. Es decir, las herramientas de conciliación que esta norma introduce tienen como objetivo que las mujeres aguanten mejor la doble carga de trabajo.

En definitiva, no son buenas premisas para superar la disparidad de género puesta de manifiesto por el Índice de Igualdad de Género de la UE en 2019 (63,3 en Italia frente a la media de la UE igual a 72,2). Y lo que necesitamos para aspirar a un reequilibrio de género es cambiar la mentalidad, también del legislador; no pueden ser más viables las normas neutras o las acciones no integradas en un entorno general.

Por desgracia, esta frase es ideológica solo en apariencia. El “Forum Diseguaglianze e Diversità” (Foro sobre desigualdades y diversidad) en un documento muy reciente (17 de mayo de 2021) tras el “Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza” (PNRR, Programa Nacional de Recuperación y Resiliencia) argumenta que este programa carece de perspectiva y cambio cultural, características

²⁴ Scarponi, Alla gender equality serve più del Family Act, *InGenere*, 17-06-2020. <https://www.ingenere.it/articoli/gender-equality-serve-piu-del-family-act>

fundamentales para garantizar un proceso de cambio efectivo²⁵. De una evaluación global del PNRR se desprende que la mayoría de las intervenciones sobre la disparidad de género parecen estar desconectadas entre sí.

Por el contrario, el Gobierno italiano ha prometido el lanzamiento inmediato de una Estrategia nacional para la igualdad de género en el periodo 2021-2026 y esto podría consentir superar el límite que hemos indicado anteriormente.

Cabe preguntarse si los responsables políticos actuales son suficientemente sensibles. Y una respuesta negativa llega de los métodos de evaluación del impacto de género de las políticas contenidos en el texto del PNRR. Esto carece de tres elementos: evaluación ex-ante del problema, indicación de los objetivos previstos, vínculo efectivo con los proyectos²⁶. Por lo tanto, es necesario aumentar la representatividad de las mujeres en el ámbito político, ya que el empoderamiento de las mujeres debe considerarse estratégico para razonar sobre estas cuestiones.

²⁵ Forum Diseguaglianze e Diversità (2021), What do we think about the national recovery and resilience plan sent to the EU and “what can we do now?”, 17 May 2021, https://www.forumdisuguaglianzediversita.org/wp-content/uploads/2021/05/COMMENT-TO-THE-ITALIAN-NRRP_FORUMDD.x96206.pdf.

²⁶ Cardinali, Caro Draghi, usciamo dall’impasse, *InGenere*, 12-02-2021. <https://www.ingenere.it/articoli/caro-draghi-usciamo-da-impasse>

DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 7/2021. UN ANÁLISIS VERIFICADOR

MARÍA VILLA FOMBUENA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
CEU Cardenal Spínola, adscrito a la Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras claves: trabajadores; desplazamiento temporal; prestación transnacional de servicio; condiciones de trabajo

La reciente aprobación del Real Decreto Ley 7/2021, encargado de transponer a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la Directiva 2018/957, relativa a la modificación de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, determina la conveniencia de llevar a cabo un análisis de su incidencia práctica real; sobre todo teniendo en cuenta que la eficacia jurídica general que caracteriza a nuestro sistema de negociación colectiva y que la legislación española ya venía cumpliendo en lo esencial con el contenido de la norma europea de la que trae causa hace presagiar que su repercusión no será del mismo calado que las que han tenido que implementar otros Estados miembros.

ABSTRACT

Key words: workers; temporary posting; transnational provision of services; working conditions

The recent approval of Royal Decree Law 7/2021, responsible for transposing into Spanish law the provisions of Directive 2018/957 amending Directive 96/71/EC on the posting of workers in the framework of the provision of services, makes it advisable to carry out an analysis of its actual practical impact; Especially bearing in mind that the general legal effectiveness that characterizes our collective bargaining system and the fact that Spanish legislation already complied in essence with the content of the European standard from which it derives suggests that its impact will not be of the same magnitude as those that other Member States have had to implement.

ÍNDICE

1. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN. LA PROBLEMÁTICA DE ORIGEN Y SU REGULACIÓN INICIAL
2. LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2018/957
3. SU INCIDENCIA REAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. ANÁLISIS DE SU TRANSPOSICIÓN DE MANO DEL RDL 7/2021
4. CONCLUSIÓN

1. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN. LA PROBLEMÁTICA DE ORIGEN Y SU REGULACIÓN INICIAL

La expansión de las actividades empresariales más allá de las fronteras nacionales de mano de los desplazamientos temporales de sus trabajadores al territorio de otro Estado miembro -como estrategia para lograr una mayor competitividad empresarial- no resultó una cuestión pacífica en el marco del mercado interior europeo orquestado sobre el pilar de la libre circulación de personas, servicios, capitales y mercancías¹ y en el que la protección y el fomento del tráfico empresarial transnacional junto a la preocupación por una competencia leal entre las empresas establecidas en distintos Estados focalizaban el interés de las instituciones europeas. Interés que distaba e incluso contradecía en ocasiones al de los propios Estados miembros interesados, por un lado, en promover la acción exterior de sus empresas nacionales (como mecanismo de ampliación de sus mercados y de sus oportunidades de empleo), así como en proteger a los trabajadores nacionales de la pérdida de puestos de trabajo como consecuencia de la entrada en su mercado nacional de mano de obra extranjera cuya contratación resultaba más cómoda y económica; y por otro, en controlar los casos de exportación de mano de obra ante los problemas a los que estos podían enfrentarse y a la dificultad que los límites territoriales de la acción del Estado podía suponer para solucionarlos.

La interconexión de libertades fundamentales en juego (principalmente, circulación de trabajadores y prestación de servicios) determinaba la complejidad y, en consecuencia, la tardanza de una posible intervención comunitaria en la materia sobre la regla general de interdicción de las limitaciones a las libertades europeas. Sin embargo, el incremento de la actividad transnacional de empresas (principalmente de países de la Europea del Este y de algunos países bálticos) que actuaban en el mercado interior en una clara situación de ventaja competitiva, fruto de la disparidad de las condiciones de trabajo en origen (en especial, la inferioridad de los salarios), evidenció situaciones de discriminación entre los trabajadores de algunos Estados y los trabajadores desplazados temporalmente a ellos, y, por extensión, la existencia de competencial desleal en el interior de dicho

¹ Sobre las prestaciones transnacionales de servicio en el marco de las libertades europeas de circulación véase, Villa Fombuena, M., *La prestación de servicios transnacional. Una nueva perspectiva de análisis*, Comares, Granada, 2018, pp. 30-33.

mercado. Para evitar ambos efectos y en cumplimiento de su finalidad tuitiva, el Derecho europeo se encaminó a través de la Directiva 96/71/CE a garantizar un núcleo de normas vinculantes de protección mínima en el país de acogida que tendrían que ser respetadas por el empresario que desplazase a él a sus trabajadores con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo. Esta exigencia de condiciones de trabajo mínimas para el trabajador desplazado no sólo imposibilitaba la desigualdad laboral respecto de los trabajadores nacionales, sino que además determinaba una prohibición implícita de *dumping* social, obstaculizando con ello la competencia desleal entre empresas que operasen en el mercado interior.

No debemos pensar sin embargo que la puesta en marcha de la Directiva resultó fácil. El hecho de que algunos Estados, a partir de la habilitación hecha por *Rush Portuguesa*², elaborasen y aplicasen su propia legislación nacional en base al principio *lex loci laboris* no sólo determinó una diversidad de regímenes nacionales, sino que evidenció una serie de problemas prácticos de lenta solución. El hecho de que la Directiva exigiese a las empresas implicadas que respetasen la legislación de un Estado en el que no estaban domiciliadas y cuyo Derecho nacional resultaba en ocasiones de difícil comprensión y acceso dificultaba la apreciación de la equivalencia entre su legislación y el Derecho interno aplicable en el país de acogida. Del mismo modo que evidenciaba deficiencias en el control tanto de las transposiciones nacionales que debían llevarse a cabo como en la ejecución de las sanciones, lo que venía a limitar la efectividad real de la norma europea. Tampoco ayudaron los pronunciamientos del TJUE en los asuntos *Laval*, *Rüffert* y *Comisión/Luxemburgo*³ que desencadenaron un intenso debate entre las instituciones europeas, los profesionales y los interlocutores sociales en torno a la interpretación de algunas disposiciones claves de la Directiva 96/71, como el concepto de orden público, el ámbito de aplicación material de las condiciones de trabajo impuestas por la norma europea y la naturaleza de las normas obligatorias (en particular, el salario mínimo).

La primera de las cuestiones fue atendida con la elaboración de la Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Norma que supuso un hito en el campo de la cooperación entre los Estados miembros y en la ejecución transfronteriza de sanciones pecuniarias o multas administrativas y que, a través del establecimiento de criterios comunes y uniformes permitía a las autoridades competentes de los distintos Estados miembros determinar la existencia real de un desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de este tipo de prestaciones, garantizando, a la vez, el respeto a la diversidad de

² Sentencia de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa* (asunto C-113/89).

³ Sentencias de 18 de diciembre de 2007, *Laval* (asunto C-341/05); de 3 de abril de 2008, *Rüffert* (asunto C-346/06) y de 19 de junio de 2008, *Comisión/Luxemburgo* (asunto C-319/06).

los diferentes modelos sociales y sistemas de relaciones laborales en los Estados miembros.

A pesar de las importantes mejoras introducidas por la norma europea de 2014, la verdad es que resultaron insuficientes. Lo que, unido a la controversia generada por los citados pronunciamientos judiciales y a la intensa crítica de la que fueron objeto, hizo que finalmente se optara por una modificación de la Directiva inicial.

2. LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2018/957

Creo conveniente iniciar este apartado aclarando que esta Directiva no aborda ningún aspecto contemplado en la Directiva garantista de 2014; por el contrario, se centra fundamentalmente en aspectos no incluidos en la misma y que se refieren al marco reglamentario establecido por la Directiva original de 1996. En consecuencia, la Directiva de modificación y la Directiva sobre la garantía de cumplimiento son complementarias entre sí y se refuerzan mutuamente.

La modificación del texto de la Directiva 96/71, que tardó en fraguarse algo más de dos años desde la propuesta inicial por la divergencia de posturas dentro de la Unión Europea⁴, se configuró en torno a un doble objetivo. Por un lado, incrementar la protección laboral del trabajador desplazado a otro Estado miembro a través de la determinación de qué derechos laborales deben ser garantizados por las empresas que los desplazan, cuándo deben ser aplicados y en qué instrumentos normativos pueden estar previstos. Y por otro, tratar de combatir los abusos detectados en estos desplazamientos a través de una serie de medidas.

La nueva determinación de los derechos que deben ser garantizados por las empresas que desplazan mano de obra al territorio de otro Estado miembro trajo consigo el fin de la inseguridad jurídica que ha venido rodeando y definiendo la característica esencial de este tipo de desplazamientos: su temporalidad. Y es que, a pesar de los esfuerzos realizados por la Directiva de 2014 por acotar este elemento esencial a través de la determinación de unos criterios de valoración, lo cierto es que la norma no consiguió poner fin a esa indeterminación e incertidumbre. La Directiva 2018/957 sí ha sido consciente sin embargo de que lo prolongado de algunos desplazamientos determina el nacimiento de un vínculo entre el mercado de trabajo del Estado de acogida y los trabajadores desplazados a él. Motivo por el que conmina a los Estados miembros de acogida a velar porque las empresas que

⁴ Lo que queda plasmado en el propio documento de propuesta de Directiva. Véase, Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo que modifica 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 [COM/2016/0128 final - 2016/070 (COD)].

desplazan trabajadores a su territorio por un periodo superior a 12 meses (plazo que excepcionalmente puede ampliarse hasta los 18 meses previa notificación motivada a la autoridad laboral) les garanticen, sobre la base de la igualdad de trato, además de las condiciones de trabajo consideradas mínimas por la propia norma, todas las condiciones de trabajo aplicables en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo (art. 3.1.bis). Solución que, si bien zanja la controvertida temporalidad de estos desplazamientos no está exenta de polémica. En primer lugar, porque, como ha sido puesto de manifiesto por algún sector de la doctrina, puede dar lugar a comportamientos empresariales fraudulentos⁵. Y en segundo, porque pudiera parecer que el texto de la Directiva tiene la virtualidad de modificar la ley que resulta aplicable al contrato de trabajo (norma determinada según las directrices marcadas por el Reglamento Roma I). Argumento sobre el que Hungría y Polonia sustentaron sendos recursos de anulación contra la Directiva 2018/957⁶. Sin embargo, al igual que ocurriera con su antecesora, la Directiva de 2018 no es una norma de conflicto. No regula la ley aplicable a los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios ni busca modificarla. Esta norma persigue garantizar unas condiciones de trabajo que impidan la desigualdad de trato en este ámbito particular y eviten el *dumping* social entre las empresas que operan en el mercado interior “con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral” (siguiendo la literalidad de los artículos art. 3.1 y 3.1bis).

La particularidad aportada por la Directiva de 2018 respecto de los trabajadores desplazados temporalmente radica en que el catálogo de garantías laborales se modula en función de la duración del propio desplazamiento. Mientras que para los trabajadores cuyo desplazamiento no supere los 12 meses de duración (ó 18 en el supuesto de existir una notificación motivada del prestador de servicios) la protección queda, en principio, materialmente limitada a las garantías laborales previstas en la nueva redacción del art. 3.1 de la Directiva 96/71 -siempre que resulten más favorables para el trabajador que las contempladas en las disposiciones nacionales de la ley que resulte aplicable al contrato de trabajo (*ex art. 3.7*)⁷; para aquellos otros cuyo desplazamiento puede considerarse de larga duración cambia el estándar de protección, virando de una cobertura de mínimos a una aplicación sin precedentes del principio de igualdad de trato en un ámbito en el que el derecho

⁵ En este sentido, Marchal Escalona, N., “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 62/2019, pp. 97 y 98.

⁶ Sentencias de 8 de diciembre de 2020, *Hungría y Polonia/ Parlamento y Consejo* (asuntos C-620/18 y C-626/18).

⁷ Y digo en principio porque es posible que los Estados las amplíen al posibilitar la aplicación de exigencias adicionales siempre que se trate de disposiciones de orden público (art. 3.10).

de los trabajadores se ha visto supeditado al ejercicio prioritario de la libertad de prestación de servicios⁸.

La Directiva 2018/957 dedica una mención especial a los trabajadores que son desplazados por una empresa de trabajo temporal o agencia de colocación al territorio de otro Estado miembro girando nuevamente el enfoque dado en este campo por la Directiva original. Si la Directiva del 96 establecía como una opción para los Estados la aplicación a estos trabajadores de las condiciones de trabajo previstas para aquellos directamente contratados por una ETT o una agencia de colocación en el Estado de destino de la prestación, la Directiva de modificación lo convierte en una imposición de mano del art. 3.1 *ter* (ex art. 5 de la Directiva 2008/104/CE).

Mención especial merece la extensión del principio de igualdad de trato a la cuestión salarial, sobre todo teniendo presente que el salario se erige como una de las causas principales (si no la principal) de las desigualdades existentes entre las empresas que desplazan mano de obra y las locales del Estado de destino, y por la que hasta entonces ha sido posible seguir obteniendo cierta ventaja competitiva. Este despliegue supone un cambio destacable respecto al contenido en la Directiva original que pasa de garantizar al trabajador desplazado el salario mínimo estipulado en la normativa del Estado de acogida⁹ a la retribución determinada en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, convencionales o arbitrales del territorio en el que se encuentre desplazado el trabajador, quedando con ello bloqueadas las vías de escape que aún permitía la Directiva 96/71. Particularmente destacable resulta la extensión en la aplicación de la legislación laboral del país de destino a los convenios y laudos en aquellos casos en los que en dicho lugar no rija un modelo de convenio colectivo de eficacia general o no se cuente con un sistema de declaración de aplicación universal de convenios colectivos. Solución con la que ya no resulta posible que los trabajadores desplazados que no se encuentren afiliados a los sindicatos que han negociado un determinado convenio nacional en el país de destino sean retribuidos conforme al salario pactado en el convenio colectivo aplicable en la empresa que desplaza y que ha sido celebrado en el país de origen si ello comporta una retribución salarial inferior.

Finalmente, con el objetivo de alcanzar la efectividad en la protección del trabajador desplazado, la Directiva de 2018, no sólo reitera la necesidad de reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades y organismos competentes

⁸ Con excepción de los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de extinción del contrato de trabajo, así como los regímenes complementarios de jubilación.

⁹ De hecho, lo que quedaba garantizado entonces era el salario reconocido en determinados instrumentos normativos (ex arts. 3.1 y 3.8 de la Directiva 96/71) en aquellos casos en los que el trabajador realizase actividades enumeradas en el anexo de la norma y siempre y cuando dicha obligación no fuera exceptuada conforme a alguno de los apartados 2 a 5 del primitivo art. 3.

de los Estados miembros como medida necesaria para acabar con el fraude y el abuso que suele producirse en este ámbito, sino que determina igualmente la corresponsabilidad de los Estados de origen y de destino en materia de vigilancia, control y ejecución de las obligaciones contempladas en la propia norma. De tal forma que cuando un Estado miembro compruebe, tras una evaluación global realizada de conformidad con el art. 4 de la Directiva 2014/67, que una empresa está creando, de manera indebida o fraudulenta, la impresión de que la situación de un trabajador entra en el ámbito de aplicación de la Directiva actual, a dicho Estado corresponde velar por que ese trabajador se beneficie de la legislación y las prácticas aplicables conforme a la propia norma. En este sentido y desde el marco de la cooperación administrativa ya prevista en las Directivas 96/71 y 2014/67, se conmina a las autoridades y organismos competentes a disponer de los medios necesarios para alertar de la existencia de tales situaciones; reforzando con ello la dimensión transnacional de las inspecciones, investigaciones e intercambios de información entre las autoridades u organismos competentes de los Estados miembros afectados. Todo un reto al que vienen enfrentándose los Estados miembros desde la Directiva de 1996.

3. SU INCIDENCIA REAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. ANÁLISIS DE SU TRANSPOSICIÓN DE MANO DEL RDL 7/2021

Como no podía ser de otro modo, la primera mención de este análisis va referida tanto a la morosidad de la incorporación normativa a nuestro ordenamiento jurídico como al instrumento jurídico utilizado para ello. Circunstancias para las que se procura justificación en la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril¹⁰; sobre los distintos acontecimientos que han acaecido en la conformación del actual Gobierno de nuestro país, en el primer caso; y sobre la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad (presupuesto habilitante recogido en el art. 86.1 de nuestra Carta Magna), apremiada por la previsible formalización de demanda ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento de las obligaciones que impone el Derecho de la Unión -en concreto, el transcurso

¹⁰ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021).

del plazo fijado para la transposición- al existir procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea contra nuestro país, en el segundo¹¹.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta además que desde las instituciones europeas no se exige que se utilice un determinado vehículo normativo en la transposición de directivas (haciéndolo depender del concreto sistema de fuentes y de reserva normativa que exista en cada país miembro), no debe olvidarse que, en este ámbito, el TJUE ha señalado la necesidad de que el rango normativo de la disposición elegida para incorporar el Derecho comunitario coincida con el de las disposiciones que regulen las mismas cuestiones a nivel nacional¹²; lo que en nuestro país tiene lugar fundamentalmente en normas con rango de ley ordinaria en este campo. Circunstancias que parece haberse tenido presentes si atendemos a la solicitud de dictamen realizada al CES sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 45/1999 así como otras leyes en materia laboral para la transposición de la Directiva (UE) 2018/957¹³, en el que, a pesar de no recogerse de una manera tan clara como se hizo con ocasión de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva del 96¹⁴, se valora positivamente la vía de la tramitación normativa parlamentaria ordinaria.

Hecha esta breve observación, el impacto práctico que ha tenido la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2018/957, no sólo ha sido escaso,

¹¹ Se da la circunstancia además de que, desde el 19 de enero de 2017, la recepción de una carta de emplazamiento alcanza mayor gravedad, porque, pese al carácter opcional previsto en el artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Comisión anunció un cambio de enfoque pasando a solicitar de manera sistemática la suma a tanto alzado. De manera que, aunque un Estado miembro subsane la infracción mediante la transposición de la directiva en el curso de un procedimiento de infracción, la Comisión ya no desistirá de su recurso sólo por ese motivo.

¹² Sentencias de 8 de abril de 1976, *Royer* (asunto C-48/75); de 15 de marzo de 1990, *Comisión/ Reino de los Países Bajos* (asunto C-339/87); y de 19 de enero de 1994, *Asociación para la protección de animales salvajes y otros* (asunto C-435/92).

Circunstancia que, por otro lado, y para más inri, queda recogida en la exposición de motivos de la Ley 45/1999, por la se llevó a cabo en nuestro país la transposición de la Directiva 96/71.

¹³ Dictamen 02/2021, del Consejo Económico y Social, de 3 de marzo de 2021, Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, así como otras leyes en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2018/957, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/5251137/Dic022021.pdf>

¹⁴ Dictamen relativo al anteproyecto de ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Pleno extraordinario de 9 de junio de 1999. En este documento se indicaba de manera expresa que la norma de incorporación había de tener el mismo rango que aquellas normas o disposiciones internas que regulasen la materia que debía adaptarse a la Directiva 96/71. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/DIC/1999/10>

sino que ha requerido pocos cambios normativos. Lo que paradójicamente parece contradecir la relevancia de la norma europea que evidenciaba en el apartado anterior. Y es que nuestra legislación nacional ya cumplía en lo esencial con los objetivos y pautas marcadas en la Directiva de 2018.

Una de las novedades más destacables de la Directiva de modificación como es la supresión del acotamiento de las normas del Estado de acogida aplicables que la Directiva del 96 realizaba, no sólo en función de la materia, sino también de la naturaleza del instrumento jurídico en el que se encontraban reguladas, ya fue incorporada a nuestro ordenamiento de la mano de la Ley 45/1999. Desde entonces, todo trabajador desplazado temporalmente a España puede gozar de las garantías establecidas y previstas en cualquier convenio colectivo con independencia de que las actividades que desempeñe estén o no contempladas en el anexo de la Directiva del 96. Por otro lado, el hecho de que en nuestro país rija un modelo de eficacia general del convenio colectivo hace igualmente innecesaria la regla de garantía o de extensión de los convenios prevista en la nueva redacción del art.3.8.

No obstante, en nuestro sistema actual existe una particularidad que no debe ser pasada por alto. Me refiero a la preferencia aplicativa actual del convenio colectivo de empresa frente al de sector en determinadas materias que podría poner en jaque el objetivo buscado por la Directiva de 2018¹⁵. Como evidencia Cruz Villalón, de mantenerse dicha preferencia podría darse el caso de que una empresa que desplaza trabajadores a nuestro país pretenda aplicar su convenio empresarial; lo que podría provocar, además de la disparidad de condiciones de trabajo, la más que cuestionable ventaja competitiva respecto a las empresas que prestan los mismos servicios en destino. Circunstancia que la Directiva pretende evitar y sobre la que se hace un llamamiento a la reflexión de cara a la reforma de la negociación colectiva en materia de concurrencia entre convenios y, en particular, de preferencia aplicativa del convenio empresarial¹⁶.

No dejando de lado el ámbito de las condiciones de trabajo, la norma de transposición extiende (al igual que la Directiva de la que trae causa) la aplicación del principio de igualdad a ciertas condiciones laborales respecto de las que no había un criterio claro. Me refiero a las condiciones de alojamiento y al reembolso

¹⁵ En su Dictamen 02/2021, el CES determina, sin embargo, la prevalencia inequívoca del convenio colectivo sectorial en base a una argumentación rebatible a mi modesto parecer desde el momento en el que en una materia tan trascendental como es la remuneración, por ejemplo, la propia Directiva de 2018 remite para su determinación a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador. Materia que además pertenece al elenco de aquellas para las que se dispone la preferencia aplicativa del convenio de empresa (art 84.2 ET).

¹⁶ Cruz Villalón, J., “Desplazamiento de trabajadores: del cuestionamiento del sistema de relaciones laborales a lo meramente técnico”, *Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad*. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/desplazamiento-de-trabajadores-del.html>

de gastos de viaje, alojamiento y manutención, sobre los que volveré no obstante más adelante.

Sin abandonar aún el ámbito de las condiciones de trabajo, otro de los aspectos incorporados a nuestra legislación es el de los umbrales temporales que, como ya sabemos, modulan las garantías laborales del trabajador desplazado, pues no eran contemplados por la Directiva original y, en consecuencia, tampoco por la Ley 45/1999. Esta determinación temporal viene acompañada además por una serie de elementos destinados a evitar los comportamientos empresariales fraudulentos. En concreto, tanto la Directiva como la norma nacional contemplan la posible sustitución de un trabajador desplazado por otro como vía empresarial para tratar de burlar la protección ofrecida por la nueva normativa. En este sentido, se contempla la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de cada una de las personas trabajadoras desplazadas a efectos de la superación del tope de los 12 o 18 meses antes referido. Suma para la que tendrá que atenderse a la identidad del trabajo realizado y a la del lugar de realización; y para cuya determinación se proponen criterios como la valoración de la naturaleza del servicio objeto de la prestación de servicios transnacional, el trabajo que se realice o la dirección o direcciones del lugar de trabajo.

Dentro ese objetivo de bloqueo de comportamientos empresariales no deseados, el RDL 7/2021 recoge una nueva redacción para el art. 2.2 de la Ley 45/1999, en el que pasa a contemplarse el desplazamiento en cadena. De tal forma que para aquellos supuestos en los que un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria del mismo u otro Estado miembro sea desplazado temporalmente a nuestro país (por esta última) queda garantizado también el principio general de igualdad de condiciones de trabajo.

Mención especial merece la advertencia contemplada por la propia norma ante una posible cesión ilegal de mano de obra en el supuesto de que durante el desplazamiento a nuestro país la persona trabajadora quede sometida al poder de dirección de la empresa establecida o que ejerza su actividad en España.

La última alusión a este precepto va referida a la identificación de la empresa de trabajo temporal como obligada al cumplimiento de las obligaciones establecidas y a la distribución de responsabilidades entre ésta y la empresa usuaria en materia de prevención de riesgos laborales. Cuestión esta última sobre la que podría sustentarse un interesante debate a raíz de la situación generada por la pandemia de Covid-19. ¿Hubiera sido factible aplicar las previsiones de la Directiva de 2018 y las vigentes entonces en nuestro país a un trabajador que, habiendo sido desplazado a España en el marco descrito, se encontrara teletrabajando en su país? O lo que es lo mismo ¿sería admisible en esta materia el desplazamiento virtual de un trabajador? La respuesta no parece simple. En primer lugar, porque la normativa habla de trabajador “destinado”, por lo que parece inferirse un desplazamiento físico. No obstante, el panorama generado por el Covid ha articulado un escenario

sin precedentes, por lo que quizás en este caso la labor de interpretación normativa debería ser más amplia. En segundo, porque si tomamos como inicio de análisis la preferencia fijada para el teletrabajo en el art. 5 del RDL 8/2020¹⁷ podría llegar a plantearse la cuestión de orden público para que la Ley 45/1999 resultara de aplicación al supuesto aquí descrito durante el estado de alarma en nuestro país.

De la misma manera que en el apartado anterior dedicaba una mención especial a la cuestión salarial creo también necesario detenernos un poco más en la transposición llevada a cabo en relación con la materia. Lo cierto es que en ella, el RDL 7/2021 se ha limitado a reproducir lo previsto en la Directiva de 2018 al recoger que los complementos específicos por desplazamiento serán considerados parte de la remuneración en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención; precisando que, en caso de que ni el contrato de trabajo ni las disposiciones aplicables a la relación laboral indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento o como parte de la remuneración ni, en su caso, cuáles son esos elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos (art 4.3). Apreciación con la que parece quererse evitar la minoración salarial a través de la reducción de cantidades que no tienen tal apreciación.

No obstante, teniendo en cuenta que la nueva redacción del art. 3.1 de la Directiva establece que el concepto de remuneración será el determinado por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador, no debe olvidarse que el Estatuto de los Trabajadores (*ex* apartados 1 y 2 del art. 26) recoge una regla indisponible en esta materia, cual es la diferenciación entre salario y percepción extrasalarial, conforme a la cual no es posible que por la vía contractual o por la convencional se modifique el carácter de una determinada partida retributiva. Lo contrario permitiría la paradoja de eludir cotizaciones a la Seguridad Social o la no computación a efectos de cálculo de determinadas indemnizaciones¹⁸. En consecuencia, como señala la doctrina, será necesario analizar la aplicación práctica que finalmente se realice en base a esta posibilidad.

En este apunte salarial conviene recordar que la igualdad retributiva establecida en la Directiva de 2018 ya fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico de la mano del primitivo art. 4 (y por remisión, de mano del art. 3.4) de la Ley 45/1999. Prueba de ello, es que el RDL 7/2021 no incluye ninguna nueva apreciación al respecto. Ahora bien, igualdad retributiva no debe interpretarse como igualdad de costes, pues si atendemos, por ejemplo, a los costes de cotización siguen existiendo

¹⁷ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020).

¹⁸ Cruz Villalón, J., “Desplazamiento de trabajadores”, cit.

diferencias significativas entre los distintos Estados miembros, lo que a la postre evidencia que las diferencias económicas siguen sin solucionarse definitivamente.

Para proteger de forma efectiva al trabajador desplazado hemos visto como la Directiva 2018/957 adopta una serie de medidas para acabar con el fraude y el abuso que vienen produciéndose en este ámbito, por lo que no resulta sorprendente que el RDL 7/2021 se haga eco de aquello que resulte novedoso.

Así, en materia de cooperación y asistencia, junto a la formulación y contestación a peticiones justificadas de información respecto al desplazamiento de personas trabajadoras en el marco de prestaciones de servicios transnacionales, entre lo que se incluyen los casos de abuso manifiesto y de actividades transnacionales presuntamente ilegales, se añaden los supuestos de trabajo transnacional no declarado y de trabajo autónomo ficticio que se lleven a cabo en el marco que aquí se analiza.

Adicionalmente esa cooperación en materia de información se refuerza con dos actuaciones. La primera, el mandato dirigido a la autoridad receptora competente en nuestro país y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de recabar la información de otras autoridades u organismos cuando, habiendo recibido una solicitud de información por parte de la autoridad o el organismo competente del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado un trabajador por parte de una empresa establecida en España, no la posean. La segunda, la ampliación de las personas de las que pueden hacerse acompañar los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en su condición de autoridad pública, en el ejercicio de sus funciones en nuestro país. De tal forma que, además de la empresa (o su representante), las personas trabajadoras, sus representantes, las personas peritas y técnicas de la empresa, de sus entidades asesoras, pertenecientes a la Administración Pública española u otras personas habilitadas oficialmente, podrán hacerse acompañar de personas peritas o expertas de otros Estados Miembros de la Unión Europea y Estados signatarios del Acuerdo del Espacio Económico Europeo y de la Autoridad Laboral Europea.

De mano igualmente de la cooperación y como preludeo de la posterior incorporación del principio *non bis in ídem*, la norma de transposición establece para la autoridad laboral un cometido adicional a los que le corresponda según la legislación española, cual es el de poner en conocimiento de los órganos competentes de las Administraciones públicas de otros Estados miembros las infracciones administrativas cometidas en España por las empresas establecidas en tales Estados con ocasión del desplazamiento de sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Constituyendo la otra cara de la moneda, el hecho de que las empresas establecidas en España que ya hayan sido administrativa o penalmente sancionadas en el país al que desplazan trabajadores no puedan ser nuevamente sancionadas cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El último de los campos en los que el RDL 7/2021 ha tenido repercusión es el de las infracciones y sanciones, en el que, además de contemplar nuevas reglas sobre notificación a la autoridad laboral de las prórrogas justificadas que comporten superación del plazo inicial máximo (art. 3.8 Ley 45/1999), se recoge una extensa tipificación de infracciones que puedan cometer las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros, así como de las empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España¹⁹; y se refuerzan las consecuencias ante la posible reincidencia de las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo por la comisión de infracciones tipificadas como muy graves, contemplándose incluso la inhabilitación por tiempo indefinido (art. 41.4 LISOS).

CONCLUSIÓN

Todo lo visto lleva a concluir que la incidencia práctica real que ha tenido en nuestro país la transposición de la Directiva 2018/957, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, a través del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril ha resultado ciertamente liviana, en contraste con la necesidad de acometidas de mayor calado en otros Estados miembros. El modelo de eficacia general del convenio colectivo que rige en España ha hecho que resultara innecesario realizar una modificación legal profunda para poder incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la norma europea; a lo que se añade el hecho de que nuestra legislación nacional ya cumpliera en lo sustancial con sus objetivos básicos.

No cabe duda, sin embargo, de que la ampliación de las conductas sancionables, el refuerzo en materia de coordinación y cooperación entre administraciones y organismos estatales, así como la corresponsabilidad de los Estados de origen y de destino en materia de vigilancia, control y ejecución de las obligaciones contempladas en la propia norma supone un impulso en la lucha contra el abuso y el fraude empresarial en la protección efectiva del trabajador desplazado.

¹⁹ Véase art. 13 RDL 7/2021.

LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL DEL PERSONAL ESTATUTARIO. EL DESARROLLO PENDIENTE

LIDIA DE LA IGLESIA AZA

Abogada. Doctoranda
Universidad de Santiago de Compostela

EXTRACTO

Palabras clave: Personal estatutario; categoría profesional; clasificación; desarrollo autonómico

La adaptación del régimen del personal estatutario al sistema de clasificación profesional establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público, transcurridos 14 años desde el inicial texto, sigue pendiente. Las Comunidades Autónomas, pese a la transferencia de competencias, no han afrontado la necesaria modificación del régimen de categorías, y el Estado sigue aplicando la disposición transitoria tercera del Estatuto Básico e inaplicando el régimen del artículo 76 del mismo texto legal.

ABSTRACT

Key words: Statutory personnel; professional category; classification; autonomic development.

The adaptation of the statutory personnel regime to the professional classification system established in the Basic Statute of Public Employees, after 14 years from the initial text, is still pending. The Autonomous Communities, despite the transfer of powers, have not faced the necessary modification of the category regime, and the State continues to apply the third transitory provision of the Basic Statute and not apply the regime of article 76 of the same legal text.

ÍNDICE

1. EL RÉGIMEN VIGENTE: EL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD
2. DESARROLLO DEL ESTATUTO MARCO: MARCO GENERAL
3. COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON REGULACIÓN ANTERIOR AL ESTATUTO MARCO: LA DESIDIA DEL LEGISLADOR
4. COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DESARROLLO POSTERIOR AL ESTATUTO MARCO: LA REGULACIÓN COBARDE
5. PUNTOS DE FRICCIÓN DE LA COEXISTENCIA NORMATIVA Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN: GRUPOS Y CONSECUENCIAS RETRIBUTIVAS

1. EL RÉGIMEN VIGENTE: EL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

La Ley 14/1986, General de Sanidad, contenía en su artículo 84 una remisión en materia de personal al Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social, al Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social y al Estatuto del Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Mantenía que el personal de las Entidades Gestoras y los que desempeñasen su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas se regirían por lo establecido en el Estatuto Marco que aprobaría el Gobierno en desarrollo de tal norma. En cuanto al contenido del futuro Estatuto Marco, lo delimitaba en la normativa básica aplicable en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo.

El posterior Acuerdo Parlamentario para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 18 de diciembre de 1997, en su apartado 10, consideró imprescindible el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones laborales para el personal estatutario de los servicios de salud, a través de un Estatuto Marco que “habría de desempeñar un papel nuclear como elemento impulsor de la dinámica de evolución, desarrollo y consolidación de nuestro Sistema Nacional de Salud”. El mandato de desarrollo se reiteró en la Ley 30/1999, de selección y provisión de plazas del personal estatutario, en la Ley 16/2003, de selección y provisión de plazas del personal estatutario y en la Ley 44/2003, de Ordenación de las profesiones sanitarias, hasta dar fruto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco de personal estatutario de los servicios de salud. Esta norma tiene el carácter de norma básica conforme a las previsiones del artículo

149.1.18ª de la Constitución Española¹, pero derivando a la normativa autonómica su desarrollo².

Su exposición de motivos establece como objetivo la actualización tras la promulgación de la Constitución Española “del régimen jurídico del personal estatutario que, sin perjuicio de determinadas modificaciones normativas puntuales, viene en gran parte regulado por estatutos preconstitucionales”. Determina que el concepto de personal estatutario “deriva directamente de la denominación de los tres estatutos de personal –el estatuto del personal médico, el estatuto del personal sanitario no facultativo y el estatuto del personal no sanitario– de los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social”³.

Como es sabido, la naturaleza jurídica de este personal dio lugar a una controversia considerable. Para unos, la denominación adoptada “remite a un particular régimen jurídico regulador de una concreta relación social de trabajo asalariado: la de determinados trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas que, no siendo funcionarios públicos, tampoco mantenían una relación de régimen laboral”⁴. Sería el personal estatutario, pues, un *tertium genus* dentro del empleo público, un tipo de “funcionario especial”⁵.

Parte de la doctrina, no obstante, negaba ese carácter especial⁶, tomando como argumento, entre otros, el contenido del artículo 2.4 del EBEP cuando establece

¹ Alegre Ávila, J.M. “Normativa europea, jurisprudencia de Luxemburgo, Estatuto Básico y Estatuto marco.” *Tratado de Derecho Sanitario. Volumen I.* (Palomar Olmeda, A. Coord.) Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 1103.

² González Salinas, P. Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. 2ª ed. (Lizárraga Bonelli, E. Coord.) Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 45 a 57.

³ González Salinas, P. “La relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa”, REDA/125//2005, p. 18.

⁴ Moreno Vida, M.N. La situación jurídica del personal sanitario. El régimen estatutario de los profesionales de la sanidad. *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la Sanidad en España.* (Monereo Pérez, J.L. Coord.) Colección Comentarios a la legislación Social. Biblioteca Comares de ciencia jurídica, Granada, 2007, p. 146.

⁵ Sala Franco, T. “El Estatuto Marco del personal Estatutario de los Servicios de Salud. Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre”. Tirant monografías/331/ 2004, Valencia, p. 20.

⁶ Sánchez Morón, M.” Derecho de la función pública 3ª ed.”, Tecnos, Madrid, 2002, p. 91: «[...] por eso hay quien considera que constituye un *tertium genus* entre funcionarios y contratados laborales. En realidad, no hay tal, sino una situación funcional estatutaria como todas ellas, aunque sometida a normas especiales».

Morillo-Velarde Pérez, J.I. “Ordenamiento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad”, *Derecho y Salud* /2006, p. 26.

que “cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud”⁷.

El EBEP recalcó el carácter funcional de la relación estatutaria, sin perjuicio de sus peculiaridades, y de la posible coexistencia transitoria con personal bajo régimen laboral o funcional. Tal coexistencia, antes del EBEP, ya se reconocía en el artículo 1 del propio Estatuto Marco, en concordancia en cuanto a su ámbito de aplicación con el apartado 3 del artículo 2, del mismo texto, al incluir en su ámbito “al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud”. El carácter residual del personal con vínculo laboral o funcional se refleja en el hecho de que el desarrollo de la norma se dirige al personal sometido al régimen jurídico estatutario.

Del estudio detallado tanto de los orígenes del régimen estatutario, como de las especiales características del mismo, se deriva la especialidad de este frente a la relación funcional ordinaria. Ello no impide el sometimiento a la regulación general, pero implica necesariamente peculiaridades que no se pueden desconocer. En todo caso, la expresa denominación de la relación como de carácter funcional, manifestada ya en su exposición de motivos, y reiterada en el capítulo I, supuso poner fin a las abundantes discusiones doctrinales y jurisprudenciales “que históricamente se han aplicado sobre la aplicación supletoria a este personal, calificado en muchas ocasiones como “*tertium genus*”, de la legislación laboral o funcional”⁸.

Estas disquisiciones no solo tuvieron un carácter teórico en la doctrina, sino que dieron lugar a múltiples resoluciones judiciales. Así, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1996⁹ y 7 de febrero de 1997¹⁰, y sobre todo la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000¹¹, habían señalado con carácter previo al Estatuto Marco “la naturaleza jurídica del personal estatutario (...) es funcional, sin que les sea de aplicación ni siquiera con carácter subsidiario las normas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores”. Por tanto, ya antes de que el Estatuto Marco certificara el carácter esencialmente funcional, la Jurisprudencia y la doctrina mayoritaria lo habían establecido de forma indubitada.

Sigue el Estatuto Marco no sólo tales criterios jurisprudenciales, sino que reconoce que el vínculo entre los Servicios de Salud y el personal a su servicio

⁷ Sempere Navarro, A.; Luján Alcaraz, J. “Objeto y ámbito de aplicación”, *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Olarte Encabo, S.; Rivas Vallejo, R. Dir.) Comares, Granada, 2008, p. 115.

⁸ Moreno Vida, M.N., “Comentario Práctico...”, op.cit., p. 146.

⁹ RJ 1996, 7624

¹⁰ RJ 1997, 1161

¹¹ RJ 2000, 2235

“encierra una clara condición de Derecho Público, al intervenir y contribuir a la realización de un servicio público”¹².

Destacable es el posterior análisis de la naturaleza de la relación entre el personal estatutario y la Administración sanitaria que realizó la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo en el Auto de 20 de junio de 2005¹³. Para determinar el fuero judicial de este personal, estableció que “la Ley parte de la necesidad de mantener una regulación especial para el personal de los servicios sanitarios, con el fin de adaptarse a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario asistencial, (...) pero siguiendo la línea antes indicada, establece con nitidez el carácter funcionarial de la relación estatutaria”.

El asunto dirimido por el Tribunal Supremo tenía como objeto determinar el orden competente para conocer de los procedimientos judiciales entre el personal estatutario y su respectiva Administración sanitaria. Así, hasta tal pronunciamiento, se entendían como competencia de la Jurisdicción Social, estableciéndose por la Sala de conflictos, en cambio, la competencia del Orden Contencioso-Administrativo. La mutación de jurisdicción, a la luz tanto del sistema de fuentes de este colectivo como del texto del Estatuto Marco, tenía un carácter obligado: las similitudes con el régimen del funcionariado siempre habían sido muy superiores a las existentes con el personal laboral, aunque fuera al servicio de la Administración.

La configuración en el Estatuto Marco como relación funcionarial especial no obsta a la inclusión de este personal dentro del ámbito de aplicación del EBEP, tal y como señala el artículo 2 de este texto legal. Por tanto, el Estatuto Marco opta por mantener un régimen diferenciado para el personal sanitario, pero con una regulación que, tras la aprobación del EBEP, se tiene que adaptar al régimen básico contenido en este para toda la función pública.

Tal adaptación no ha tenido lugar. Lo inconcluso del régimen general del Estatuto Marco se remite al obligado desarrollo que deberán efectuar las Comunidades Autónomas, por lo insuficiente de la regulación contenida en el Estatuto. Este sólo pretende constituirse en un cuadro general dentro del que deberán acomodarse los desarrollos autonómicos conforme al sistema de competencias establecido en el artículo 149 de la Constitución.

Una de las principales materias encomendadas a ese desarrollo es la clasificación profesional del personal estatutario. Así, en cuanto a las categorías profesionales, el Estatuto Marco se limita a realizar una clasificación básica, utilizando como criterio el nivel del título exigido para el ingreso, la función desarrollada y el tipo de nombramiento (artículo 5). Se emplean, por tanto, los

¹² Pérez Gálvez, J.F. *Comentarios al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, p. 35.

¹³ RJ 2005, 4466.

criterios más usuales de clasificación, coincidentes con los que se incorporaron posteriormente al EBEP¹⁴.

En este régimen, se mantiene la separación entre personal estatutario sanitario (artículo 6), y personal no sanitario, denominado de gestión y servicios, cuya clasificación se deriva al artículo 7. Se trata de una diferenciación ya histórica entre personal sanitario y no sanitario, preexistente en los extintos Estatutos profesionales, optando dentro de cada colectivo por una clasificación clásica en virtud de la titulación de acceso. La única novedad la ofrece la unificación del personal sanitario, finalizando con la separación entre personal médico y personal sanitario no facultativo.

En el ámbito del personal sanitario, la clasificación exige atender a la regulación contenida en la Ley 44/2003, como norma que identifica las profesiones sanitarias tituladas y reguladas. En cuanto a las categorías profesionales, el artículo 6.2 las establece en función del nivel académico del título exigido para el ingreso. Diferencia así entre el personal de formación universitaria, con subdivisión en 4 agrupaciones: Licenciados con título de especialista en Ciencias de la Salud; Licenciados sanitarios; Diplomados con título de Especialista en Ciencias de la Salud y Diplomados sanitarios; y personal de formación profesional, dividido en virtud de la titulación de acceso en Técnicos superiores y Técnicos. No se atiene por tanto al marco educativo derivado de la LOU y del Real Decreto 55/2005, y no ha habido reforma alguna para incorporar referencias a los Grados y a los certificados de profesionalidad, con las dificultades que de ello se derivan.

Con el mismo criterio, el artículo 7.2, referido al personal estatutario de gestión y servicios, clasifica al personal en virtud del título exigido para el ingreso entre: personal de formación universitaria, subdividido en Licenciados universitarios y Diplomados universitarios; y personal de formación profesional, subdividido en: Técnicos superiores y Técnicos. Dentro del personal no sanitario se crea una categoría residual, denominada “otro personal”, para la que se exige certificación acreditativa de los años cursados y de las calificaciones obtenidas en la Educación Secundaria Obligatoria, o título o certificado equivalente.

Además, el Estatuto Marco permite en su artículo 15 la creación, modificación o supresión de categorías en el ámbito de cada servicio de salud, en una nueva

¹⁴ Molina Navarrete, C. “El estatuto profesional común de los trabajadores del sistema sanitario español”. *Comentario a la Ley 44/2002 de 21 de noviembre. Revista Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros/252/2004.

García Murcia, J; Castro Argüelles, M.A. “Clasificación del personal estatutario.” *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*. García Murcia, J; Castro Argüelles, M.A. (Coord.) Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 87 a 106.

referencia a la capacidad de autoorganización de cada Comunidad Autónoma¹⁵. En el mismo sentido y en relación con la adecuación de la clasificación profesional de su personal a las necesidades de la organización, el artículo 15.1 posibilita la adaptación a las peculiaridades de cada territorio, sin perjuicio de la existencia de un catálogo homogéneo. Este, creado por el Ministerio de Sanidad, establecerá un cuadro de equivalencias con miras a permitir la movilidad entre Administraciones, y se contiene en la actualidad en el Real Decreto 184/2015¹⁶, única norma estatal de desarrollo.

Esta norma reglamentaria procede a definir el concepto de grupo y subgrupo de clasificación profesional en el apartado b del artículo 2, al señalar que es el “criterio de agrupación y clasificación de las categorías profesionales del personal estatutario, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, según establece, y con la misma extensión que para el personal funcionario de carrera, el artículo 76 y disposición transitoria tercera de la Ley 77/2007”. Supone por tanto un desarrollo del sistema de clasificación muy limitado y parcial.

Como categoría profesional, a su vez, entiende la “agrupación de funciones, cualificación, competencias, grupo y subgrupo funcional de clasificación y titulación, necesarias y exigibles para la prestación de un servicio público en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, que condiciona la incorporación y acceso de los profesionales a los centros e instituciones sanitarias de este sistema en el grupo y subgrupo de clasificación profesional correspondiente”. Sistema que nuevamente no ofrece ninguna novedad con respecto al propio de la función pública, al que sigue en sus previsiones.

No se puede negar que el Estatuto Marco supuso un hito en el desarrollo de la normativa propia del personal estatutario, pero es un desarrollo inconcluso, como ya se ha anticipado. La aprobación del EBEP, con el mandato contenido en la disposición transitoria tercera, tanto del texto de 2007, como en el texto de 2015, requería una modificación del Estatuto Marco para adecuar el sistema de categorías profesionales al nuevo marco educativo¹⁷. En efecto, dicha disposición mantiene la validez de los títulos universitarios oficiales vigentes hasta la generalización de la implantación de los nuevos títulos universitarios a que se refiere el artículo 76. Así, frente a la aplicación directa de la regulación del artículo 76 del EBEP, con

¹⁵ Vázquez Garranzo, J. “La planificación y ordenación de los recursos humanos”. *Tratado de Derecho Sanitario Volumen I*. (Palomar Olmeda, A. Coord.) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 1149 a 1180.

¹⁶ Real Decreto 184/2015, de 13 de marzo, por el que se regula el catálogo homogéneo de equivalencias de las categorías profesionales del personal estatutario de los servicios de salud y el procedimiento de su actualización. BOE núm. 83, de 7 de abril de 2015.

¹⁷ Cayón de las Cuevas, J. “La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de Salud: problemas de solapamiento normativo”. *Actualidad Jurídica Aranzadi/ 742/2007*.

referencia a los títulos universitarios de Grado, se mantienen transitoriamente, los Grupos de clasificación existentes a la entrada en vigor del EBEP, con las expresas equivalencias contenidas en la propia disposición transitoria tercera¹⁸.

Pese a tal necesidad, el mencionado Real Decreto 184/2015, en su artículo 1, se limita a “garantizar la movilidad, en términos de igualdad efectiva, del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, mediante la aprobación de un catálogo homogéneo de equivalencias de las categorías profesionales del personal estatutario de los servicios de salud”. Se certifica por tanto lo inconcluso y pendiente de modificación del Estatuto Marco, que requiere una actualización que, mediante el respeto y adaptación a las previsiones del art. 76 del EBEP, regulando el régimen de prestación de servicios del personal estatutario conforme al nuevo marco educativo, termine con la transitoriedad de una norma con *más* de 14 años de vigencia. Dentro de la regulación pendiente de desarrollo, resulta imprescindible una clasificación profesional que sea acorde con las previsiones del EBEP.

2. EL DESARROLLO DEL ESTATUTO MARCO: MARCO GENERAL

El artículo 2 del Estatuto Marco establece que el régimen jurídico del personal incluido en su ámbito, en todo lo no regulado, se rige por el desarrollo contenido en las normas tanto estatales como de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias (en remisión a lo establecido en el artículo 3), así como en los pactos o acuerdos regulados en el artículo 80 en ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Todo ello con la única excepción de Ceuta y Melilla, cuyo régimen supletorio sigue siendo la legislación estatal, ante la ausencia de transferencia de las competencias en materia de Sanidad. En todo caso, los posibles desarrollos deben respetar las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente¹⁹.

¹⁸ Grupo A: Subgrupo A1; Grupo B: Subgrupo A2; Grupo C: Subgrupo C1; Grupo D: Subgrupo C2; Grupo E: Agrupaciones Profesionales a que hace referencia la disposición adicional séptima.

¹⁹ Palomar Olmeda, A. “Normas Generales” *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*. (Palomar Olmeda, A. Coord.). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

Castillo Blanco, F.A. “La reforma del Sistema Nacional de Salud: cohesión, calidad y estatutos profesionales”, *El Estatuto Marco del Personal Estatutario*, Vaquer Caballería, M., Palomar Olmeda, A. (Coord) 2004, pp. 317-386.

La remisión indicada deriva directamente de la transferencia de competencias en materia de prestación de servicios de salud. Así, País Vasco²⁰, Cataluña²¹, Galicia²², Andalucía²³ y Navarra²⁴ asumieron inicialmente la competencia y un tiempo después se transfirió a Canarias²⁵ y la Comunitat Valenciana²⁶. Para las demás Comunidades Autónomas²⁷, no se produjo hasta la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución²⁸, y fue necesaria la reforma de los respectivos Estatutos de Autonomía, culminada en 1999²⁹.

Con el Estatuto Marco se trata de “armonizar y hacer compatible la existencia de múltiples sistemas jurídicos autonómicos, llamados a desarrollar, orgánica

²⁰ Real Decreto 2209/1979, de 7 de septiembre, sobre transferencia de competencias de la Administración del Estado al Consejo General del País Vasco en materia de Agricultura, Sanidad y Trabajo BOE de 21 de septiembre de 1979.

²¹ Real Decreto 2210/1979, de 7 de septiembre, sobre transferencias de competencias de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Agricultura, Cultura, Sanidad y Trabajo. BOE de 21 de septiembre de 1979.

²² Real Decreto 1634/1980, de 31 de julio, sobre transferencias de la Administración del Estado a la Junta de Galicia en materia de Trabajo, Industria, Comercio, Sanidad, Cultura y Pesca BOE de 9 de agosto de 1980.

²³ Real Decreto 1118/1981, de 24 de abril, sobre traspaso de competencias, funciones y servicios a la Junta de Andalucía en materia de Sanidad. BOE de 15 de junio de 1981.

²⁴ Real Decreto 1687/1985, de 1 de agosto, de traspaso de Servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Foral de Navarra en materia de Sanidad. BOE de 21 de septiembre de 1985.

²⁵ Real Decreto 837/1984, de 8 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de sanidad. BOE de 5 de mayo de 1984.

²⁶ Real Decreto 278/1980, de 25 de enero, sobre transferencias de competencias de la Administración del Estado al Consejo del País Valenciano en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, cultura y sanidad. BOE de 20 de febrero de 1980.

Marqués Fernández, F. “El Sistema Nacional de Salud después de las transferencias sanitarias” *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*/ Vol. 1/ Núm. 4/octubre 2003, pp. 543-554.

²⁷ La transferencia de la sanidad a las regiones que hasta diciembre del 2001 formalmente constituían el llamado “territorio INSALUD” (Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Madrid, Murcia y La Rioja) se cierra con la firma del traspaso de las competencias sanitarias en las comisiones mixtas y con la posterior aprobación en el Consejo de Ministros de los reales decretos que permiten a los gobiernos autonómicos gestionar sus servicios de salud desde el 1 de enero del 2002.

²⁸ BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1992.

²⁹ Pérez Gálvez, J.F. *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*. INAP, Madrid, 2011, pp. 197 a 200; pp. 286 a 310.

Pérez Gálvez, J.F.; Villegas Oliva, A. *El Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud español*. Revista Digital de Derecho Administrativo/ 10/2013, pp. 57 a 92.

y funcionalmente, las competencias atribuidas por los propios Estatutos de Autonomía para la prestación de un servicio sanitario en el que su personal estuviera sometido al mismo régimen jurídico de acceso y desempeño de la función pública encomendada en el resto del territorio nacional, y ello sin perjuicio del desarrollo que las Autonomías llevaran a cabo en el seno de aquel marco básico y general”³⁰.

Así, el sistema de fuentes del personal estatutario está constituido en primer lugar por el Estatuto Marco, y en segundo lugar por el desarrollo normativo que puedan hacer el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias. En cumplimiento de las previsiones del párrafo segundo del artículo 3 del Estatuto Marco, tales desarrollos normativos exigirán la negociación en las mesas correspondientes, en los términos del Capítulo IV, Título III del Estatuto Básico (Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional)³¹.

En todo caso, se requiere la toma en consideración de los principios generales establecidos en su artículo 4, las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones sanitarias y las características organizativas de los sistemas de salud³². Parte el sistema de la compleja formulación del derecho transitorio del Estatuto Marco, ya que hace depender la efectividad de su contenido de la adecuación que realice cada servicio autonómico de salud, dado que la supletoriedad de primer grado recae en éstos, y ello sin regulación de plazos para que esta condición se cumpla.

El tercer pilar de su régimen normativo lo constituyen los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV (art.2.2), y sólo con carácter supletorio, las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente³³. Pero todo siempre y cuando no se contradiga lo regulado en el EBEP³⁴.

³⁰ Moreno González, A. “El personal estatutario: nacimiento y extinción de las relaciones estatutarias. Selección y provisión de plazas. Situaciones Administrativas.” *Tratado de Derecho Sanitario. Volumen I. (Palomar Olmeda, A. Coord.)* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 1119 a 1147.

Jiménez Palacios, A. “La coordinación de políticas de recursos humanos”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, 2008/Volumen 6/ pp. 367 a 370.

³¹ Blanco Moreno, A.; Adiego Estella, M. “La información sobre recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI /2010/ Volumen 8/ Issue 1*, pp. 63 a 87.

³² Palomar Olmeda, A. “Comentario al art. 2”, *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud* (Palomar Olmeda, A.; Sempere Navarro, A. V. Dir.), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 53.

³³ Alegre Ávila, J.M. “Normativa europea, jurisprudencia de Luxemburgo, Estatuto Básico y Estatuto marco.” *Tratado de Derecho Sanitario. Volumen I. (Palomar Olmeda, A. Coord.)* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 1095 a 1117.

³⁴ Desdentado Bonete, A; Desdentado Daroca, E. «El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social», *Aranzadi Social*, Vol. V, (2000), p. 924.

En materia de representación, participación y negociación colectiva, el Estatuto Marco no contradice la regulación del EBEP, pero su artículo 79.2 impone la existencia en el ámbito de cada servicio de salud de una mesa sectorial de negociación. Remite en cuanto a su constitución al acuerdo de la mesa general de negociación (artículo 34.4 Estatuto Marco), imposición que por el criterio de especialidad está vigente, y que en materia de clasificación profesional debe coherenciarse con las previsiones del artículo 37 del EBEP. Así, sus apartados c y k incluyen como objeto de negociación las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, con expresa inclusión de las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de ley.

Así, se contempla en el artículo 3.2 del Estatuto Marco la “negociación en las mesas correspondientes” de la normativa de desarrollo. Se obliga por tanto al cumplimiento de los términos del capítulo III de la Ley 9/1987³⁵, parcialmente derogada por normativa posterior. En todo caso, la obligación de mantener un diálogo social fluido se contiene en diversos preceptos del Estatuto Marco. El artículo 11 se refiere al Foro marco para el diálogo social como órgano de participación de las organizaciones sindicales más representativas del sector sanitario. Tal Foro, creado por la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, nace de la necesidad de mantener intercambios de información entre las diversas Administraciones, derivados de las posibilidades de desarrollo de cada una de las Comunidades Autónomas, y con vistas a establecer unas líneas maestras en la regulación por cada una de ellas³⁶.

Con ese mismo objetivo, el artículo 15 del Estatuto Marco establece la posibilidad de cada servicio de salud de crear, modificar o suprimir categorías, debiendo comunicarlo al Ministerio de Sanidad con miras a la homologación de las mismas. Se refuerza por tanto el principio de libertad de autoorganización de cada uno de los servicios de salud, si bien, manteniendo la obligación de negociar que impone en capítulo XIV. Y ello con un régimen transitorio contenido en la disposición transitoria sexta del Estatuto Marco que, en cuanto a las categorías

Morillo-Velarde Pérez, J.I., «Ordenamiento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad», *Derecho y Salud*/2006, pp. 24-25.

³⁵ Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. BOE núm. 144, de 17 de junio de 1987.

³⁶ de Miguel Pajuelo, F. “Planificación y Ordenación del personal”. *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud* (Meléndez Morillo Velarde, L.; Palomar Olmedo, A. Dir.) Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 114 a 124.

Sanz Larruga, J. “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria” *Lecciones de derecho sanitario* (Juane Sánchez, M.; Sanz Larruga, J. Dir.) Universidade da Coruña, Servicio de Publicacións, A Coruña, 1999, pp. 105 a 134.

profesionales establece: “b) Se mantendrán vigentes, en tanto se procede a su regulación en cada servicio de salud, las disposiciones relativas a categorías profesionales del personal estatutario y a las funciones de las mismas contenidas en las normas previstas en la disposición derogatoria *única*, e), f) y g).” Es decir, los previos estatutos.

Con este régimen general y sistema de fuentes se inicia el estudio de las concretas regulaciones autonómicas. Dentro de estas existen dos bloques diferenciados: las Comunidades Autónomas cuya regulación es previa al Estatuto Marco y aquellas que tienen normativa posterior.

Entre las Comunidades cuya normativa propia es anterior al Estatuto Marco y no ha sufrido modificaciones de trascendencia, y, por tanto, no puede tener un desarrollo de las previsiones de este, se encuentran Navarra³⁷, Canarias³⁸, País Vasco³⁹, Castilla la Mancha⁴⁰, Murcia⁴¹, Aragón⁴², Illes Balears⁴³ y La Rioja⁴⁴.

El resto de las Comunidades cuentan con normativa posterior, si bien ello no implica que hayan realizado efectivamente el desarrollo al que estaban obligadas, tal y como veremos más adelante.

³⁷ Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, reguladora del régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. BOE núm. 30, de 4 de febrero de 1993.

Ley Foral 4/2003, de 14 de febrero, de medidas relativas al personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra. B.O.E núm. 69, de 21 de marzo de 2003.

Decreto Foral 717/2003, de 29 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de integración en el estatuto del personal al servicio de las administraciones públicas de Navarra del personal estatutario y contratado laboral fijo de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, previsto en el artículo 8 de la Ley Foral 4/2003, de 14 de febrero, de medidas relativas al personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

³⁸ Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias. BOC núm. 96, de 05 de agosto de 1994, BOE núm. 204, de 26 de agosto de 1994.

³⁹ Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi. BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012.

⁴⁰ Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla la Mancha. BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2001

⁴¹ Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud. BORM. núm. 294, de 21 de diciembre de 2001

⁴² Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2002

⁴³ Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears. BOE núm. 110, de 8 de mayo de 2003

Decreto 39/2006 por el que se aprueban los Estatutos del Ente Público Servicio de Salud de las Islas Baleares. BOIB núm. 62, de 29 de abril de 2006

⁴⁴ Acuerdo para el personal del Servicio Riojano de Salud, suscrito con fecha de 27 de julio de 2006, por los representantes del organismo Servicio Riojano de Salud y por las organizaciones

3. COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON REGULACIÓN ANTERIOR AL ESTATUTO MARCO: LA DESIDIA DEL LEGISLADOR

El análisis de la normativa de las Comunidades Autónomas con normativa previa al Estatuto Marco arroja un panorama muy diverso que oscila entre acoger el sistema tradicional de clasificación propio de la función pública (Canarias, País Vasco y Murcia) sin las modificaciones exigidas por la normativa básica común; las que optan por referencias a futuros desarrollos que no llegan (Castilla - La Mancha, Aragón e Illes Balears), y las que basan su desarrollo en acuerdos con los órganos de representación de los trabajadores (Navarra, La Rioja).

Entre las Comunidades que se acogen al sistema tradicional de clasificación propio de la función pública está Canarias, que mediante la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, artículo 102.2, se remite en cuanto a clasificación y régimen jurídico del personal del Servicio Canario de la Salud a las disposiciones que respectivamente le sean aplicables atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo. Reitera en su disposición transitoria quinta la aplicabilidad del régimen previo hasta la aprobación de una legislación específica. Normativa dispersa, como la Resolución de 7 de junio de 2005⁴⁵, remite al sistema de clasificación provisional establecido en normas retributivas previas, tales como el Real Decreto Ley 3/1987. En el mismo sentido, el Decreto 163/2018, de 26 de noviembre, por el que se modifica la relación de puestos de trabajo del Servicio Canario de la Salud⁴⁶, que exclusivamente incluye puestos con vínculo funcionario y laboral, clasificando a los funcionariales en base a la titulación de acceso en grupos A a E47.

País Vasco sigue el sistema tradicional de la Función Pública y, en la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi se recogen categorías de la A a la E en función de la titulación requerida para el acceso.

sindicales C.E.M.S.A.T.S.E., CC.OO., C.S.I.-C.S.I.F., F.S.P.-U.G.T. y S.T.A.R.. BOR núm 105, de 10 de agosto de 2006.

⁴⁵ Resolución de 7 de junio de 2005, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 1 de junio de 2005, que aprueba el Acuerdo entre la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y las organizaciones sindicales del sector, celebrado en el marco de la Mesa Sectorial de Sanidad, sobre ordenación retributiva del personal estatutario de los Grupos C, D y E del Servicio Canario de la Salud BOC núm. 115, de 14 de junio de 2005.

⁴⁶ BOC núm. 238, 10 de diciembre de 2018.

⁴⁷ Álvarez de la Rosa, M. “Capítulo 32. Título V. Capítulo VII. Empleo, sanidad y políticas sociales (Artículos 140 a 142)”, *El Estatuto de Autonomía de Canarias: (Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre)*, Villar Rojas, F.J. (Coord), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2019, pp. 629 a 648.

La Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud, tiene la peculiaridad de ser aplicable en exclusiva al personal con vínculo estatutario, excluyendo expresamente al personal laboral o funcionario, en evidente contradicción con el sistema posteriormente instaurado por el Estatuto Marco⁴⁸. Su Capítulo IV realiza una clasificación según los criterios tradicionales de la función pública española conforme al título habilitante para el acceso al puesto, entre el Grupo A y el E. Además, detalla en el artículo 14 la inclusión en uno u otro grupo en virtud de las funciones propias de cada categoría profesional, y diferencia entre personal sanitario y no sanitario. Esta norma se modificó por la Ley 5/2002, si bien sin afectar al sistema de categorías profesionales.

Lo más llamativo de este conjunto de Comunidades es el mantenimiento en el tiempo de regímenes evidentemente obsoletos, sin desarrollo no sólo del EBEP, sino tampoco del propio Estatuto Marco. Únicamente la pervivencia de la disposición transitoria tercera del EBEP hace posible tal ausencia de desarrollo, si bien, como se verá más adelante, ya existe un pronunciamiento judicial que hace entrever consecuencias a la ausencia de acomodación de las normas de estas Comunidades a la legislación estatal básica.

En el grupo de Comunidades que optan por diferir la reglamentación a futuros desarrollos, aún inconclusos, se encuentra Castilla - La Mancha, cuya normativa propia únicamente hace referencia al personal en el capítulo IV del Título IX de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla - La Mancha. Tres escuetos artículos de esta norma se limitan a señalar, en cuanto a las categorías, que la clasificación “se regirá por las disposiciones que se regulen al efecto y por las que respectivamente les sean de aplicación atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de ocupación.” Se realiza una remisión al futuro Estatuto Marco en la disposición transitoria primera de la misma norma⁴⁹.

Una situación bastante equivalente se encuentra en Aragón, con la Ley 6/2002 de Salud, que, en relación con la naturaleza de su personal, tan sólo establece una mínima previsión en el artículo 58.2, mediante remisión a “las disposiciones que respectivamente le sean aplicables, atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo.” En el artículo 73.1, reitera la referencia a la legislación estatal básica y a la propia de la Comunidad Autónoma, en ambos casos para derivar

⁴⁸ Hernández Martín, A.; Álvarez Carreño, S. “Relación jurídica del personal estatutario del Servicio Murciano de Salud”, *Situaciones del personal estatutario*, Cardenal Carro, M. (Dir.) Laborum/ Murcia/2003, pp. 269-285.

Cardenal Carro, M. “La carrera administrativa del personal estatutario del Servicio Murciano de Salud”, *Situaciones del personal estatutario*, Cardenal Carro, M. (Dir.) Laborum/ Murcia/2003, pp. 139 a 158.

⁴⁹ Vázquez Garranzo, J. “Regímenes estatutario, funcionario y laboral (III) Jerarquía, convivencia normativa y escenario de aplicación en los Servicios de Salud”, *Actualidad del Derecho Sanitario/147/2008*, pp. 227 a 234.

a norma posterior el desarrollo⁵⁰. El Decreto 51/2004⁵¹, en relación a las categorías profesionales se limita en su disposición adicional primera a mantener el régimen preexistente, y el posterior Decreto 37/2011⁵² también en su disposición adicional primera, valora la posibilidad de creación, supresión y modificación de categorías profesionales, para proceder en la disposición adicional segunda a modificar la nomenclatura de ciertas categorías profesionales tradicionales, pero únicamente con miras a su adecuación a las nuevas titulaciones, y sin incardinarlas en ningún grupo concreto.

La Ley 5/2003 de Salud de las Illes Balears contiene una escueta referencia al estatuto jurídico del personal a su servicio en la disposición adicional cuarta, en la que fija un plazo de seis meses para presentar al Parlamento un proyecto de ley regulador del estatuto del personal sanitario. Tal desarrollo, superados los 18 años de la aprobación de la norma, no se ha efectuado. El Decreto 39/2006 por el que se aprueban los Estatutos del Ente Público Servicio de Salud de las Islas Baleares⁵³ clasifica en su artículo 53.2 al personal a su servicio de conformidad con el vínculo en personal funcionario, estatutario o laboral, estableciendo como régimen jurídico del personal estatutario la Ley 55/2003 hasta el desarrollo de la normativa propia⁵⁴.

Por tanto, nuevamente nos encontramos con un conjunto de Comunidades con una normativa obsoleta que pretende mantener de manera indefinida la transitoriedad del sistema, lo que resulta inaceptable tras 18 años de vigencia del Estatuto Marco. Dicha transitoriedad encuentra coartada en el propio régimen general instaurado por el EBEP, dado que la disposición transitoria tercera, ya del inicial texto de 2007, y de forma reiterada en el de 2015, mantiene la pervivencia de los Grupos de clasificación existentes a su entrada en vigor, así como el sistema de equivalencias con los regulados por el artículo 76 del EBEP.

⁵⁰ Gorgemans, S. “Planificación del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Aragón: perspectiva desde la oferta de empleo público”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*/30/2007, pp.347 a 422.

Colom Piauelo, E. “El régimen del personal sanitario”, *Derecho sanitario aragonés: estudios sobre el marco jurídico de la sanidad en Aragón, Volumen II*, Pemán Gavín, J.M. (Coord), Cortes de Aragón, 2004, pp.491 a 533.

⁵¹ Decreto 51/2004, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud. BOA núm. 36, de 26 de marzo de 2004.

⁵² Decreto 37/2011, de 8 de marzo, del Gobierno de Aragón, de selección de personal estatutario y provisión de plazas en los centros del Servicio Aragonés de Salud. BOA núm. 55, de 17 de marzo de 2011.

⁵³ BOIB núm. 62, de 29 de abril de 2006.

⁵⁴ Cortés Miró, Baltasar, “La sanidad balear en la gran recesión. Gasto, legislación y salud”, Aguiló Fuster, J.I. (Dir Tesis), Universitat des Illes Balears, 2019.

En el conjunto de Comunidades que han efectuado el desarrollo mediante Acuerdos con la representación de los trabajadores destacan los avatares de la normativa de Navarra⁵⁵. Esta ha sido actualizada mediante la Ley Foral de medidas relativas al personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra⁵⁶, sin trascendencia en cuanto al régimen de categorías profesionales, materia en la que un mínimo desarrollo se ha realizado en el Decreto Foral 717/2003⁵⁷. Dicho Decreto pretende dar cumplimiento al Acuerdo suscrito el 15 de abril de 2002 entre la Administración y las organizaciones sindicales CCOO, UGT y CEMSATSE (referido únicamente al personal laboral) sobre condiciones de empleo del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra para los años 2002 y 2003. Acuerdo en el que se recoge el compromiso de apertura de un nuevo plazo de opción para la adquisición de la condición de funcionario del personal estatutario y contratado laboral fijo⁵⁸. La aplicación del mismo ha resultado paralizada por Sentencia del Tribunal Constitucional⁵⁹ que declaró nulo el proceso de funcionarización, con la consecuencia de la paralización de las modificaciones iniciadas con tal instrumento legal. Mantiene por tanto el régimen previo al Estatuto Marco⁶⁰.

En el ámbito territorial de La Rioja, el instrumento básico es también fruto de la negociación colectiva. Así, el Acuerdo para el personal del Servicio Riojano de Salud, suscrito con fecha 27 de julio de 2006, por el organismo Servicio Riojano de Salud y las organizaciones sindicales mayoritarias a través de la correspondiente

⁵⁵ Razquin Lizarra, M.M., “El sistema estatutario del personal de las Administraciones Públicas de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*/27/1999, pp. 57-92.

⁵⁶ Ley Foral 4/2003, de 14 de febrero, de medidas relativas al personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2003.

⁵⁷ Decreto Foral 717/2003, de 29 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de integración en el Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra del personal estatutario y contratado laboral fijo de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, previsto en el artículo 8 de la Ley Foral 4/2003, de 14 de febrero, de medidas relativas al personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

⁵⁸ Beltrán Aguirre, J.L., “Derecho Sanitario de Navarra”, Instituto Navarro de Administración Pública, Colección Pro Libertate, 4, 2005.

⁵⁹ Sentencia 111/2014, de 26 de junio de 2014. Recurso de inconstitucionalidad 1453-2014. Interpuesto por la Presidencia del Gobierno en funciones en relación con la Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra. Derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, principios de mérito y capacidad y competencias sobre función pública: nulidad de la ley foral que contempla la apertura de nuevos procesos de conversión en funcionario del personal estatutario y contratado laboral fijo de la Administración de la Comunidad Foral y del personal laboral fijo de las entidades locales de Navarra. BOE núm. 177, de 22 de julio de 2014.

⁶⁰ Razquin Lizarraga, M.M. “El sistema estatutario...” Op. Cit., pp. 57 a 92.

Díaz Ojeda, E.; Navarro Barrios, P.; Prados Díaz, S. “Sistema Nacional de Salud. La retribución variable”. *Revista de Administración Sanitaria* 2005/Volumen 3/Issue1, pp. 205 a 235.

Mesa Sectorial del Servicio Riojano de Salud⁶¹. Su artículo 7 establece la clasificación del personal estatutario “atendiendo a la función desarrollada, al nivel del título exigido para el ingreso y al tipo de su nombramiento.” En desarrollo de este sistema el artículo 9, determina la clasificación conforme a la función desarrollada y al nivel del título exigido para el ingreso. Expresamente incluye las categorías y su encuadramiento en el Anexo I del propio Acuerdo, Anexo que sigue el sistema tradicional de división entre personal sanitario y de gestión y servicios, y dentro de cada grupo conforme a la titulación habilitante para el acceso entre grupos A, B, C, D y E. No existen categorías de personal sanitario del grupo E. Con posterioridad, el Decreto 2/2011⁶², artículo 2 reitera la separación entre categorías sanitarias y de gestión y servicios.

Si bien estas Comunidades hicieron en su momento un esfuerzo negociador por pactar un régimen de categorías profesionales, resulta destacable, y también criticable, la petrificación de un régimen previo a la normativa básica nacional. No se entiende que no se haya intentado el mismo esfuerzo negociador para dotar al personal estatutario de un régimen actual, vigente y acorde tanto al Estatuto Marco como al EBEP.

Dicha crítica es predicable del colectivo completo de Comunidades con normativa previa a la aprobación de las normas generales, con la única salvedad de la Comunidad Foral de Navarra, que, sí hizo el esfuerzo negociador de adecuar el régimen propio al básico establecido en la norma nacional, pero cuya anulación por la antedicha Sentencia 111/2014, de 26 de junio de 2014, en el Recurso de inconstitucionalidad 1453-2014 ha retrotraído sus esfuerzos a la situación previa.

4. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DESARROLLO POSTERIOR AL ESTATUTO MARCO: EL DESARROLLO COBARDE

Entre las Comunidades Autónomas con normas aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP tampoco existe un régimen unitario y oscilan entre derivar a futuros instrumentos normativos el desarrollo, así la normativa de Galicia, Cantabria, Extremadura, Comunitat Valenciana y Asturias; y las que al menos han iniciado el desarrollo del sistema de categorías: Andalucía, Cataluña, Castilla León y Madrid.

⁶¹ Acuerdo para el personal del Servicio Riojano de Salud, suscrito con fecha 27 de julio de 2006, por los representantes del organismo Servicio Riojano de Salud y por las organizaciones sindicales C.E.M.S.A.T.S.E., C.C.O.O., C.S.I.-C.S.I.F., F.S.P.-U.G.T. y S.T.A.R., a través de la correspondiente Mesa Sectorial del Servicio Riojano de Salud. BOR núm. 105, de 10 de agosto de 2006.

⁶² Decreto 2/2011, de 14 de enero, de selección de personal estatutario y provisión de plazas y puestos de trabajo del Servicio Riojano de Salud. BOR núm.8, de 19 de febrero de 2011.

La Ley de Salud de Galicia⁶³ regula en su título VIII el régimen jurídico de los empleados públicos de la salud, haciendo referencia tanto a los que mantienen vínculo estatutario como funcional o laboral. Se remite en el artículo 109.2 en cuanto a su desarrollo a la futura aprobación de un Estatuto jurídico de los empleados públicos de salud de Galicia. Es el artículo 113 el que tiene como objeto la clasificación del personal, estableciendo que se realizará “según su dependencia orgánica y régimen jurídico de pertenencia y conforme a los criterios de clasificación determinados por la normativa vigente, atendiendo a la función desarrollada, al nivel de titulación exigido para el ingreso y al nombramiento. Podrá realizarse la clasificación del personal por categorías y áreas funcionales atendiendo a las competencias técnicas y capacidades comunes del grupo de titulación.” No se ha llegado a aprobar la normativa de desarrollo, y las recientes reformas operadas mediante Ley 8/2021⁶⁴ no han solventado tal carencia.

La Ley de Ordenación Sanitaria de Cantabria⁶⁵ es previa al EBEP, pero diversas modificaciones del texto lo han adecuado, al menos formalmente, al contenido de éste. En materia de categorías profesionales el artículo 19 difiere a normativa posterior de desarrollo el establecimiento del régimen jurídico del personal. La normativa posterior de desarrollo la constituye la Ley 9/2010⁶⁶, cuyo artículo 6 reitera la clasificación profesional tradicional conforme “a la función desarrollada, al nivel del título exigido para el ingreso y al tipo de nombramiento”. Mantiene la separación entre personal sanitario y de gestión y servicios y en virtud del nivel del título exigido para el ingreso, en personal de formación universitaria, personal de formación profesional y otro personal. La disposición transitoria primera establece el régimen transitorio de clasificación, determinando la aplicabilidad del sistema de categorías establecido en el artículo 3 y la disposición adicional del Real Decreto-Ley 3/1987, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, con las equivalencias establecidas en la disposición transitoria tercera del EBEP. Todo ello en tanto no se disponga la aplicación de la nueva clasificación profesional contenida en el citado Estatuto mediante desarrollo reglamentario. Haciendo uso de la posibilidad amparada por el artículo 15 del Estatuto Marco, el Servicio de Salud de Cantabria ha procedido a la creación de una categoría

⁶³ Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. DOG núm. 143, de 24 de julio de 2008, BOE núm. 202, de 21 de agosto de 2008.

⁶⁴ Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia BOE núm. 79, de 2 de abril de 2021.

⁶⁵ Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. Comunidad Autónoma de Cantabria. BOCT núm. 242, de 18 de diciembre de 2002. BOE núm. 6, de 7 de enero de 2003.

⁶⁶ Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Comunidad Autónoma de Cantabria. BOCT núm. 34, de 28 de diciembre de 2010. BOE núm. 19, de 22 de enero de 2011.

profesional propia mediante la Orden SAN/62/2014, de 27 de octubre, por la que se crea la categoría de Técnico en Farmacia en el ámbito de las Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud. Mantiene por tanto un desarrollo inconcluso⁶⁷.

Pese a ser posterior a la aprobación del Estatuto, la Ley de Salud Pública de Extremadura⁶⁸ tiene un carácter más de policía interior que referido al personal, al que no se menciona directamente en ninguno de sus artículos. El Decreto 221/2008, de 24 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos del Organismo Autónomo Servicio Extremeño de Salud⁶⁹, artículo 18.2, si realiza una somera alusión al personal, pero limita su clasificación en virtud de su vínculo jurídico en: “a) Funcionario de carrera. b) Funcionario interino. c) Personal estatutario, ya sea fijo o temporal. d) Personal laboral. e) Personal eventual.” Tampoco la Resolución de 7 de abril de 2015, de la Dirección Gerencia, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Organismo Autónomo⁷⁰ (posteriormente suspendida) hace mayores referencias a las categorías profesionales.

La Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana⁷¹ en su artículo 16 incluye como personal a su servicio tanto al que mantenga vínculo estatutario como funcional o laboral, sin referencia a la clasificación del personal. Con anterioridad a esta norma general, el Decreto 38/2006⁷², establecía ciertas categorías de personal estatutario, régimen que es completado por el Decreto 235/2007⁷³, modificado por el posterior Decreto 23/2011⁷⁴. Este conjunto de normas tiene como característica común que se limita al personal sanitario⁷⁵. Diversos Decretos posteriores crean categorías profesionales en el ejercicio de las

⁶⁷ Reguera Andrés, M.C. “El Proyecto de Ley de Personal Estatutario de Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria: algunas consideraciones”, *Estudios sobre el derecho de la salud*. Tomillo Urbina, J. (Coord.), Aranzadi, 2011, pp. 559 a 573.

⁶⁸ Ley 7/2011, de 23 de marzo, de salud pública de Extremadura. DOE núm. 59, de 25 de marzo de 2011. BOE núm. 88, de 13 de abril de 2011.

⁶⁹ DOE núm. 2010, de 30 de octubre de 2008.

⁷⁰ DOE núm. 87, de 8 de mayo de 2015.

⁷¹ DOGV núm. 7434, de 31 de diciembre de 2014. BOE núm. 35, de 10 de febrero de 2015.

⁷² Decreto 38/2006, de 24 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se establecen determinadas categorías y funciones de personal estatutario de la Agencia Valenciana de Salud, organismo autónomo adscrito a la Conselleria de Sanidad. DOGV núm. 5228, de 28 de marzo de 2006.

⁷³ Decreto 235/2007, por el que se atribuye a la Conselleria de Sanidad la gestión del personal y de los puestos de trabajo con requisito de licenciado y diplomado sanitario. DOGV núm. 5663, de 19 de diciembre de 2007.

⁷⁴ DOGV núm. 6485, de 22 de marzo de 2011.

⁷⁵ Rosado Bretón, L. “La sostenibilidad y los recursos humanos del Sistema Nacional de Salud: el modelo de concesión administrativa de la Comunidad Valenciana”. *Revista Administrativa Sanitaria Siglo XXI*. 2010/Volumen 8/ Issue 1 pp. 51 a 62.

competencias que le son propias, tanto en el ámbito sanitario como en gestión y servicios, pero ninguna norma sistematiza el sistema de clasificación. En la muy reciente Ley 4/2021, de la Función Pública Valenciana⁷⁶, artículo 3.2, referido al ámbito subjetivo de aplicación, nuevamente se remite el régimen del personal estatutario a su normativa específica, y sólo con carácter subsidiario a las previsiones de tal norma. Sorprendentemente, sí se considera aplicable, apartado 4 del mismo artículo 3, al personal funcionario o laboral de la Consellería competente en materia de Sanidad, “sin perjuicio de que puedan dictarse disposiciones reglamentarias específicas para adecuarla a las peculiaridades propias de dicho sector.”

La Ley de Salud de Asturias⁷⁷ se refiere al personal en sus artículos 79 y 80 únicamente para mantener el carácter general del régimen estatutario, si bien compatible con el régimen funcional y laboral. Posteriormente el artículo 84 señala que la creación, modificación y supresión de categorías de personal estatutario del Servicio de Salud del Principado de Asturias se efectuará por el Consejo de Gobierno, mediante Decreto, en las condiciones y con los requisitos establecidos en el Estatuto Marco. No se ha efectuado desarrollo⁷⁸.

Como se puede ver en este conjunto de Comunidades, lo determinante en el desarrollo de las categorías profesionales no ha sido la cronología de las normas, sino el interés en su actualización y en su adecuación a la normativa estatal. La genérica remisión a una posterior norma de desarrollo se adecuaba a la normativa, en cuanto a que admitía la necesidad de reglamentación de desarrollo específica para el colectivo, pero, si bien en el momento de aprobación del Estatuto Marco, e incluso del EBEP, era válida, no puede mirarse con la misma benevolencia tras el transcurso de 18 años.

Sí existe un cierto desarrollo del sistema de categorías profesionales en las comunidades de Andalucía, Cataluña, Castilla León y Madrid. Así, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía la normativa básica la constituye la Ley 2/1998, de 15 de junio de Salud de Andalucía⁷⁹, que en cuanto a clasificación señala en el apartado 2º del artículo 59 que “se regirán por las disposiciones que respectivamente le sean aplicables, atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo”. Tal previsión en el momento de la aprobación de la norma suponía, conforme al artículo 15.2 de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud, que la clasificación y el régimen jurídico de aplicación

⁷⁶ BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2021.

⁷⁷ Ley 7/2019, de 29 de marzo, de Salud. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2019.

⁷⁸ García Amez, J. “El personal estatutario del Servicio de Salud del Principado de Asturias” *Derecho del empleo público en el Principado de Asturias: el régimen jurídico del personal funcionario y laboral al servicio de la Comunidad Autónoma y de los entes locales de Asturias*. García Luengo, J.; Huergo Lora, A.J. Oviedo, 2012, pp. 525 a 580.

⁷⁹ BOJA núm. 74, de 4 de julio de 1998; BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1998.

al personal del Organismo Autónomo sería el previsto en la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía y por tanto conforme al régimen general del resto del personal con vínculo funcionario. El posterior Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de julio de 2006 por el que se ratifica el Acuerdo de 16 de mayo de 2006 de la Mesa Sectorial de Negociación de la Sanidad sobre política de personal para el periodo 2006 a 2008⁸⁰, si bien no tiene como objeto específico establecer un sistema de clasificación profesional, sí que contiene un detallado listado de las categorías del Sistema de Salud andaluz en su Anexo I, en el que mantiene el sistema de niveles de la función pública general. Situación equivalente nos encontramos en la Resolución de 21 de junio de 2010 de la Dirección General de Personal y Desarrollo profesional del Servicio Andaluz de salud⁸¹, posteriormente modificada mediante Resolución de 25 de agosto 2014, de la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud⁸², en la que se reitera el sistema general de la función pública, con clasificación en categorías de la A a la E en función de la titulación requerida para el acceso. La única singularidad la establece la diferenciación entre personal Licenciado Sanitario 1, limitado a los Facultativos Especialistas de Área y Médicos de Familia y el personal licenciado 2, constituido por el resto de categorías del Grupo A; y la diferenciación entre el personal Diplomado sanitario 1: matrona y fisioterapeuta; y el personal Diplomado, integrado por el resto de las categorías del Grupo B⁸³. Estamos por tanto ante un sistema que, si bien mantiene el germen de la clasificación del EBEP entre A1 y A2 en cuanto al personal Licenciado, lo incumple con el régimen de categorías instituido para el personal Diplomado.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña la inicial legislación en materia sanitaria la constituyó la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación

⁸⁰ BOJA núm. 146, de 31 de julio de 2006.

⁸¹ Resolución de 21 de junio de 2010 de la Dirección General de Personal y Desarrollo profesional del Servicio Andaluz de salud por la que se dispone la aprobación y publicación del texto refundido y actualizaciones del pacto de Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración Sanitaria de Andalucía-SAS y las organizaciones sindicales sobre Sistema de Selección de Personal Estatutario Temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud. BOJA núm. 137, de 14 de julio de 2010.

⁸² BOJA núm. 170, de 2 de septiembre de 2014.

⁸³ Moreno Verdugo, M., “Propuesta para la mejora de la gestión de la política de personal sanitario de Andalucía.”, Revista E-Salud.Com/Vol. 7/Nº 27/2011, pp. 1 a 24.
Pérez Gálvez, J.F., “El personal del Servicio Andaluz de Salud: código numérico, acreditación y carrera profesional”, *El Derecho de Salud de Andalucía: el Sistema Sanitario Público de Andalucía*, Pérez Monguió, J.M. (Coord), Instituto Andaluz de Administración Pública, 2015, pp. 177 a 274.
Vázquez Garranzo, J., “Regímenes estatutario, funcionario y laboral (III): Jerarquía, convivencia normativa y escenario de aplicación en los Servicios de Salud”, *Actualidad del Derecho Sanitario/2008/Nº 47*, pp.227 a 234.

Sanitaria⁸⁴ cuyo artículo 49.2 en materia de personal sólo señalaba que la clasificación y régimen jurídico del personal debería regirse por las disposiciones que le fueran aplicables atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo. El mantenimiento del régimen jurídico preexistente se establecía en la disposición transitoria sexta, en referencia a los preexistentes Estatutos. Dicha norma ha sido sustituida por la Ley 18/2009 de salud pública⁸⁵, cuyas previsiones en materia de personal fueron derogadas por la Ley 2/2014 de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público. Con posterioridad se aprueba el Decreto 256/2013, de 26 de noviembre, por el que se crea el Registro de profesionales sanitarios de Cataluña y se establecen los criterios generales y requisitos mínimos de los registros públicos de profesionales sanitarios en el ámbito de Cataluña⁸⁶, pero ésta norma se limita a establecer las profesionales sanitarias, sin agrupación alguna mediante un sistema de categorías. La Ley 8/2007 del Instituto Catalán de la Salud⁸⁷ crea este medio propio instrumental y de servicio técnico de la Administración de la Generalitat, con el objetivo de prestar los servicios sanitarios mediante el sistema del contrato-programa suscrito con el Servicio Catalán de la Salud. Su artículo 19, en materia de personal, establece los diferentes regímenes jurídicos a los que puede estar sometido, diferenciando entre personal estatutario, funcionario o laboral, con remisión directa al Estatuto Marco. Finalmente, el Decreto 13/2009 por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Catalán de la Salud⁸⁸, efectúa en su artículo 38 una somera ordenación del personal a su servicio estructurándolo en base a los conceptos de grupo, subgrupo, categoría o agrupación profesional y puesto de trabajo, con remisión al EBEP, y demás normativa de aplicación. En cuanto a las categorías u otras agrupaciones profesionales, señala como elementos característicos el régimen jurídico de su vinculación y de competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados en un proceso selectivo. Los grupos y subgrupos de clasificación profesional surgen en función de las titulaciones exigidas para el acceso y en el caso de los subgrupos del grupo A también por el nivel de responsabilidad de las funciones a desarrollar y por las características del proceso selectivo, en cumplimiento estricto de las previsiones de la legislación básica estatal.

⁸⁴ DOGC núm. 1324, de 30 de julio de 1990. BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1990.

⁸⁵ Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública. BOC núm. 5495 de 30 de octubre de 2019.

⁸⁶ BOC núm. 6511, de 28 de noviembre de 2013.

⁸⁷ Ley 8/2007, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud. DOGC núm. 4940, de 03 de agosto de 2007. BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2007.

⁸⁸ DOGC de 9 de febrero de 2009.

La Ley de Ordenación Sanitaria de Castilla y León⁸⁹ hace referencia al personal en el artículo 34, sin regulación alguna de las categorías, pero su disposición final segunda mantiene la vigencia casi íntegra de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León⁹⁰. El Capítulo V de tal norma dedica sus tres primeros artículos a realizar una clasificación del personal a su servicio. Para ello sigue el tradicional sistema de separación entre el personal sanitario y de gestión y servicios, con división en virtud de la necesidad de posesión de titulación universitaria de grado medio o superior o de formación profesional, dividido a su vez entre técnicos superiores y técnicos. Establece así mismo una categoría residual para personal al que se exige certificación acreditativa de los años cursados o de las calificaciones de la ESO o título equivalente. Su artículo 25 deja abierta la posibilidad de fijar “criterios de agrupación unitaria de las funciones, competencias y aptitudes profesionales, de las titulaciones y de los contenidos específicos de la función a desarrollar” como forma de establecer las categorías profesionales⁹¹. Asume por tanto la posibilidad de crear especialidades dentro de las categorías⁹². Estos criterios generales se completan con un detallado desarrollo en el Anexo I de la norma, en el que se establecen tanto las categorías como las especialidades, con diferenciación entre categorías sanitarias y de gestión y servicios y en función de la titulación habilitante para el acceso, acompañada de una descripción de las funciones más relevantes de cada una de las categorías. Constituye por tanto el desarrollo más completo del sistema de categorías de un servicio de salud.

La Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid⁹³ únicamente se refiere a las categorías del personal en el artículo 87.2, en el que señala que “deberá regirse por las disposiciones que respectivamente le sean aplicables atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo”, previsión que reitera en la disposición adicional sexta. Esta limitada regulación se

⁸⁹ Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del sistema de salud de Castilla y León. BOE núm. 235, de 28 de septiembre de 2010.

⁹⁰ BOE núm. 80, de 3 de abril de 2007.

⁹¹ “Instrumentos de ordenación de personal sanitario en el SNSRRHH 2010 (II)”, Actualidad del Derecho Sanitario/2019/ n° 172, pp.451 a 459.

⁹² Peláz Hernández, J.J. “Procedimiento de creación, modificación o supresión de categorías profesionales y desarrollo de la integración en el nuevo sistema de clasificación del personal estatutario del servicio de salud de Castilla y León” *Estudios sobre Derecho de la Salud: selección de intervenciones en el III Encuentro Interautonómico sobre Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*, Tomillo Urbina, J.L. (Coord.), 2011, pp. 575 a 586.

⁹³ Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. BOCM núm. 306, de 26 de diciembre de 2001. BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2002.

asume en normas tales como el Decreto 24/2008⁹⁴, artículo 11. Regulación más detallada se encuentra en normas accesorias, como puede ser el Acuerdo de 31 de julio de 2018, del Consejo de Gobierno⁹⁵, por el que se aprueba el Acuerdo adoptado en la Mesa Sectorial. Su artículo 7, al tratar el ámbito de aplicación de la carrera profesional, delimita las categorías profesionales en categorías sanitarias del área de formación profesional, correspondientes a los grupos de clasificación profesional C1, C2.; categorías de gestión y servicios correspondientes a los grupos de clasificación profesional A1, A2, C1, C2 y E y categorías y agrupaciones profesionales de los Hospitales Fundación Alcorcón y Empresas Públicas Fuenlabrada y UCR en categorías homólogas recogidas en los anteriores apartados, en la forma y condiciones que se determine. Amplía así el sistema ya reconocido para el personal de categorías sanitarias de licenciados y diplomados en el apartado 2 del Acuerdo de 4 de julio de 2018, de la Mesa Sectorial de Sanidad, e instaura un sistema con discordancias con el reconocido en el artículo 76 del EBEP.

Esta pléyade de normas, y las diferentes opciones tomadas por cada Comunidad Autónoma, mantienen como característica común, salvo en el caso de Castilla y León, el carecer de una regulación completa acomodada a la normativa nacional básica, así como el mantenimiento de sistemas de clasificación previos con remisiones continuas a futuros desarrollos. Sí que se observa la opción común por mantener la tradicional diferenciación entre personal sanitario y personal no sanitario, como reliquia heredada del sistema de Estatutos. Todo ello nos lleva a concluir que la adecuación del sistema de categorías profesionales del Estatuto Marco y del EBEP sigue en la actualidad y tras 14 años de la inicial aprobación de la más reciente de tales normas, pendiente de desarrollo.

La ausencia de regulación completa, y la pervivencia temporal de la vigencia de la disposición transitoria tercera, tanto del inicial EBEP como del texto de 2015, ha sido objeto de estudio por el Tribunal Supremo. Así, la Sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de octubre de 2020⁹⁶, haciendo referencia expresa a las directrices de Técnica Normativa aprobadas por Resolución de 28 de julio de 2005, que da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, punto I g).40⁹⁷, aclara que el objetivo de las

⁹⁴ 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 de 9 de abril de 2008.

⁹⁵ Acuerdo de 31 de julio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo adoptado en la Mesa Sectorial de Sanidad entre la Administración Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud y las organizaciones sindicales presentes en la misma con fecha 29 de noviembre de 2017 por el que se aprueba el Acuerdo adoptado en la Mesa Sectorial y se procede a la recuperación progresiva de la carrera profesional del personal estatutario fijo del Servicio Madrileño de Salud. BOCM núm. 187, de 7 de agosto de 2018.

⁹⁶ Recurso 196/2019. Resolución 1365/2020.

⁹⁷ BOE de 29 de julio de 2005.

disposiciones transitorias implica que: “Deberán utilizarse con carácter restrictivo y delimitar de forma precisa la aplicación temporal y material de la disposición transitoria correspondiente”.

Y, en base a la pervivencia de la transitoriedad, la Sentencia, en Recurso de Casación Administrativa, señala como respuesta a la cuestión de interés casacional: “A la vista de lo argumentado en el fundamento anterior y en razón de las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, la respuesta es que se puede asignar a un puesto de trabajo un nivel que se encuentre fuera del intervalo legalmente establecido cuando, como en el caso de autos, la duración temporal de la disposición transitoria del Estatuto del Empleado Público se prolonga indefinidamente en el tiempo.”

Determina por tanto este fallo la posibilidad de inaplicar la disposición transitoria tercera del EBEP, con efecto directo del artículo 76 del mismo texto legal, lo que, a la vista de la regulación expuesta, tiene una gran importancia en el régimen de categorías profesionales señalado en el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, Ley 55/2003, que deberá adecuarse al propio del EBEP.

5. PUNTOS DE FRICCIÓN DE LA COEXISTENCIA NORMATIVA Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN: GRUPOS Y CONSECUENCIAS RETRIBUTIVAS

La obligatoriedad de que la clasificación profesional del personal estatutario se ajuste a la regulación del EBEP es indudable. Para ello se debe proceder a la modificación del régimen actual, lo que se tiene que efectuar mediante norma con rango de Ley, ya sea estatal o de la Comunidad Autónoma. La única posibilidad de exceptuar tal reserva de Ley sería la modificación del texto de la Ley de Función Pública de la correspondiente Comunidad, o del propio EBEP, y ello no se ha producido hasta el momento.

Por tanto, la reserva a norma con rango de Ley está vigente y es aplicable en todo el territorio nacional, y se debe cohonstar con los presupuestos del artículo 37 del EBEP, que, como ya se ha mencionado, atribuye a los interlocutores sociales una cierta intervención en el nuevo sistema de clasificación profesional. Así, se establecen como materias objeto de negociación no solo las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos – apartado c)-, sino que expresamente se contemplan como contenido de negociación las normas que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley- apartado k). De la conjunción de ambos apartados se deriva la obligada

negociación de las normas en materia de clasificación de puestos de trabajo y sus consecuencias retributivas con reserva de Ley.

Se exige de esta manera la negociación de las condiciones de adaptación de las categorías profesionales estatutarias a los presupuestos del EBEP, y que la norma resultante se materialice con rango de Ley. Tales presupuestos implican la imposibilidad de desarrollo unilateral por el ejecutivo correspondiente mediante Decreto, lo que dificulta el éxito del desarrollo. Esta es, claramente, una de las causas de los escasos logros que se han detallado en los anteriores epígrafes.

Tal y como ya se ha señalado, solo Navarra y La Rioja, y en menor medida Andalucía y Madrid, han desarrollado procesos de negociación que han culminado en normas que afectan al régimen de categorías. El sistema mayoritario ha sido el recurso a la emisión de informes previos, aportaciones y alegaciones a instrumentos normativos formulados por las Administraciones, lo que pone en duda el carácter negociado de las normas.

Para valorar las reales dificultades que ofrece la adecuación normativa de las Comunidades Autónomas al régimen del EBEP, hay que identificar los puntos de fricción entre las categorías preexistentes en el ámbito sanitario y el EBEP, teniendo como objeto la necesaria finalización de la transitoriedad de la disposición transitoria tercera, con aplicación directa del artículo 76 del EBEP. Así, sobresale la configuración en el EBEP de los distintos niveles de cualificación profesional (A1; A2; B; C1; C2) atendiendo a la competencia profesional requerida por las actividades productivas. Esta se basa, como es sabido, en criterios de complejidad de la tarea, titulación, conocimientos necesarios para su realización, iniciativa, autonomía y responsabilidad, de la actividad desarrollada.

La adecuación más sencilla pasa por el abandono de las categorías A y B históricas y el paso al Grupo A, con su subdivisión en A1 y A2. El artículo 76 del EBEP señala para el acceso a este Grupo la exigencia del título universitario de Grado, determinando la clasificación de los cuerpos y escalas en cada subgrupo en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.

En aplicación de estas previsiones, y realizando la subdivisión del personal estatutario con un criterio de objetividad que diera lugar a los mínimos contenciosos, podrían quedar fácilmente incluidos en el subgrupo A1 los titulados en Medicina, tanto especialistas como facultativos; titulados en Biología, Física, Psicología, Derecho, Economía Informática, Enfermería Especialista y todos aquellos profesionales a los que se hubiera exigido para el acceso titulación superior de grado de 240 o más créditos ECTS con especialización posterior. Se trata, por tanto, del colectivo actualmente integrado en el Grupo A.

En el subgrupo A2 se incluiría al personal con titulación superior de grado de 240 créditos ECTS o menos, sin especialización posterior. Así, a título de ejemplo

y sin ánimo de exhaustividad, titulación de acceso de Enfermería; Fisioterapia, Dietética, Logopedia, Trabajo Social, Podología, etc. Es decir, el colectivo integrado mediante la disposición transitoria tercera del EBEP en el antiguo grupo B. Con miras a garantizar el cumplimiento del artículo 76, las características de las pruebas de acceso deberán tener una dificultad inferior a la requerida para el acceso al subgrupo A1, y el nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar deberá ser inferior al establecido para el personal con titulaciones de acceso que permitan la incardinación en el grupo A1.

El Grupo B, para el que el artículo 76 del EBEP requiere estar en posesión del título de Técnico Superior, debería incluir a los profesionales con titulación de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería; Técnico/a de emergencias sanitarias; Técnico/a de farmacia; Gobernante/a; Técnico/a especialista en radiodiagnóstico y medicina nuclear; Técnico/a especialista en laboratorio; Técnico/a especialista en radioterapia; Técnico/a especialista en documentación sanitaria; Técnico/a especialista en anatomía patológica y citodiagnóstico; Técnico/a especialista dietista y Técnico/a especialista higienista. Se trata de categorías procedentes del antiguo grupo C por mor de la reiterada disposición transitoria tercera.

Se incluiría por tanto al personal con alguna de las titulaciones de formación profesional de rama sanitaria reconocidas en la actualidad: Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citodiagnóstico; Técnico Superior en Audiología Protésica; Técnico Superior en Documentación y Administración Sanitarias; Técnico Superior en Higiene Bucodental; Técnico Superior en Imagen para el Diagnóstico y Medicina Nuclear; Técnico Superior en Laboratorio Clínico y Biomédico; Técnico Superior en Ortoprótisis y Productos de Apoyo; Técnico Superior en Prótesis Dentales o Técnico Superior en Radioterapia y Dosimetría. En el ámbito no sanitario, incluiría a los Técnicos Superiores en Dirección de Cocina; Técnico Superior en Administración y Finanzas; listado en todo caso con ánimo enunciativo.

Mayores problemas surgen en el encuadramiento del resto del personal del antiguo Grupo C, dividido ahora en dos Subgrupos, C1 y C2. Según la titulación exigida para el ingreso, el subgrupo C1 requiere un Título de Bachiller o Técnico y el C2, el Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria. Las dificultades nacen aquí de la inexistencia de titulaciones específicas para algunas de las categorías preexistentes en el ámbito sanitario (por ejemplo, pinches, planchadores/as, costureros/as o algún personal de oficios).

Estas se pueden solventar, no obstante, con el recurso a los certificados de profesionalidad. Tales documentos acreditan las competencias y delimitan el perfil profesional de un trabajador en una cualificación profesional del Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales⁹⁸, siendo parte del nuevo marco

⁹⁸ Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad. BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008.

formativo a nivel europeo que identifica competencias profesionales y garantiza su reconocimiento en toda Europa.

La utilización de este sistema se ampararía en el Instituto Nacional de Cualificaciones⁹⁹ (INCUAL), como institución técnica con capacidad para alcanzar los objetivos del sistema nacional de cualificaciones y formación profesional mediante la definición, elaboración y actualización del Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales¹⁰⁰ y el Catálogo Modular de Formación Profesional. Para ello se entiende como cualificación profesional el conjunto de conocimientos y capacidades que permiten dar respuesta a ocupaciones y puestos de trabajo. Se clasifica en virtud de la competencia profesional requerida en función de criterios de complejidad de la tarea, conocimientos necesarios para su realización, iniciativa y autonomía requerida y responsabilidad asumida en la actividad desarrollada¹⁰¹.

El recurso a las cualificaciones profesionales permitiría incardinar categorías preexistentes, carentes de titulación, en los grupos reconocidos en el artículo 76 del EBEP. Para ello sería necesaria, en todo caso, la modificación de los criterios de acceso en las nuevas Ofertas Públicas de Empleo en el ámbito sanitario, y la adecuación de parte del personal estatutario, dado que actualmente los certificados de profesionalidad no están reconocidos para el acceso a un grupo profesional en el Sistema Nacional de Salud.

Por tanto, las cualificaciones profesionales parecen el recurso apropiado, dado que la alternativa pasa por la formación reglada, con el acceso a certificados de profesionalidad. Este recurso a la formación reglada podría ser útil en el actual contexto, pero se encuentra, no obstante, muy limitado por el hecho de que en la actualidad solo hay tres certificados de profesionalidad reconocidos en el ámbito sanitario: Tanatopraxia¹⁰²; Atención Sanitaria múltiples víctimas y catástrofes

⁹⁹ Real Decreto 375/1999, de 5 de marzo, por el que se crea el Instituto Nacional de las Cualificaciones. BOE del 16 de marzo de 1999. Este organismo es el referente para la acreditación de las competencias profesionales adquiridas mediante la experiencia laboral y el aprendizaje no formal, cumpliendo con los requerimientos que la Unión Europea ha establecido para la creación de un Marco Europeo de las Cualificaciones que posibilite una mayor movilidad entre Estados.

¹⁰⁰ Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales. BOE del 17 de septiembre de 2003.

¹⁰¹ Con tales criterios la clasificación se efectúa en los siguientes niveles: N1.- actividad simple, conocimientos limitados; N2.- actividad bien determinada, trabajo que puede ser autónomo; N3.- actividad que requiere dominio, responsabilidad, supervisión y evaluación; N4.- actividad con complejidad científico-técnica, económica o de desarrollo de proyectos; N5.- actividad con gran complejidad y gran autonomía en contextos impredecibles.

¹⁰² Real Decreto 1535/2011, de 31 de octubre, por el que se establece un certificado de profesionalidad de la familia profesional Sanidad que se incluye en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad. BOE núm. 295, de 8 de diciembre de 2011.

y Transporte Sanitario¹⁰³. Con tales titulaciones, únicamente las categorías de ayudante de autopsia y celador, conductor y celador-conductor, respectivamente, resultan incardinadas en sus listados de objetivos, y por tanto pueden acceder mediante certificado de profesionalidad.

Esta profesionalización requeriría, es menester dejar constancia, la modificación del sistema de cualificaciones por parte del INCUAL. Así, la exigencia de título de Bachiller o Técnico para resultar incluido en el Grupo C1 se podría solventar con la creación de nuevos títulos de Formación Profesional adecuados a las categorías profesionales existentes en el Sistema Nacional de Salud. Se podría hablar del título de Técnico en integración social para los monitores de salud mental; Técnico de confección y moda para costureros/as; o Técnico en alojamiento sanitario para la categoría de gobernantes/as.

En el mismo sentido, en relación con el subgrupo C2, podría crearse un certificado de profesionalidad de hostelería hospitalaria para las categorías de pinche, planchador/a y lavandera/o; o certificado de profesionalidad en atención al público sanitario para telefonistas, a título meramente ejemplificativo. Para la mejor adecuación de la situación a las obligaciones contenidas en el artículo 76 del EBEP; parte del contenido formativo se podría sustituir por años de prestación de servicio en la correspondiente categoría. Ello requeriría una mínima modificación del Real Decreto regulador de las cualificaciones profesionales para incluir estas como equivalentes al título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria.

La trascendencia de las modificaciones propuestas es, en primer lugar, la dignificación de ciertas categorías profesionales, dado que el acceso a las mismas mediante titulaciones residuales, sin acreditación de capacidades y competencias supone un cierto menosprecio de las funciones desarrolladas. Además, el incumplimiento de los requerimientos del Marco Europeo de las Cualificaciones imposibilita la movilidad de este personal entre Estados de la Unión Europea con reconocimiento de sus capacidades profesionales acreditadas en España.

Pero además, y como no podía ser de otra forma, estas modificaciones tienen una faceta crematística. La Ley de Presupuestos Generales del Estado¹⁰⁴, artículo 18, determina las prestaciones salariales del personal al servicio de la Administración Pública en referencia a las categorías profesionales, en los siguientes términos:

¹⁰³ Real Decreto 710/2011, de 20 de mayo, por el que se establecen dos certificados de profesionalidad de la familia profesional Sanidad que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad. BOE núm. 155, de 30 de junio de 2011.

¹⁰⁴ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020.

Grupo/Subgrupo EBEP	Sueldo (Euros)	Trienios (Euros)
A1	14.572,68	560,88
A2	12.600,72	457,44
B	11.014,68	401,28
C1	9.461,04	346,20
C2	7.874,16	235,68
E (Ley 30/1984) y Agrupaciones Profesionales (EBEP)	7.206,96	177,36

Por tanto, la inclusión en uno u otro grupo del EBEP, y la aplicación directa del artículo 76, con superación de las previsiones de la disposición transitoria tercera tiene efectos económicos directos en el personal estatutario. Como ha refrendado el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de octubre de 2020, la falta de adaptación a las previsiones del artículo 76, y la permanencia de la transitoriedad de la disposición transitoria tercera del EBEP, debe ser desterrada. Así, este pronunciamiento judicial ha otorgado a los trabajadores que se vean negativamente afectados por la pervivencia de su incardinación en los grupos previos, la posibilidad de interponer acciones judiciales para su clasificación conforme al sistema del artículo 76 del EBEP, con las consiguientes consecuencias económicas.

Salvo que las Administraciones se quieran encontrar con una cascada de demandas judiciales, previsiblemente estimatorias para los intereses del personal estatutario, es necesaria la modificación del actual sistema de categorías profesionales en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, con la profesionalización de aquellas que hasta el momento no tienen titulación habilitante para el acceso y una adecuada incardinación en las categorías del artículo 76 del EBEP, con todas las consecuencias anudadas a tales modificaciones.

Mercado de trabajo

EL GASTO PÚBLICO EN POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN ESPAÑA

LLUÍS FRANCO I SALA

Profesor Titular de Economía Aplicada

Universidad de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: políticas activas de empleo; gasto público; evaluación de políticas públicas; mercado de trabajo; desempleo

Las políticas activas de empleo se consideran fundamentales para favorecer el aumento de la ocupación y la disminución del desempleo. El objetivo de este trabajo es examinar el gasto público que se realiza en estas políticas, el esfuerzo presupuestario que representa, su alcance y eficacia. Se han examinado los importes y su distribución entre las diferentes medidas adoptadas en los años 2004-2019. Los resultados obtenidos permiten distinguir dos subperíodos. Entre los años 2004 y 2012, el gasto público se destina mayoritariamente a los incentivos al empleo y a la formación. En cambio, entre los años 2013 y 2019, hay una mayor distribución de los recursos entre las diferentes categorías. También muestran que el esfuerzo presupuestario en términos de producto interior bruto se sitúa entre el 0,52% y el 0,84%, así como que el alcance del gasto público en políticas activas en relación con la tasa de paro está entre el 0,02 y el 0,08. Asimismo, se observa que este gasto y el número de ocupados están correlacionados positivamente. Se concluye que el esfuerzo presupuestario es relativamente pequeño y el alcance es reducido, si bien el gasto público en políticas activas favorece moderadamente el empleo durante el período considerado.

ABSTRACT

Key words: active labour market policies; public expenditure; public policy evaluation; labour market; unemployment

Active labour market policies are considered fundamental to favour the increase in employment and the reduction of unemployment. The objective of this paper is to examine public expenditure in these policies, the budgetary effort they represent, their scope and effectiveness. The amounts and their distribution among the different measures adopted in the years 2004-2019 have been examined. The results obtained make it possible to distinguish two sub-periods. Between 2004 and 2012, public expenditure is mostly allocated to employment incentives and training. On the other hand, between 2013 and 2019, there is a greater distribution of resources between the different types of actions. They also show that the budgetary effort in terms of gross domestic product is between 0.52% and 0.84%, and that the scope of public expenditure on active policies in relation to the unemployment rate is between 0.02 and 0.08. It is also observed that this expenditure and the number of employees is positively correlated. It is concluded that the budgetary effort is relatively small, and the scope is reduced, although public expenditure on active policies favours employment moderately during the period considered.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. METODOLOGÍA
3. RESULTADOS
 - 3.1. Gasto público en políticas activas de empleo (importes y categorías)
 - 3.2. Esfuerzo presupuestario en políticas activas de empleo
 - 3.3. Alcance de las políticas activas de empleo
 - 3.4. Relación entre gasto público en políticas activas y empleo
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Las políticas activas de empleo se consideran fundamentales para favorecer el aumento del empleo y la disminución del desempleo. Estas políticas están formadas por el conjunto de programas y de medidas de orientación, intermediación y formación que tienen como finalidad, por un lado, incrementar las posibilidades de inserción de los demandantes de empleo en el mercado de trabajo, y por otro, mejorar la formación y la recualificación de los trabajadores ocupados. También se tiende a considerar integradas en las mismas las medidas destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social. Como señalan Felgueroso y Jansen (2015), “las políticas activas cumplen no sólo con su función de inserción laboral, sino también con una función preventiva, facilitando e incentivando el acceso a la formación” (pp. 36-37). Estas políticas se aplican en todos los países de la Unión Europea.

La aplicación de políticas activas favorece el empleo tanto en los períodos de crisis de los ciclos económicos como en los períodos de expansión. En los primeros, reducen los efectos negativos que las pérdidas de actividad económica provocan en el empleo. En los segundos, facilitan el buen funcionamiento del mercado de trabajo y el aumento de la ocupación. Y con ello, el incremento de la producción, el refuerzo del crecimiento económico, la mejora de los saldos presupuestarios, la sostenibilidad de las prestaciones relacionadas con el Estado del bienestar... Sobre esta cuestión, Card et al. (2018, p. 928) al analizar los impactos de las políticas activas de empleo a partir de 207 estudios señalan, entre sus conclusiones, que estas políticas tienden a tener un mayor impacto en los períodos de bajo crecimiento y mayor desempleo.

A pesar de la incidencia económica y social de las políticas activas, los análisis y las evaluaciones de estas políticas y de los recursos económicos aplicados, así como su eficacia, son escasos en el caso español que presenta elevadas y persistentes tasas de paro. Como indican Cueto y Suárez (2015), “[e]l papel de las evaluaciones resulta clave para transformar las políticas activas en instrumentos eficientes y útiles para que los parados mejoren sus probabilidades de vuelta al empleo” (p. 306). Asimismo, como exponen Osuna y Bueno (2007), “la evaluación de las

políticas de empleo... tiene muchas bondades que aportar para mejorar el diseño, ejecución y resultados e impactos de estas actuaciones, desde una perspectiva independiente del gestor y para beneficio de éste y del ciudadano” (p. 78).

El análisis de la aplicación de los recursos públicos y de sus resultados es un elemento necesario para la toma de decisiones futuras, buscando los programas y medidas que probablemente permitan obtener los mejores efectos. Gutiérrez-Domènech (2015) expone que:

las políticas activas deben ser parte integrante de cualquier estrategia de lucha contra el desempleo que trate de obtener resultados permanentes. No son políticas sencillas de concretar, ni baratas, y, por ello, conocer, difundir y adaptar las mejores prácticas debería ser una exigencia básica en cualquier país (p. 39).

La normativa española establece la realización de evaluaciones en materia de políticas activas. La ley de empleo¹ dispone en el artículo 10, apartado 5, que “[I] a Estrategia Española de Activación para el Empleo² tendrá carácter plurianual y podrá ser objeto de revisión, mejora y actualización. A su finalización se realizará una evaluación de la misma”. Asimismo, en el artículo 11, apartado 1, dispone que los Planes Anuales de Política de Empleo concretarán los objetivos de la estrategia “así como los indicadores que se utilizarán para conocer y evaluar anualmente el grado de cumplimiento de los mismos”. Además, el artículo 39 (bajo el título “evaluación continuada de las políticas activas de empleo”), párrafo primero, señala que “[a]nualmente, el Gobierno presentará una memoria sobre el gasto, incluido el necesario para la gestión del sistema, y los resultados de las políticas activas de empleo en el conjunto del Estado con el objetivo de otorgar mayor transparencia a las políticas de empleo y de formación, al tiempo que contribuye a garantizar la eficacia y eficiencia del gasto en consonancia con los objetivos fijados”.

La Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020³ establece entre los objetivos estructurales del eje 6 (“mejora del marco institucional del Sistema Nacional de Empleo”) el “6.6. Desarrollo e implantación de una

¹ Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. (2015). *Boletín Oficial del Estado*, 255, sec. I, de 24 de octubre de 2015, 100309 a 100336.

<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/3>.

² “La Estrategia Española de Activación para el Empleo reflejará las políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se desarrollan en el conjunto del Estado, e incluirá tanto los servicios y programas que realizan los servicios públicos de empleo con fondos estatales como los que las comunidades autónomas realizan con recursos económicos propios” (artículo 10.3 de la Ley de Empleo).

³ Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020. (2017). *Boletín Oficial del Estado*, 305, sec. I, de 16 de diciembre de 2017, 124186 a 124217. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/12/15/1032>.

metodología común para la evaluación del impacto de los programas de políticas de activación”. Además, dedica un apartado al “seguimiento y evaluación” que tienen que realizarse (apartado y cuestión que también se contemplan en la Estrategia Española de Empleo 2012-2014⁴ y en la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016⁵), donde, entre otros extremos, establece como se debe realizar el seguimiento y evaluación de servicios y programas.

Los Planes Anuales de Política de Empleo establecen los indicadores para seguir el grado de cumplimiento de los objetivos⁶. El Plan Anual de Política de Empleo 2012⁷ empezó a introducir la evaluación de las políticas activas de empleo con la finalidad de mejorar su eficacia y eficiencia y conseguir una mayor incidencia en la empleabilidad de los trabajadores. A partir del de 2013 con un 15%, y de manera progresiva en los siguientes años hasta suponer el 100% en los de 2017 y 2018, se condiciona el reparto de la asignación de los fondos para políticas activas al cumplimiento de los objetivos del año anterior por parte de las Comunidades Autónomas (García, 2018, pp. 324-325).

Aún con estos avances en materia de evaluación en los planes anuales de política de empleo, el estudio sobre la evaluación del gasto público en políticas activas de empleo realizado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (2019) señala, entre las propuestas que efectúa en el ámbito de la financiación, la “[p]uesta en marcha de un sistema de evaluación anual y seguimiento mensual presupuestario vinculado al PAPE [Plan Anual de Política de Empleo], estableciendo un modelo de indicadores compartido para todos los agentes del sistema...” (p. 55).

Los recursos económicos públicos, a pesar de la importancia que representan en el conjunto de la economía de los países de la Unión Europea, son limitados y tienen que aplicarse, de forma eficaz y eficiente, a múltiples programas de gasto

⁴ Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014. (2011). *Boletín Oficial del Estado*, 279, sec. I, de 19 de noviembre de 2011, 121069-121155. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/10/31/1542>

⁵ Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016. (2014). *Boletín Oficial del Estado*, 231, sec. I, de 23 de septiembre de 2014, 73996-74023. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2014/09/05/751>.

⁶ “Los Planes Anuales de Política de Empleo concretarán, con carácter anual, los objetivos de la Estrategia Española de Activación para el Empleo a alcanzar en el conjunto del Estado y en cada una de las distintas comunidades autónomas así como los indicadores que se utilizarán para conocer y evaluar anualmente el grado de cumplimiento de los mismos” (artículo 11.1 de la Ley de Empleo).

⁷ Resolución de 24 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2012. (2012). *Boletín Oficial del Estado*, 186, sec. I, de 4 de agosto de 2012, 55712-55770. [https://www.boe.es/eli/es/res/2012/07/24/\(4\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2012/07/24/(4)).

público. La aplicación de recursos a una medida, a un programa o a un colectivo tiene costes de oportunidad para otras medidas, programas o colectivos a los que consecuentemente se les aplican menos recursos de los que se les hubiera dotado o incluso dejan de realizarse. Asimismo, las limitaciones en el gasto presupuestario derivadas de los objetivos de déficit y de endeudamiento públicos inciden aún más en la necesidad de control y evaluación de todas las políticas públicas.

Por todo ello, el objetivo de este artículo es exponer el gasto público que se realiza en políticas activas de empleo en España en el período 2004-2019, su distribución entre las diferentes categorías o clases de medidas en las que se aplica, el esfuerzo presupuestario que representa, su alcance atendiendo al nivel de paro existente y su eficacia en relación con el número de ocupados.

2. METODOLOGÍA

La metodología seguida ha consistido, por un lado, en el análisis de datos. Se han analizado las bases de datos de los años 2004 a 2019 de *Labour Market Policy* de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea. También se han examinado bases de datos de Eurostat y del Instituto Nacional de Estadística (INE) relativas al mercado de trabajo y a la contabilidad nacional. Por otra parte, se ha realizado un análisis documental de informes y estudios, así como se ha revisado la bibliografía sobre la materia.

Se examinan los importes del gasto público en políticas activas y su distribución entre las diferentes categorías de medidas adoptadas desde el 2004 al 2019⁸. Las categorías o grupos de medidas considerados en este artículo son: servicios de mercado de trabajo⁹, formación, incentivos al empleo, empleo con apoyo y rehabilitación, creación de empleo directo e incentivos para la puesta en marcha.

También, a partir de los datos, se ha calculado: el esfuerzo financiero o presupuestario que representa el gasto público en políticas activas, determinado por el porcentaje del producto interior bruto (PIB) que significa este gasto; el alcance o intensidad de las políticas de empleo, deduciéndose del gasto en porcentaje del PIB por punto de tasa de paro; y la eficacia de las políticas activas, a través de la

⁸ Los importes de 2019 de las categorías de servicios de mercado de trabajo, formación y creación de empleo directo son provisionales en el momento de finalizar este artículo.

⁹ La categoría de servicios de mercado de trabajo, junto a los servicios y actividades propias de las políticas activas de empleo, también incluye servicios relacionados con la gestión de las prestaciones por desempleo. Ello puede suponer una leve sobreestimación de los importes del gasto público de los servicios de mercado de trabajo en políticas activas de empleo considerados.

relación entre el gasto público en estas políticas y el aumento o la reducción del número de ocupados¹⁰.

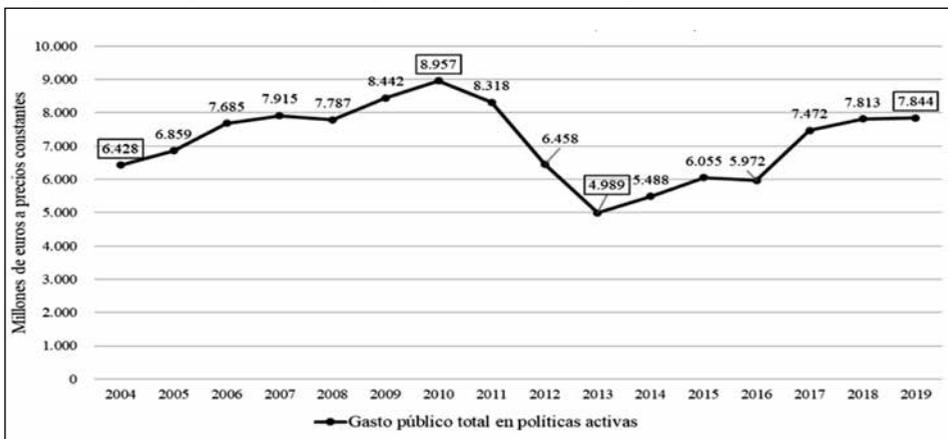
3. RESULTADOS

3.1. Gasto público en políticas activas de empleo (importes y categorías)

Los importes del gasto público en políticas activas de empleo en España durante el período 2004-2019, y su distribución entre las diferentes categorías de medidas adoptadas, se exponen en el presente apartado.

En la figura 1 se observa la evolución del gasto público total en políticas activas en millones de euros a precios constantes de 2010. Este gasto se sitúa entre un mínimo de 4.989 M€ en 2013 y un máximo de 8.957 M€ en 2010, con un importe promedio anual de 7.155 M€ en los años considerados. Asimismo, desde la perspectiva del aumento o de la disminución del gasto público total, se diferencian tres subperíodos: la tendencia es de aumento de 2004 a 2010, de disminución de 2010 a 2013, y vuelve a ser de incremento de 2013 a 2019. Esta evolución coincide bastante con el ciclo de la economía española durante estos años, en los que presenta tasas de crecimiento en los años 2004 a 2008, tasas de decrecimiento en los ejercicios 2009 a 2013, y otra vez tasas de crecimiento en los años 2014 a 2019.

Figura 1. Gasto público total en políticas activas de empleo (2004-2019).



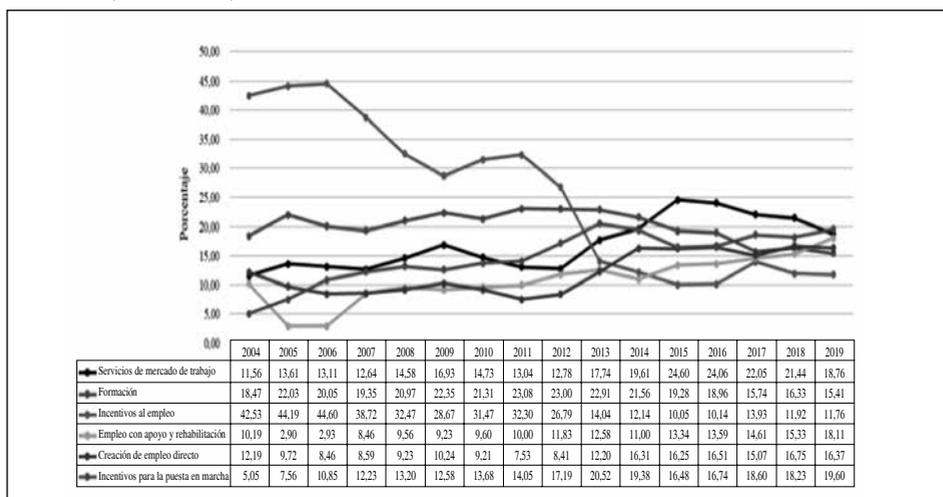
Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, y elaboración propia.

¹⁰ Los datos de desempleados, ocupados y tasas de paro son los referentes a la población de 15 a 64 años.

El gasto público en políticas activas de empleo se destina a diferentes medidas. Estas medidas están agrupadas, como se ha señalado en el apartado anterior, en seis categorías: servicios de mercado de trabajo, formación, incentivos al empleo, empleo con apoyo y rehabilitación, creación de empleo directo e incentivos para la puesta en marcha.

En la figura 2 se observa la distribución del gasto público en políticas activas por categorías, en porcentaje del total, así como su evolución en el período 2004-2019.

Figura 2. Gasto público en políticas activas de empleo por categorías en porcentaje del total (2004-2019).



Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, y elaboración propia.

Los resultados de la distribución de gasto público en políticas activas por categorías muestran que (ver Figura 2):

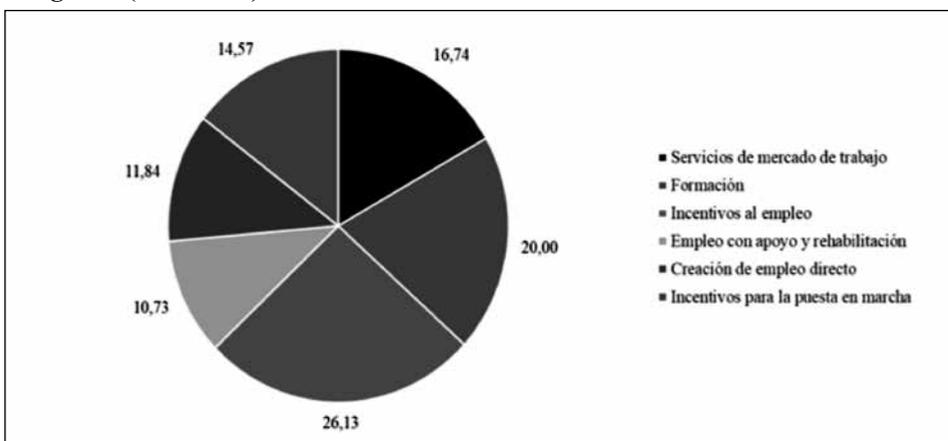
- En función del porcentaje del gasto público en las diferentes categorías, se distinguen dos subperíodos: de 2004 a 2012 y de 2013 a 2019.
- Entre los años 2004 y 2011, el porcentaje del gasto público conjunto en incentivos al empleo y en formación supera el 51% del total. Y en 2012, prácticamente significa el 50% (49,79%). Estos resultados están en la misma línea que los expuestos por Cueto y Suárez (2015), referentes a los años 2008, 2011 y 2014: “los incentivos al empleo y la formación se llevan en torno a la mitad de los recursos” (p. 287). En cambio, entre los años 2013 y 2019, el gasto se distribuye más igualitariamente entre todas las categorías.

c) La relevancia de los incentivos al empleo disminuye y la importancia de los servicios de mercado de trabajo aumenta a lo largo del período. El porcentaje del gasto público en incentivos al empleo se reduce del 44,60% en 2006 al 10,05% en 2015, y es del 11,76% en 2019. Sin embargo, el porcentaje del gasto público en servicios de mercado de trabajo incrementa del 11,56% en 2004 al 24,60% en 2015, y representa el 18,76% en 2019. Alujas (2019) también señala estos cambios para el período 2007-2016, al comparar el caso de España con otros países de la Unión Europea e indicar que pasa “de ser uno de los países cuya principal medida de gasto activo eran los incentivos al empleo ... a estar entre los que destacan en la categoría de los servicios de empleo” (p.185).

Los resultados también muestran la importancia que tienen cada una de las categorías en las políticas activas en el conjunto del período 2004-2019, según el porcentaje que representan del gasto público realizado en las mismas. De mayor a menor importancia se encuentran (ver Figura 3):

- a) incentivos al empleo (26,13%)
- b) formación (20,00%)
- c) servicios de mercado de trabajo (16,74%)
- d) incentivos para la puesta en marcha (14,57%)
- e) creación de empleo directo (11,84%) y
- f) empleo con apoyo y rehabilitación (10,73%)

Figura 3. Porcentaje del gasto público total en políticas activas de empleo según categorías (2004-2019).



Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, y elaboración propia.

Los incentivos al empleo son la categoría a la que se dedica un mayor porcentaje del gasto público en políticas activas en el conjunto del período (26,13%). Mediante los mismos se busca incidir en la contratación que realizan los empleadores, incentivando su incremento. A pesar de que, como señalan Cueto y Suárez (2015) o la Comisión Europea (2017), tienen un efecto limitado o una escasa eficacia en el aumento del empleo. De acuerdo con De la Rica (2015) “en términos generales presentan inconvenientes que reducen su eficacia, como los efectos de ‘peso muerto’¹¹ o ‘efecto de sustitución’¹², que es preciso tratar de evitar” (p. 26). No obstante, como se ha expuesto en líneas anteriores, la relevancia de los incentivos al empleo disminuye de los primeros años a los últimos, especialmente en el subperíodo 2013-2019.

La formación es la segunda categoría en porcentaje del gasto público en políticas activas en el conjunto del período (20,00%) y representa una quinta parte del total de los recursos destinados en los años considerados. La formación incide en los conocimientos y habilidades de los trabajadores. Una formación adecuada a las demandas del mercado de trabajo es un factor clave para la obtención, el mantenimiento o la mejora de empleo por parte de los trabajadores.

Los servicios de mercado de trabajo representan el 16,74% del gasto público total del conjunto de categorías durante los años 2004-2019. Comprenden las medidas en el mercado laboral en las que la actividad principal de los beneficiarios de éstas se encuentra relacionada con la búsqueda de empleo. La categoría de servicios de mercado de trabajo incluye el gasto público de las medidas de búsqueda de empleo tanto cuando los servicios y actividades son prestados por los servicios públicos de empleo como cuando lo son por otras entidades financiadas con fondos públicos. Como se ha señalado en líneas anteriores, a lo largo del período, aumenta la importancia de los servicios de mercado de trabajo.

Los incentivos para la puesta en marcha significan el 14,57% del gasto público total del conjunto de categorías durante el período considerado. Su importancia relativa ha ido aumentando a lo largo de los años, desde el 5,05% en 2004 hasta el 20,52% en 2013. A partir de este año siempre suponen una sexta parte o más del gasto total y, en concreto, el 19,60% del último ejercicio analizado.

¹¹ El término “peso muerto” hace referencia al efecto de la contratación de trabajadores por incentivos al empleo que también se hubieran contratado en ausencia de dichos incentivos. Si no se considera este hecho, se sobreestima el impacto de la aplicación de la medida de incentivos al empleo.

¹² El término “efecto de sustitución” hace referencia al efecto que se produce cuando los incentivos únicamente inducen a los empleadores a contratar determinados trabajadores como consecuencia del incentivo para reemplazar a otros que ya estaban empleados, pero no se incrementa el número de empleos en términos netos.

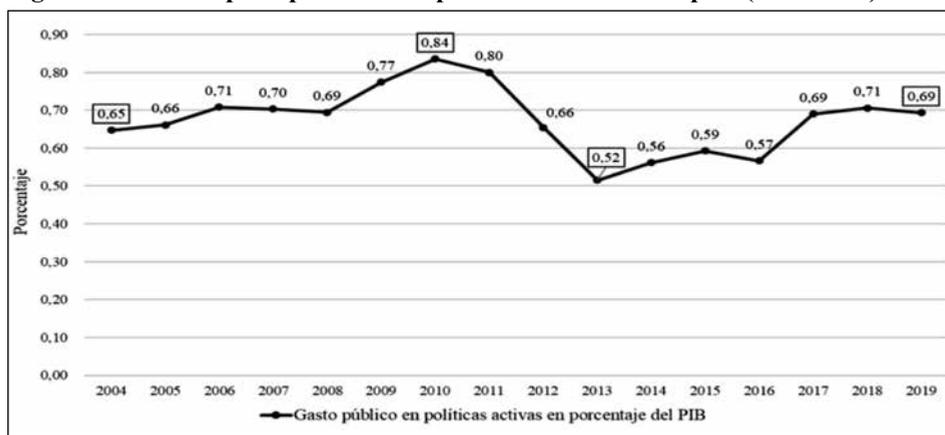
La creación de empleo directo supone el 11,84% del gasto público total del conjunto de categorías. Entre el 2004 y el 2012 está entre el 7,53% en 2011 y el 12,19% en 2004. En cambio, entre el 2013 y el 2019 su participación relativa aumenta y se sitúa entre el 12,20% en 2013 y el 16,75% en 2018.

La categoría del empleo con apoyo y rehabilitación es a la que se dedica menos porcentaje del gasto público total en políticas activas en el conjunto del período (10,73%). No obstante, en los últimos cinco años (2015 a 2019) supone entre el 13,34% en 2015 y el 18,11% en 2019.

3.2. Esfuerzo presupuestario en políticas activas de empleo

El esfuerzo presupuestario, o financiero, en políticas activas de empleo se determina por el gasto público total en estas políticas activas en porcentaje del PIB¹³. La figura 4 muestra el esfuerzo presupuestario en políticas activas de empleo en España durante el período 2004-2019. Se sitúa entre el 0,52% del PIB del 2013 y el 0,84% del PIB del 2010, con una media anual del 0,68% del PIB durante estos años. Asimismo, se observan tres subperíodos en el esfuerzo realizado en función de la tendencia de aumento o de disminución. Entre 2004 y 2010, la tendencia es de aumento, entre 2010 y 2013 de disminución, volviendo a ser de incremento entre 2013 y 2019.

Figura 4. Esfuerzo presupuestario en políticas activas de empleo (2004-2019).



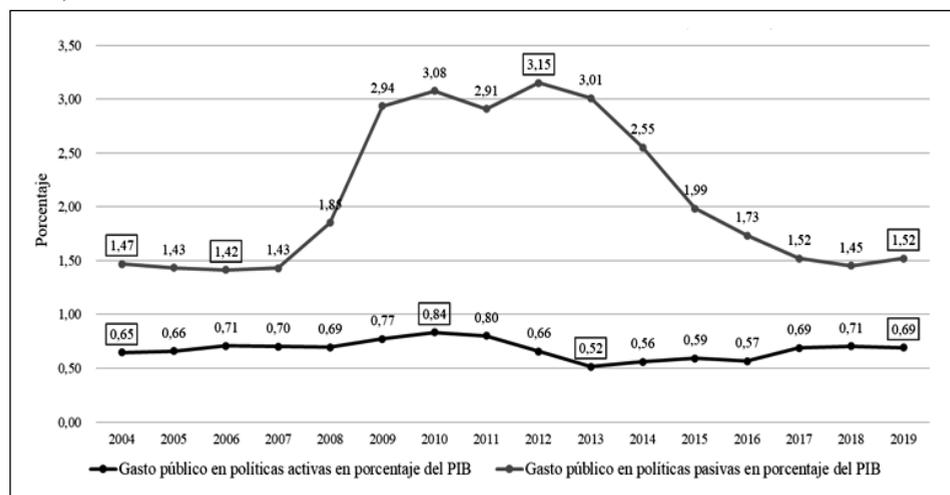
Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, y elaboración propia.

¹³ Esfuerzo presupuestario en políticas activas de empleo = (Gasto público total en políticas activas de empleo / PIB) x 100.

El esfuerzo presupuestario en políticas activas en España durante estos años es relativamente pequeño, tanto por el número de desempleados que tiene la economía española, como en comparación con el esfuerzo presupuestario de los países de la Unión Europea que más recursos destinan en términos de su PIB. Por ejemplo, en el 2018, el número de parados en España es de 3.470.200 y el esfuerzo presupuestario se sitúa en el 0,71% del PIB. Mientras tanto, el esfuerzo presupuestario en políticas activas este mismo año de Dinamarca es del 1,78% del PIB, el de Suecia del 1,07% del PIB y el de Finlandia del 0,90% del PIB.

La figura 5 muestra el esfuerzo presupuestario en políticas activas y en políticas pasivas en España en porcentaje del PIB. El gasto público en políticas pasivas de empleo está principalmente determinado por el número de parados y la tasa de cobertura de éstos. El esfuerzo presupuestario en políticas pasivas se sitúa entre el 1,42% del 2006 y el 3,15% del 2012. El promedio anual de los años 2004 a 2019 es el 2,09% del PIB. Asimismo, se observa que aumenta considerablemente en los años de la crisis económica 2008-2013.

Figura 5. Esfuerzo presupuestario en políticas activas y pasivas de empleo (2004-2019).



Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, y elaboración propia.

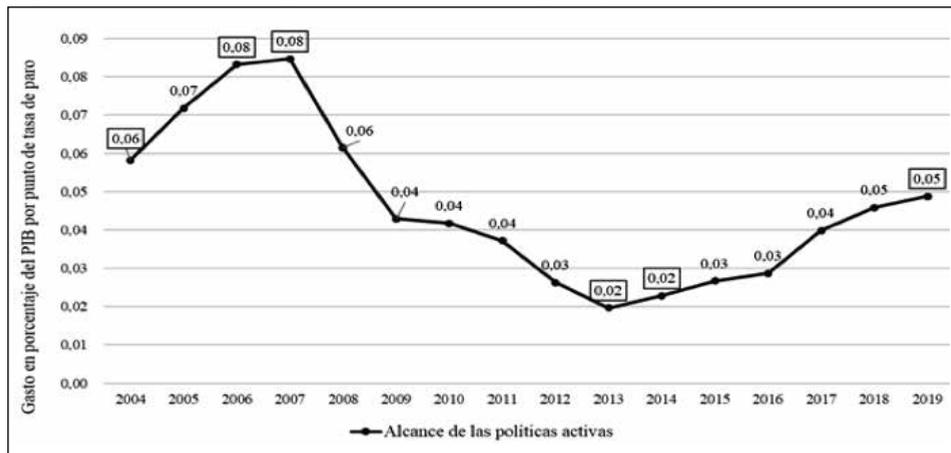
El esfuerzo presupuestario en políticas pasivas es superior al de las políticas activas durante todos los años del período 2004-2019. Las diferencias se sitúan entre el 0,71% del PIB en 2006 y el 2,49% del PIB de 2012 y 2013. El esfuerzo presupuestario en políticas pasivas es entre 2 y 5,8 veces superior al esfuerzo presupuestario en políticas activas. El promedio anual de la diferencia del gasto público en términos de PIB entre ambas políticas, de los años considerados, es del

1,42% del PIB (3,1 veces más en políticas pasivas). La diferencia aumenta durante los años de crisis económica y disminuye en los períodos de expansión económica. Las variaciones de las diferencias están determinadas básicamente por la evolución del esfuerzo presupuestario en políticas pasivas (ver Figura 5).

3.3. Alcance de las políticas activas de empleo

El alcance o intensidad de las políticas activas de empleo relaciona el gasto público total en políticas activas y el nivel de paro, deduciéndose del gasto en políticas activas en porcentaje del PIB por punto de tasa de paro¹⁴. La figura 6 muestra el alcance de las políticas activas de empleo en el período 2004-2019. Se sitúa entre el 0,02, del 2013 y 2014, y el 0,08 del 2006 y 2007, con una media anual del 0,05 en dichos años. A su vez, se observan tres subperíodos en el alcance de las políticas activas en función de las tendencias de aumento o de disminución. Entre 2004 y 2007, la tendencia es de aumento, entre 2007 y 2013 de disminución, volviendo a ser de incremento entre 2013 y 2019. Estos subperíodos están determinados básicamente por la evolución de la tasa de paro y no por el gasto público en estas políticas en porcentaje del PIB. El alcance de las políticas activas en España durante el período 2004-2019 es reducido.

Figura 6. Alcance de las políticas activas de empleo (2004-2019).



Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Eurostat y elaboración propia.

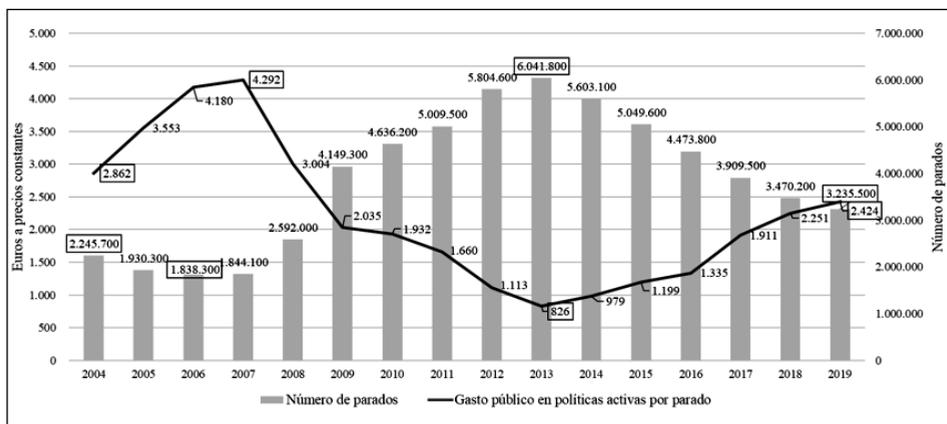
Además, de los resultados sobre el alcance de las políticas activas de empleo se deduce que el gasto público total realizado en estas políticas no está determinado

¹⁴ Alcance de las políticas activas de empleo = Gasto público total en políticas activas en porcentaje del PIB / Tasa de desempleo.

por las tasas de paro. Cuando las tasas de paro incrementan, el alcance de las políticas activas disminuye; y cuando estas tasas se reducen, el alcance de las políticas activas aumenta.

El resultado de que el gasto público total en políticas activas no se ha realizado en función de la evolución del desempleo también se observa cuando se analiza este gasto público en relación con el número de parados durante los años 2004 a 2019. El gasto público total en políticas activas en euros constantes a precios de 2010 está comprendido entre los 826 euros por parado del 2013 y los 4.292 euros del 2007, siendo muy variable según los años (ver Figura 7). El promedio anual del gasto público en políticas activas por parado es de 2.222 euros en los años de este período. La figura 7 muestra como el gasto público en políticas activas por parado disminuye cuando el número de desempleados incrementa y como este gasto público por parado aumenta cuando el número de desempleados se reduce. Las dos variables se comportan en sentido inverso.

Figura 7. Gasto en políticas activas por parado en euros a precios constantes (2004-2019).



Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Eurostat y elaboración propia.

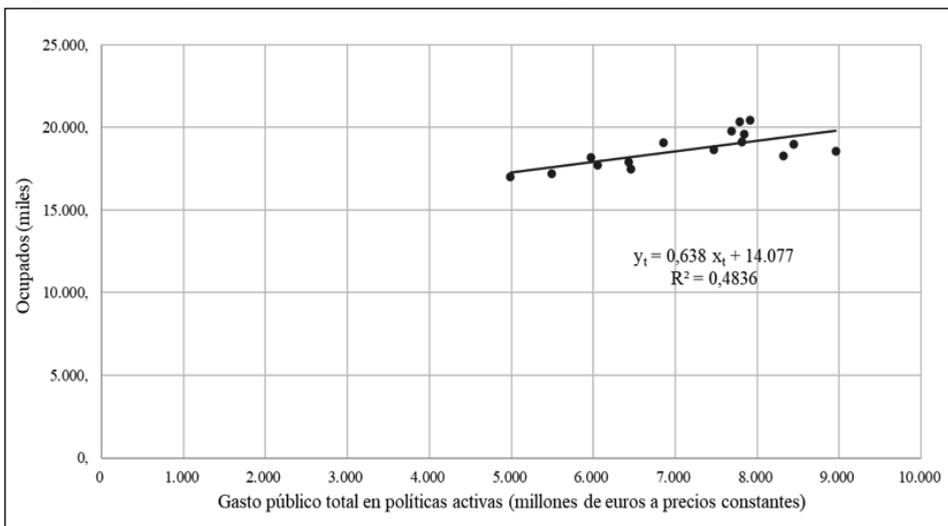
3.4. Relación entre gasto público en políticas activas y empleo

El número de puestos de trabajo depende de múltiples factores, que en numerosos casos están interrelacionados. Entre los mismos están el crecimiento económico, el modelo productivo, la productividad, la competitividad, la estabilidad económica y social, el marco regulatorio existente... Las políticas activas de empleo favorecen el incremento de la ocupación y la reducción del desempleo; pero también inciden otras políticas como son las fiscales, las monetarias o la política económica exterior. Además, las diferentes medidas de las políticas activas tienen

distintos efectos en el empleo en función de sus características, de los colectivos a los que se destinan y del modo en que se aplican; pudiendo ser estos efectos a corto, medio o largo plazo.

Aún con todas las consideraciones anteriores, cabe realizar una aproximación a la eficacia de las políticas activas en relación con el objetivo de favorecer el aumento del empleo, observando la relación entre el gasto público total en políticas activas y el número de ocupados. Con ello se hace referencia a la eficacia del conjunto de programas y medidas de las políticas activas aplicadas considerando el gasto público que se dedica a las mismas y el número de ocupados.

Figura 8. Gasto público total en políticas activas y ocupados (2004-2019).



Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Eurostat y elaboración propia.

La figura 8 muestra la relación entre el gasto público total en políticas activas y el número de ocupados durante el período 2004-2019. Los resultados de esta relación son:

- a) El coeficiente de correlación de Pearson, entre ambas variables, es 0,6954. Existe una correlación positiva moderada entre las variables gasto público total en políticas activas y número de ocupados en España en el período 2004-2019. En términos generales, a mayor gasto público total en políticas activas mayor número de ocupados.
- b) En el modelo de regresión lineal simple estimado, el coeficiente de determinación R^2 es 0,4836. En esta regresión, el 48,36% de la variabilidad

del número de ocupados es explicado por el gasto público total en políticas activas¹⁵.

- c) Según el modelo estimado para el período 2004-2019, cada millón adicional de euros en políticas activas de empleo aumenta en 638 el número de ocupados.

De estos resultados se infiere que el gasto público total en políticas activas en España durante el período 2004-2019 favorece moderadamente el empleo. Si bien, como se ha señalado en líneas precedentes, existen otros factores y políticas que también inciden en el número de ocupados.

4. CONCLUSIONES

Las siguientes líneas recogen las conclusiones más relevantes de los resultados expuestos anteriormente del gasto público en políticas activas de empleo en España en el período 2004-2019.

PRIMERA. El gasto público total en políticas activas se sitúa entre los 4.989 M€ y los 8.957 M€ a precios constantes de 2010 durante el período 2004-2019, con un gasto promedio anual de 7.155 M€ a precios constantes.

SEGUNDA. Desde la perspectiva del aumento o de la reducción del gasto público total en políticas activas, se diferencian tres subperíodos. Entre 2004 y 2010, la tendencia es de aumento, entre 2010 y 2013 es de disminución, y vuelve a ser de incremento entre 2013 y 2019.

TERCERA. En función de las diferentes clases de medidas y en términos relativos entre las mismas, se distinguen dos subperíodos: de 2004 a 2012 y de 2013 a 2019. Entre los años 2004 y 2011, el gasto público se destina en más del 51% a los incentivos al empleo y a la formación conjuntamente. Y en 2012, prácticamente significa el 50%. En cambio, entre los años 2013 y 2019, hay una mayor distribución del gasto público entre las diferentes categorías. A lo largo del período, aumenta la importancia del gasto público en los servicios de mercado de trabajo y se reduce la relevancia en los incentivos al empleo.

CUARTA. El gasto público total en políticas activas en el conjunto del período 2004-2019 se distribuye de mayor a menor entre las siguientes categorías o clases de medidas: incentivos al empleo (26,13%), formación (20,00%), servicios de mercado de trabajo (16,74%), incentivos para la puesta en marcha (14,57%), creación de empleo directo (11,84%) y empleo con apoyo y rehabilitación (10,73%).

¹⁵ Los coeficientes estimados 0,638 y 14,077 son significativos para un nivel de confianza del 95%. Asimismo, el modelo de regresión lineal es significativo en conjunto.

QUINTA. El esfuerzo presupuestario en políticas activas es relativamente pequeño. El gasto público total en políticas activas se sitúa entre el 0,52% y el 0,84% del PIB, con una media anual del 0,68% del PIB en los años 2004 a 2019.

SEXTA. El alcance de las políticas activas es reducido. El alcance de las políticas activas, en función del gasto público en porcentaje del PIB por punto de tasa de paro, se sitúa entre el 0,02 y el 0,08, con una media anual del 0,05 en los años 2004 a 2019. Se debería incrementar el gasto público en políticas activas en porcentaje del PIB para aumentar su alcance.

SÉPTIMA. El gasto público en políticas activas y el número de ocupados están correlacionados positivamente de manera moderada en el período 2004 a 2019. El coeficiente de correlación de Pearson es 0,6954.

OCTAVA. El gasto público en políticas activas en España durante el período 2004-2019 favorece moderadamente el empleo.

Bibliografía

ALUJAS, J.A. (2019). La respuesta de las políticas activas de empleo al ciclo económico de la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, (141), 173-196.

https://expinterweb.mitramiss.gob.es/libreriavirtual/descargas.action?f_codigo=W0141941&codigoOpcion=3

ARELLANO, A. (2010). Do training programmes get the unemployed back to work? A look at the Spanish Experience. *Revista de economía aplicada*, 53(18), 39-65. <http://revecap.com/revista/>

AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIREF). (2019). *Evaluación del gasto público 2018. Proyecto 3 (PAE). Estudio programa políticas activas de empleo*. https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/06/Estudio3-PAE/protegido_Proyecto_03.pdf

CARD, D., KLUVE, J. y WEBER, A. (2010). Active labour market policy evaluations: a meta-analysis. *The Economic Journal*, 120(548), F452-F477.

<https://eml.berkeley.edu/~card/papers/card-kluve-weber-EJ.pdf>

CARD, D., KLUVE, J. y WEBER, A. (2018). What works? A meta-analysis of recent active labor market program evaluations. *Journal of the European Economic Association*, 16(3), 894-931. <https://doi-org.sire.ub.edu/10.1093/jeea/jvx028>

CUETO, B. y SUÁREZ, P. (2015). El papel de las políticas activas: una perspectiva desde las comunidades autónomas. *Ekonomiaz. Revista vasca de economía*, 282-309. <https://>

www.euskadi.eus/web01-2reveko/es/k86aEkonomiazWar/ekonomiaz/abrirArticulo?i-dpubl=83®istro=14

COMISIÓN EUROPEA. (2017, noviembre 11). Active labour market policies. European semester thematic factsheet. 1-15.

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/european-semester_thematic-factsheet_active-labour-market-policies_en_0.pdf

COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, ASUNTOS SOCIALES E INCLUSIÓN. (Varios años). *Labour Market Policy*.

https://webgate.ec.europa.eu/empl/redisstat/databrowser/explore/all/lmp?lang=en&sub-theme=T_LMP&display=card&sort=category

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. (Varios años). Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España. *Consejo Económico y Social*. <http://www.ces.es/memorias>

DE LA RICA, S. (2015). Políticas activas de empleo: una panorámica. *Fedea Policy Paper, 2015(01)*, 1-32. <http://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2015/01/FPP2015-01.pdf>

FELGUEROSO, F. y JANSEN, M. (2015). Retos para una nueva etapa de las políticas activas de mercado de trabajo. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, (número extra-119), 33-48.

FRANCO, L. (Coord.), ALUJAS, J.A., CAMPMANY, O. y JOU, M.M. (2015). *Les polítiques d'ocupació: teoria i pràctica*. Editorial UOC.

GARCÍA, J.I. (2017). Una primera evaluación del impacto sobre la salida del desempleo de las políticas activas ofrecidas por los servicios públicos de empleo en España. *Fedea Policy Paper, 2017(07)*, 1-42.

<https://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2017/03/FPP2017-07.pdf>

GARCÍA, N. (2018). El nuevo modelo de políticas activas de empleo. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, (número extra-135), 295-337.

GUTIÉRREZ-DOMÈNECH, M. (2015, septiembre). Políticas activas de empleo: ¿son eficaces la formación y los subsidios al empleo para la reinserción profesional del parado? *Informe mensual. "La Caixa" Research, IM09(393)*, 38-39.

<https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/mercado-laboral-y-demografia/politicas-activas-empleo-son-eficaces-formacion-y?index>

OSUNA, J.L. y BUENO, C. (2007). La evaluación de las políticas públicas: el caso de las políticas de fomento al empleo estable. *ICE, Revista De Economía, 1(836)*, 75-83.

<http://www.revistasice.com.sire.ub.edu/index.php/ICE/article/view/1050>

SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE). (Varios años). *Liquidación del presupuesto del SEPE*.

<https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/que-es-el-sepe/informacion-economico-financiera.html>

SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE). (Sin fecha). *Informe anual 2018*. <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-sepe/informe-anual.html>

SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE). (Sin fecha). *Informe anual 2019*. <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-sepe/informe-anual.html>

Comentarios de jurisprudencia

ÚLTIMO GIRO JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS TEMPORALES VINCULADOS A SUBCONTRATAS

*Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020
ECLI:ES:TS:2020:4383*

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ*

SUPUESTO DE HECHO: La controversia tiene su origen en un contrato de obra o servicio celebrado entre un trabajador y una empresa auxiliar, Babcock Montajes, S.A., con el fin de dar cumplimiento a un contrato mercantil firmado entre esta última y la empresa principal, Central Térmica Elcogas, S.A. En 2008, la empresa Masa Puertollano, S.A. resultó adjudicataria de la contrata, subrogándose en la posición de la contratista anterior. La actividad del trabajador no se vio interrumpida ni alterada por esta novación contractual, ni por las siguientes prórrogas y renovaciones articuladas entre ambas compañías. En 2015, la empresa comitente anunció la finalización del contrato mercantil a la empresa contratista, la cual comunicó la extinción de los contratos de trabajo por finalización de la obra o servicio en virtud del art. 49.1 c) LET.

RESUMEN: Desde 1997, la Sala Cuarta del TS viene admitiendo que la subcontratación puede ser considerada una causa justificativa para celebrar contratos de obra o servicio determinado del art. 15.1 a) LET. Sin embargo, en estos más de veinte años, el TS ha matizado progresivamente su propia doctrina, limitando la vinculación entre contratación mercantil/administrativa y contratación laboral. La STS de 29 de diciembre de 2020 representa el mayor giro jurisprudencial hasta la fecha, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. A pesar de lo anterior, el antes referido pronunciamiento no logra poner punto final a la jurisprudencia clásica dado que el cambio de doctrina se circunscribe a los contratistas que se dediquen a prestar servicios para otras empresas.

* Doctorando de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PARTE DISPOSITIVA
 - 2.1. Antecedentes teóricos
 - 2.2. Núcleo argumental
 - 2.3. Argumentación adicional
3. VALORACIÓN CRÍTICA
4. EFECTOS JURÍDICOS
5. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA
6. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

A finales de 2020, nuestro TS ha dictado una importante sentencia en materia de contratación temporal vinculada a contratas. Dicho pronunciamiento ha llegado a ser considerado “de trascendencia muy superior a cualquier otro realizado por nuestra máxima instancia judicial en los últimos años”, incluida la STS de 25-9-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924) sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual en el trabajo en plataformas¹. Consecuentemente, no es de extrañar la atención que ha despertado esta resolución, no sólo en el ámbito académico, acostumbrado a analizar con rigor los principales hitos jurídicos, sino también en el ámbito profesional², sindical³ e incluso mediático⁴.

Con el pronunciamiento objeto de estudio, la Sala Cuarta alcanza conclusiones inéditas, sustentadas en argumentaciones plenamente originales en comparación

¹ Sanguinetti Raymonds, W. “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: el replanteamiento del modelo”; Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 75, 2021, consultado en Smarteca de Wolters Kluwer donde no aparece número de página.

² Desde la judicatura, Tuset del Pino, P. “La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020, declarando fraudulentos los contratos por obra o servicio determinado vinculados a contratas sucesivas, exige la urgente modificación del art. 15.1 a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”; Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la democracia, núm. 2018, 2021, pp. 5-10; mientras que, desde la abogacía, Godino Reyes, M. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 1137/2020, de 29 de diciembre”; Revista de Derecho Laboral Vlex, núm. 2, 2021.

³ “Comentario STS (Pleno) núm. 1137/2020, de 29 de diciembre. Cambio de doctrina sobre el contrato para obra o servicio determinados ligado a la subcontratación”; Servicio de Estudios de la Confederación de la UGT, 7 de enero 2021.

⁴ Noticia elaborada por el profesor Rojo Torrecilla, entre muchos otros de diversos medios de comunicación: “Important sentència del Tribunal Suprem”, Diari de Girona, 3 de enero 2021 disponible en <https://www.diaridegirona.cat/opinio/2021/01/03/important-sentencia-tribunal-suprem-48644015.html> (última consulta 09/10/2020).

con su doctrina clásica de 1997 e incluso con sus posteriores matizaciones y limitaciones. En este artículo, con el apoyo de las aportaciones doctrinales publicadas hasta la fecha, analizaremos en profundidad dicha resolución, haciendo hincapié no sólo en su argumentación, sino también en sus puntos críticos, así como sus posibles efectos.

2. PARTE DISPOSITIVA

El pronunciamiento objeto de estudio plantea una extensa y detallada argumentación⁵, posible indicio de la complejidad de la temática -una doctrina surgida a finales del siglo pasado, con numerosas modificaciones y matizaciones- así como de la trascendencia del avance que introduce. Pero, a su vez, la fundamentación de la sentencia presenta un marcado carácter pedagógico, siendo evidente el esfuerzo del Tribunal por exponer las ideas de forma clara y esquemática, precisamente en una materia ardua y, a veces, confusa.

2.1. Antecedentes teóricos

La Sala Cuarta esboza una serie de antecedentes teóricos necesarios para entender el verdadero trasfondo de la sentencia. Todo ello se desarrolla a lo largo del F. J. 4º.

Por un lado, la sentencia identifica con precisión el origen de la problemática: “la naturaleza de una relación laboral que, acogida a la modalidad contractual de obra o servicio determinado, busca su justificación de delimitación en el tiempo en atención a la existencia de un vínculo mercantil de la empresa con un tercero”⁶. En otras palabras, si una subcontratación -desarrollada mediante un contrato mercantil o administrativo- puede ser considerada una causa justificativa para celebrar un contrato temporal, concretamente de obra o servicio determinado.

Por otro lado, el TS analiza el límite temporal de los contratos de obra o servicio determinado introducido por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Dicho límite sólo es eficaz respecto a las relaciones jurídicas nacidas a partir de la entrada en vigor de la norma. En consecuencia, este límite no es de aplicación en el caso de autos. Sin embargo, es interesante resaltar que el TS declara tajantemente que, en los supuestos surgidos con posterioridad a la entrada en vigor, “situaciones como la

⁵ Antecedentes de Hecho (A.H.) 1º. Una detallada síntesis del supuesto de hecho, y del *iter* procesal, en Rodríguez Copé, M.L. “Organización en la empresa y contratación temporal: uso y abuso del contrato eventual en organismos públicos y de obra y servicio en la subcontratación”; *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 156, 2021, p. 291.

⁶ F.J. 4º, apartado 2º.

aquí analizada resultan totalmente inviables”⁷. En relación con este aspecto, es posible cuestionarse si la limitación que propone la sentencia -que analizaremos posteriormente- es únicamente aplicable a situaciones anteriores a la entrada en vigor de dicha reforma, dado que los supuestos posteriores ya cuentan con una garantía legal expresa, o, *sensu contrario*, el cambio doctrinal abarca cualquier situación, antes o después de la entrada en vigor de la reforma. Esta misma cuestión es planteada por Tuset del Pino, quien ofrece una interesante respuesta, la cual compartimos plenamente: “interpretado en su contexto histórico, legislativo y doctrinal, [el F.J. 4º] debe conducir a que el nuevo criterio afecta por igual a los contratos que bajo dicha modalidad se hayan celebrado a partir del 18 de junio de 2010”⁸.

A partir de este punto, el Supremo lleva a cabo una loable labor de síntesis de su doctrina clásica, así como de sus posteriores matizaciones. El objetivo de este artículo no es sistematizar la evolución de la Sala Cuarta en materia de contratos temporales vinculados a contrata. Sin embargo, es preciso esbozar los principales hitos jurisprudenciales para poder así comprender la trascendencia de este último cambio de doctrina.

En la sentencia objeto de estudio, el TS recuerda que, con anterioridad a 1997, la Sala Cuarta mantuvo un criterio restrictivo respecto a que una contrata pudiera justificar la celebración de un contrato de obra o servicio, cuestión que cambió con la STS 15-1-1997 (ECLI:ES:TS:1997:99), a partir de la cual se admite esta posibilidad⁹. De forma paralela, el TS subraya que si la duración del contrato laboral está vinculada a la continuación de la subcontrata, el fin de esta última es una causa válida para extinguir aquel¹⁰.

Ante este contexto, el TS repasa las principales matizaciones y limitaciones establecidas a su propia doctrina. Alrededor de 2008, la Sala Cuarta declaró que ciertas vicisitudes de la contrata -tales como la finalización *ante tempus* de la contrata por decisión unilateral del contratista o por acuerdo entre ambas partes; la reducción del objeto de la contrata; las prórrogas y/o renegociaciones- no pueden justificar

⁷ F.J. 4º, apartado 3º.

⁸ Tuset del Pino, P. “La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020... op. cit. p. 8.

⁹ F.J. 4º, apartado 5, primer párrafo. Extensamente sobre este primer período en Ballester Pastor, M. “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural” en Blat Gimeno, F. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 383-406; Cruz Villalón, J. “Contratación temporal y descentralización productiva” en Camps Ruiz, L.M.; Ramírez Martínez, J.M.; Sala Franco, T. (coords.) *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 117-132 y Fita Ortega, F. “El contrato de obra y servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”; *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005, pp. 1352-1373.

¹⁰ F.J. 4º, apartado 5º, segundo párrafo.

la extinción del contrato laboral vid. art. 49.1 c) LET¹¹. Diez años más tarde, con las cuatro SSTS 19-7-2018 (ECLI:ES:TS:2018:3218) (ECLI:ES:TS:2018:3308) (ECLI:ES:TS:2018:3192) (ECLI:ES:TS:2018:3243), nuestro Alto Tribunal vuelve a establecer una importante matización a la doctrina clásica en virtud de la cual el contrato temporal podría perder su causa justificativa como consecuencia de sucesivas prórrogas/renegociaciones de la contrata durante un período particular e inusualmente largo¹². Téngase en cuenta que el Tribunal de Luxemburgo, apenas un mes antes de la publicación de estas sentencias, ya puso en el punto de mira en la duración inusualmente larga del contrato¹³.

2.2. Núcleo argumental

Esta última matización tiene especial trascendencia en la sentencia objeto de estudio. El TS reconoce abiertamente que el presente caso encaja en la limitación introducida por las SSTS 19-7-2018, lo cual sería suficiente para desestimar el recurso de casación, declarado el carácter indefinido del contrato y confirmando la improcedencia del despido¹⁴. No obstante, la Sala Cuarta no se conforma con dicho resultado, sino que plantea una solución adicional, lo que constituye la verdadera novedad doctrinal.

Para comenzar, el TS parte de una firme premisa que sintetiza de forma manifiesta su posición: “no sólo debe rechazarse que estemos ante una relación laboral de carácter temporal en base a la desnaturalización de la causa que lo

¹¹ F.J. 4º, apartado 5º, tercer párrafo y F.J. 4º, apartado 6º. En profundidad sobre estas matizaciones en Lahera Forteza, J. “Límites en la extinción del contrato de obra conexo a una contrata mercantil: el inicio de la quiebra de un modelo de empleo temporal asociado a la descentralización productiva (STS 8 de noviembre de 2010)”; *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*; núm. 2, 2011, pp. 783-796; López Sánchez, M.C. “El contrato para obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata: reflexiones críticas”; *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 25, 2017, pp. 31-42; De la Puebla Pinilla, A. “Contratas y contratos de obra y servicio determinado, una relación complicada”; *Información laboral*, núm. 10, 2014, pp. 129-145.

¹² F.J. 4º, apartado 7º. Las principales obras que han analizado esta cuestión son Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado. A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020”; *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 75, 2021, consultado en *Smarteca de Wolters Kluwer* dónde no aparece número de página; Montoya Medina, D. “La novedosa proscrición jurisprudencial de la contratación de obra o servicio determinado en el marco de la subcontratación de actividades productivas”; *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 601-621; Sanguinetti Raymonds, W. “Subcontratación de actividades productivas... op. cit.

¹³ A.p. 64, STJUE de 5-6-2018 C-677/16, asunto Montero Mateos (ECLI:EU:C:2018:393).

¹⁴ F.J. 5º, apartado 1º.

justifica; sino que debemos plantearnos su propia licitud cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios para terceros”¹⁵.

Una vez definida con claridad su pretensión -examinar la licitud de contratos temporales vinculados a una contrata en el supuesto de empresas que prestan servicios para otras- el TS ofrece una respuesta que deja poco margen de dudas: “resulta difícil seguir manteniendo que este tipo de actividades justifique el recurso de la contratación temporal y que una empresa apoye la esencia de su actividad en una plantilla sujeta al régimen de indeterminación de las relaciones”¹⁶.

Para defender su posición, el Tribunal despliega una amplia y variada batería de argumentos. Con carácter previo, nuestro Alto Tribunal presenta una serie de datos estadísticos que evidencian no sólo la desmesurada tasa de temporalidad de nuestro mercado de trabajo, sino, aún más, la preminencia del contrato de obra o servicio determinado entre el resto de las figuras contractuales temporales¹⁷. La presente apreciación no sólo ha de llamar nuestra atención por el hecho de emplear datos estadísticos (herramienta poco frecuente en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, pero bastante más habitual en otros órganos judiciales, por ejemplo, el TJUE¹⁸) sino porque, como se ha advertido desde el sector doctrinal, de esta argumentación se podría inferir un reconocimiento, al menos indirecto, de la responsabilidad del propio TS en relación con los efectos de la doctrina surgida en 1997¹⁹.

A continuación, el TS desarrolla lo que a nuestro juicio es el argumento principal. Para comenzar, nuestro Alto Tribunal propone volver a la literalidad del art. 15.1 a) LET, haciendo especial hincapié en los requisitos de autonomía y sustantividad²⁰. Sobre la base de lo anterior, el Supremo afirma que, en el caso de empresas que operan en el mercado interno, “no es posible continuar aceptando la autonomía y sustantividad porque el objeto de la contrata es, precisamente, la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa”. En otras palabras, “quienes ofrecen sus servicios a terceros desarrollan su actividad esencial a través de la contratación con éstos y, por tanto, resulta ilógico sostener que el grueso de aquella actividad tiene el carácter excepcional al que el contrato de obra o servicio busca entender”²¹.

¹⁵ F.J. 5º, apartado 2º, primer párrafo.

¹⁶ F.J. 5º, apartado 2º, segundo párrafo.

¹⁷ F.J. 5º, apartado 2º, tercer párrafo.

¹⁸ Vid. Godino Reyes, M. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo... op. cit. pp. 135-136.

¹⁹ Vid. Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal... op. cit.

²⁰ F.J. 5º, apartado 3º, primer párrafo.

²¹ F.J. 5º, apartado 3º, primer párrafo.

El Supremo cierra este núcleo argumental con un importante reconocimiento: “Consideramos necesario rectificar la doctrina que ha venido manteniendo que la duración temporal del servicio se proyectaba sobre el contrato de trabajo y, en suma, ha ampliado el concepto de obra o servicio determinado del precepto legal”²².

No es la primera vez que la Sala Cuarta declara expresamente la necesidad de rectificar, matizar o actualizar su propia doctrina en esta materia; recordemos las SSTs 19-7-2018 (ECLI:ES:TS:2018:3243) (ECLI:ES:TS:2018:3308). Sin embargo, bastante más inaudito es que el propio TS reconozca abiertamente que su doctrina clásica ha supuesto una ampliación de los márgenes legales del contrato del art. 15.1 a) LET.

2.3. Argumentación adicional

A nuestro parecer, la fundamentación planteada hasta este punto es suficiente para sostener que un contrato mercantil o administrativo ya no puede justificar la celebración de contratos temporales cuando la empresa contratista se dedica a prestar servicios para otras compañías. No obstante, el TS continúa ofreciendo argumentos e ideas para apoyar su tesis.

El primero de ellos versa sobre un importante instrumento en materia de contratos temporales: la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNI y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Así las cosas, para nuestro Alto Tribunal, la doctrina tradicional podría poner en peligro las garantías básicas que dicha Directiva consagrada en su Cláusula 1, en resumidas cuentas, “la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada” y el establecimiento de un marco tendente a evitar los abusos derivados de esta tipología contractual²³. Más en profundidad, el Tribunal declara que la existencia de empresas cuya mayor parte de la plantilla está contratada de forma temporal va en contra del principio general de contratación indefinida, recogido en el Considerando 6 de la Directiva- y en el art. 15 de nuestra norma estatutaria, añadimos nosotros-²⁴.

En segundo lugar, esta vez ya desde una perspectiva estrictamente nacional, la Sala Cuarta admite que las empresas han de afrontar flujos variables de demanda en determinadas actividades empresariales²⁵. El hecho de responder a este fenómeno vía contratación temporal (flexibilidad de entrada) podría no ajustarse al principio

²² F.J. 5º, apartado 3º, cuarto párrafo.

²³ F.J. 5º, apartado 4º, primer párrafo.

²⁴ F.J. 5º, apartado 4º, segundo párrafo.

²⁵ No sería descabellado precisar que las variaciones de demanda son propias, no simplemente de ciertas actividades empresariales, sino de la mayoría de las prestaciones de servicios que se ofrecen en un mercado con cierto grado de libertad y concurrencia.

general de contratación indefinida anteriormente analizado, o como es denominado por el Supremo, “regla esencial de nuestro sistema de relaciones laborales”²⁶. Consecuentemente, el TS declara que estas fluctuaciones de la demanda “pueden y deben ser atendidas” a través de mecanismos de flexibilidad interna y de salida²⁷.

El argumento anterior no ha pasado desapercibido para nuestra doctrina. Para Costa Reyes, esta apreciación del TS merece una valoración positiva dado que “parece denotar su alejamiento en esta materia de la criticada cultura de la temporalidad” y, al mismo tiempo, “ajusta su interpretación a la *voluntatis legislatoris*”²⁸. Sin embargo, Saguinetti Raymonds, sin llegar a ofrecer una visión crítica, advierte la falta de claridad en este apartado²⁹.

Por último, pero no por ello menos importante, el TS plantea de forma breve -demasiado, en nuestra opinión- un argumento que brinda una nueva perspectiva de análisis. En palabras del Supremo, el hecho de que el objeto del contrato mercantil sea “una actividad ordinaria y estructural de la empresa comitente” hace más “palmaria” la necesidad de rectificar la doctrina. Tras ello, el TS subraya lo que, a nuestro juicio, es el efecto más perverso de esta doctrina: “una actividad que nunca podría haber sido objeto de contrato temporal por carecer de autonomía y sustantividad propia, se convierte en adecuada a tal fin cuando dicha actividad se subcontrata”, siendo en última instancia la voluntad del empresario principal la que posibilita la contratación temporal³⁰. Por primera vez, el TS tiene en cuenta la posición de la empresa principal, señalando expresamente una importante contradicción. Sin embargo, a nuestro parecer, no llega a ofrecer una verdadera solución -cuestión que ampliaremos en el siguiente apartado-.

3. VALORACIÓN CRÍTICA

Además de los comentarios que acompañan la exposición argumental, en nuestra opinión, es necesario llevar a cabo una valoración sopesada sobre este pronunciamiento de tan importante calado.

Para comenzar, hemos de remarcar que, a raíz de esta sentencia, por primera vez nuestro Alto Tribunal pone en tela de juicio la licitud del contrato de trabajo, en términos abstractos y generales. Hasta la fecha, las matizaciones planteadas por el TS estaban referidas a vicisitudes concretas surgidas durante la vigencia de un contrato temporal plenamente válido y que, precisamente por la aparición

²⁶ F.J. 5º, apartado 5º, primer párrafo.

²⁷ F.J. 5º, apartado 5º, segundo párrafo.

²⁸ Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal... op. cit.

²⁹ Sanguinetti Raymonds, W. “Subcontratación de actividades productivas... op. cit.

³⁰ F.J. 5º, apartado 6.

de dichas contingencias, la relación jurídica perdía su validez, o, mejor dicho, su carácter temporal³¹. Este aspecto ha sido analizado con precisión por Costa Reyes. En palabras del autor, la perspectiva del TS en 2018 era *ex post*, es decir, la pérdida de autonomía y sustantividad se debía a cuestiones surgidas con posterioridad. Sin embargo, en la STS 29-12-2020 “la falta de causa es *ex ante*”, en otras palabras, nunca llegó a existir³².

Desde una perspectiva sustantiva, de la fundamentación de la sentencia objeto de estudio podemos deducir un alejamiento de la anterior visión meramente formal que permitía al TS defender la existencia de una necesidad de trabajo temporal y limitada para la empresa contratista. De ese modo, en la presente sentencia podemos observar una perspectiva menos formalista, más coherente con las necesidades reales de las operaciones de subcontratación. Adicionalmente, el acercamiento a la literalidad del art. 15.1 a) LET que propone la propia sentencia es un aspecto que ha de valorarse positivamente, *máxime* si tenemos en cuenta que la doctrina clásica está sustentada en una lectura amplia y ambigua del texto estatutario y que, para más *in ri*, la STS de 15-1-1997 (ECLI:ES:TS:1997:99) bordeaba el art 15.1 a) LET a la hora de justificar la celebración de contratos de obra o servicio vinculados a contratas.

Sin embargo, las consideraciones anteriores no pueden sesgar nuestro análisis, concretamente en lo referente a su alcance -como veremos, uno de los aspectos más cuestionables-. Así las cosas, el propósito de examinar la licitud de un contrato temporal vinculado a una subcontrata no se extiende *per se* a cualquier situación, sino que, por el contrario, se circunscribe exclusivamente a supuestos en los que “la actividad de la empresa [contratista] no es otra que la de prestar servicios para terceros”. Siendo puristas con el tenor literal de la sentencia, la nueva doctrina sólo sería aplicable en supuestos en los que la empresa auxiliar se dedique a prestar servicios para terceros, es decir, aquellas que presten sus servicios en el mercado interno de empresas o en el intramercado³³.

Llegamos así a uno de los puntos más controvertidos en sede doctrinal. El iuslaboralismo español, de forma mayoritaria, no ha dudado en valorar positivamente

³¹ El TS parece estar pensando en la matización plasmada por las SSTS 19-7-2018, no sólo porque ésta pueda ser considerada la más relevante sino también por la literalidad del texto, al hacer referencia al concepto “desnaturalización”, término introducido en dichas sentencias.

³² Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal... op. cit.

³³ Haciendo uso de la terminología inicialmente empleada en Costa Reyes, A. “Exigencias comunitarias, descentralización productiva y contratación temporal: a propósito de la Jurisprudencia española sobre contratas y contrato de obra o servicio”; *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2010, pp. 549-576.

este giro jurisprudencial, así como la fundamentación empleada³⁴. No obstante, no parece existir consenso respecto al verdadero alcance de la resolución. Por un lado, algunos autores defienden que la sentencia objeto de estudio supone un cambio de doctrina radical, prohibiendo definitivamente lo que hasta ahora se había permitido³⁵. Entre otros, Sanguinetti Raymonds califica dicho pronunciamiento como un “giro copernicano” que supone “el abandono, radical y sin paliativos” de la doctrina clásica³⁶. En términos menos tajantes, pero similar significado, Montoya Medina califica la posición del TS como “el relevante y definitivo golpe de timón”³⁷. En contraposición, otra parte de la doctrina defiende que este cambio jurisprudencial, si bien de alta relevancia, no tiene carácter absoluto. Como sencillamente explica Costa Reyes, dicho cambio supone “una ruptura solo parcial, en concreto, respecto a aquellas empresas cuya actividad consiste en prestar servicios para terceros”³⁸. Para Rodríguez Hernández, la STS “simplemente matiza la cuestión, vedando la posibilidad de que las empresas de servicios puedan vincular estas contrataciones temporales a su actividad esencial de prestación de servicios a terceros”³⁹.

A nuestro parecer, esta segunda interpretación es más acorde con el propio texto de la resolución. En la STS 29-12-2020, nuestro Alto Tribunal no declara en términos generales que una subcontrata no pueda justificar la celebración de un contrato temporal, sino que simplemente prescribe esta posibilidad en un supuesto específico: cuando la empresa auxiliar opera en el mercado interno. En puridad, cuando la empresa contratista no cumpla este requisito, seguirá siendo válido celebrar contratos de obra o servicio vinculados a subcontratas y, por ende, la doctrina tradicional seguirá en pie. Por ello, defendemos que no estamos ante el fin de la doctrina surgida en 1997, sino ante una nueva matización, de relevancia sinigual, pero matización, al fin y al cabo. De ese modo, hasta que el criterio funcional no sea sustituido de nuevo por el criterio físico, es decir, hasta que para celebrar un contrato de este tipo tengamos que atender a la naturaleza de la obra o servicio en sí misma, independientemente de la existencia de un contrato entre parte contratante y contratista y de la actividad de esta última, no se habrá superado la

³⁴ Aunque de forma minoritaria, también es posible encontrar voces críticas con la nueva postura del TS. Entre otros, Durán López, F. “El discreto retorno de la rigidez laboral”; *Newsletter Laboral Garrigues*, enero, 2021.

³⁵ “Es indudable que la Sentencia de 29 de diciembre de 2020 es mucho más que una “evolución” jurisprudencial. Se trata de un cambio rotundo de perspectiva y de apreciación” en Godino Reyes, M. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo... op. cit., p. 138.

³⁶ Sanguinetti Raymonds, W. “Subcontratación de actividades productivas... op. cit.

³⁷ Montoya Medina, D. “La novedosa proscripción jurisprudencial... op. cit., p. 613.

³⁸ Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal... op. cit.

³⁹ Rodríguez Hernández, J. “Cambio de criterio del Tribunal Supremo en relación con la contratación temporal”; *Diario La Ley*, núm. 9838, p. 14.

doctrina tradicional; planteamiento que ya ha sido sugerido en el ámbito doctrinal⁴⁰. No significa esto que nunca se puedan celebrar contratos temporales en el marco de una subcontrata, sino que dicha contratación temporal deberá estar justificada por la propia naturaleza de la obra o servicio, no por la simple existencia de un vínculo jurídico mercantil o administrativo.

La apreciación anterior no es óbice para reconocer la elevada trascendencia práctica de dicho cambio doctrinal. Sin ánimo de desarrollar un análisis socioeconómico en profundidad, es lógico pensar que una amplia mayoría de empresas auxiliares prestan sus servicios exclusivamente para otras empresas, como consecuencia de la especialización, entre otros factores. Por ello, la presente matización doctrinal podría afectar a un amplio porcentaje de operaciones de subcontratación. No obstante, precisamente en el ámbito académico, esta alta utilidad práctica no puede alterar nuestras reflexiones, obviando así que el TS no ha suprimido de forma definitiva su doctrina tradicional.

En este punto de la argumentación, vemos conveniente reflexionar sobre el carácter novedoso de dicho giro jurisprudencial. Es cierto que, en la STS 29-12-2020, la Sala Cuarta toma una decisión completamente inédita, para lo cual, emplea argumentos nunca expuestos hasta el momento. Así las cosas, no sería erróneo calificar la resolución como innovadora. No obstante, es necesario acentuar que, desde hace más de una década, en el ámbito doctrinal se venía reclamando el cambio de rumbo que acaba de producirse. En 2006, Montoya Medina planteaba un argumento que podría asimilarse, aun implícitamente, a los postulados de la sentencia objeto de análisis. Para el autor, “la causalidad debe ser apreciada en atención a la continuidad o no de la actividad productiva llevada a cabo por el empresario contratista”⁴¹. Para más *in ri*, Costa Reyes, en 2010, ya subrayó expresamente la singularidad de las empresas que prestan servicios para otras y la dificultad de admitir los contratos temporales vinculados a contratas en estos casos. En palabras del autor, “la simple contrata no es en sí susceptible de diferenciación de la actividad permanente y ordinaria” en los supuestos en los que “la actividad permanente de la empresa no es sino la contratación para terceros”⁴².

En otro orden de cosas, previamente hemos advertido la relevancia del último argumento ofrecido por el TS en el que, por primera vez, se tenía en cuenta el papel de la empresa principal. Recordemos que para el Tribunal una situación especialmente

⁴⁰ “Confiamos en que más pronto que tarde, se retome para esta modalidad temporal un criterio físico o sustantivo” en Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal... op. cit.

⁴¹ Montoya Medina, D. “La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas”; *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2006, pp. 253-269.

⁴² Costa Reyes, A. “Exigencias comunitarias, descentralización productiva... op. cit. p. 6.

controvertida se producía cuando la actividad subcontratada era “la actividad ordinaria y estructural de la empresa comitente” permitiendo celebrar contratos temporales para cubrir necesidad que deberían ser atendidas por trabajadores indefinidos. En un primer acercamiento, la antes sintetizada argumentación merece una valoración positiva. No es baladí que el TS reconozca que su doctrina estaba permitiendo una situación completamente disparatada (la cobertura de puestos indefinidos con personal temporal por la simple voluntad del empresario). Pero, además, por primera vez desde el surgimiento de esta doctrina clásica, el Supremo tiene en cuenta la perspectiva de la empresa principal, lo cual es especialmente relevante si tenemos en cuenta que es en este nivel donde se concreta la obra o servicio material, aspecto que nos acerca al criterio sustantivo. No obstante, si continuamos profundizando y reflexionando sobre esta fundamentación, debemos precisar que nuestro Alto Tribunal no ofrece una verdadera solución. Mientras que el problema apuntado se sitúa en la esfera de la empresa contratante -la cual puede subcontratar una actividad ordinaria y estructural-, el último giro jurisprudencial, como hemos tenido ocasión de comprobar, se encuadra en el ámbito de la empresa contratista -si esta opera en el mercado interno, una subcontratación no puede justificar la contratación temporal-. De ese modo, es posible que, por un lado, una empresa principal decida subcontratar una actividad ordinaria y estructural de su sistema productivo y, que, por otro lado, la compañía adjudicataria no sea una empresa que preste servicios en el mercado interno. En este caso, la nueva doctrina no imposibilitaría que el contrato mercantil o administrativo pueda justificar la contratación temporal y que, por lo tanto, una actividad permanente sea llevada a cabo mediante contrataciones temporales. Esta situación demuestra que la doctrina no está completamente superada y que existe la posibilidad de que las contrataciones interempresariales sigan justificando contratos temporales. A nuestro parecer, como ya hemos advertido líneas arriba, hasta que el criterio funcional no sea sustituido por el criterio físico, no se habrá puesto fin de forma definitiva a la doctrina clásica.

Desde otra perspectiva, un detalle que podría terminar siendo problemático es la determinación de cuando se considera que una empresa presta servicios en el mercado interno. En línea con la tesis arriba expuesta, el hecho de que una empresa tenga la consideración de operadora en el mercado interno tiene una importancia esencial en este giro jurisprudencial. En contraposición, el TS no realiza un especial esfuerzo en desarrollar este concepto. Ante esta situación, es plausible preguntarse si sólo adquirirán dicha consideración las empresas que exclusivamente presten servicios para otras empresas o si, por el contrario, también deben ser calificadas como tal las empresas cuya actividad principal discorra en el intramercado pero que, aun de forma minoritaria, presten servicios a consumidores y usuarios. Tras un examen exhaustivo del tenor literal de la sentencia, no es posible ofrecer una respuesta con un mínimo grado de exactitud. De hecho, nuestro Alto Tribunal tampoco parece tener clara esta cuestión, o al menos, no ha reparado en ello. En la primera mención de este concepto en la sentencia, el TS emplea una terminología bastante neutra: “la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios

para otras empresas”⁴³. En ciertos pasajes parece que la Sala Cuarta está pensando en empresas que exclusivamente se dediquen a prestar servicios para otras empresas: “nada de ello puede afirmarse cuando toda la actividad empresarial consiste, precisamente, en desarrollar servicios para terceros”⁴⁴. En contraposición, también es posible encontrar afirmaciones que apunten en dirección contraria: “en este tipo de empresas, en las que el grueso de la actividad económica reposa exclusivamente sobre personas contratadas de forma temporal”⁴⁵. En nuestra opinión, es imprescindible que este interrogante sea resuelto dado que, lejos de ser un detalle menor o tangencial, puede ser una fuente de inseguridad jurídica e incluso de fraude empresarial. Humildemente defendemos que esta nueva doctrina debería aplicarse, no únicamente a las empresas que de forma exclusiva presten servicios en el mercado interno, sino también a aquellas que, aun de forma minoritaria, también entablen relaciones comerciales con consumidores y usuarios. De esa forma, el ámbito de aplicación de esta medida sería mucho más amplio y, del mismo modo, se evitaría la posibilidad de que las empresas que exclusivamente trabajen para otras compañías comiencen a ofrecer servicios a consumidores y usuarios con el fin de puentear la aplicación de esta nueva doctrina del TS.

Antes de concluir este apartado, es necesario detenernos en un sutil, aunque relevante defecto de la presente resolución, íntimamente ligado a las últimas matizaciones planteadas por nuestro Alto Tribunal, concretamente, las SSTS 19-7-2018. En dichas resoluciones, no quedaba claro si la matización era aplicable tanto en los supuestos de prórroga como en los de renegociación o únicamente en estos últimos⁴⁶. En la sentencia objeto de análisis, la Sala Cuarta distingue claramente entre prórroga y renegociación para terminar afirmando que la matización se aplicaría exclusivamente en este último supuesto⁴⁷. A nuestro modo de ver, esta distinción es del todo errónea. En ambos escenarios sigue existiendo un vínculo jurídico, siendo un aspecto meramente formal el que determina que en un caso se extinga la causa justificativa de la temporalidad mientras que en otro caso la contratación pueda continuar sin ningún impedimento⁴⁸.

⁴³ F.J. 5º, apartado 5º, primer párrafo.

⁴⁴ F.J. 5º, apartado 3º, tercer párrafo.

⁴⁵ F.J. 5º, apartado 4º, segundo párrafo.

⁴⁶ Es preciso aclarar que la distinción entre prórroga y renegociación. Mientras que la renegociación implica algún cambio, aunque sea mínimo, en la prórroga simplemente se modifica el alcance temporal. Ambas operaciones son renovaciones de la contrata.

⁴⁷ F.J. 4º, apartado 7º, segundo párrafo.

⁴⁸ Con anterioridad, Costa Reyes había reparado en esta incongruencia. “no podemos dejar de señalar nuestro desconcierto y difícil comprensión de estas distinciones pues si la actividad, por la renegociación pierde sustantividad respecto a la que presta la empresa contratista ¿no ocurrirá cuando menos igual en el caso de una mera prórroga pues con ella se continua con la misma

4. EFECTOS JURÍDICOS

A pesar de que, como venimos defendiendo, la STS 29-12-2020 no ha supuesto el fin definitivo de la doctrina clásica, hemos de reconocer que el nuevo cambio doctrinal puede y debe ocasionar importantes consecuencias prácticas. A continuación, analizaremos dichos efectos desde el punto de vista jurídico.

En primer lugar, a partir de este momento, las empresas que prestan sus servicios en el mercado interno -siendo conscientes de la apreciación conceptual arriba expuesta- han de dar respuesta a las obligaciones contraídas con las empresas contratantes empleando a personal indefinido, invirtiéndose así el hasta ahora imperante modelo de uso y abuso de contratación temporal.

En este punto cabe cuestionarse si esta obligación empieza a ser exigible a partir de la fecha de publicación de la sentencia, o si, por el contrario, ha de aplicarse a todos los contratos de obra o servicio vinculados a contrata, inclusive los que se hayan formalizado con anterioridad al 29 de diciembre de 2020. Entre nuestra doctrina encontramos planteamientos -los cuales compartimos plenamente- a favor de la segunda opción. Según Montoya Medina, los contratos temporales vinculados a subcontratas se transforman *iure et de iure* en contratos indefinidos en virtud del art. 15.3 LET⁴⁹. En opinión de Sanguinetti Raymonds, dichos contratos deben entenderse celebrados por tiempo indefinido desde su inicio, “al no encontrarnos aquí ante una modificación normativa, no susceptible de ser aplicada retroactivamente, sino frente a una decisión jurisprudencial, que define cuál debe ser la interpretación correcta de la norma en toda clase de situaciones”⁵⁰.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado con lo anterior, la extinción de estos contratos por finalización de obra o servicio vid. art. 49.1 c) LET pasará a ser improcedente⁵¹. De ese modo, las empresas contratistas han de sustituir sus agresivas políticas de flexibilidad de entrada por mecanismos de flexibilidad interna y de salida, como ya venía apuntando el TS. Sobre este último conjunto de medidas, el profesor Sanguinetti Raymonds desarrolla una interesante reflexión. En su opinión, esta medida no debe simplificarse en reemplazar los 12 días del art. 49.1 c) LET por los 20 días del art. 53.1 b) LET. En contraposición, “será necesario llevar a cabo una valoración de la necesidad de amortizar los puestos de trabajo, debiendo admitirse su viabilidad únicamente cuando no resulte razonable el recurso a fórmulas de flexibilidad interna”. En relación con esto último, el profesor añade que esta nueva situación podría suponer un desincentivo para la subcontratación⁵².

actividad que antes, sin tan siquiera cambio?”. Vid. Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal... op. cit.

⁴⁹ Montoya Medina, D. “La novedosa proscripción jurisprudencial... op. cit., p. 616.

⁵⁰ Sanguinetti Raymonds, W. “Subcontratación de actividades productivas... op. cit.

⁵¹ Montoya Medina, D. “La novedosa proscripción jurisprudencial... op. cit., p. 618.

⁵² Sanguinetti Raymonds, W. “Subcontratación de actividades productivas... op. cit.

Tanto la conversión de los contratos temporales en indefinidos como la imposibilidad de extinguir los mismo por finalización de obra o servicio convierte esta decisión de nuestro Alto Tribunal en una relevante medida tendente a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores vinculados a contratas y, en general, a reducir las altas tasas de temporalidad de nuestro mercado de trabajo, favoreciendo un mayor equilibrio entre el principio de la estabilidad del empleo y el principio de libertad empresarial⁵³.

En otro orden de cosas, es preciso destacar que este giro jurisprudencial puede tener efectos más allá de la subcontratación. En palabras de Sanguineti Raymonds, esta sentencia “pone en valor los requisitos de autonomía y sustantividad” lo que podría sentar las bases para un “uso más estricto y causal del contrato temporal de obra o servicio” aplicable a cualquier situación⁵⁴.

Para concluir, hemos de advertir que, desde que esta sentencia fue dictada, el TS ha confirmado el cambio de doctrina en cuestión. En la STS 27-1-2021 (ECLI:ES:TS:2021:314), la Sala Cuarta sustenta su decisión en la doctrina sobre empresas que operan en el mercado interno. Adicionalmente, dicha resolución es especialmente interesante puesto versa sobre un litigio surgido a raíz de un contrato administrativo (encomienda de gestión) y no un contrato mercantil, que suele ser el supuesto más usual. A su vez, el Tribunal, tras sentenciar que no concurren los requisitos de temporalidad, califica el contrato como fijo-discontinuo y no como indefinido, solución habitual hasta el momento⁵⁵. Posteriormente, la STS 20-7-2021 (ECLI:ES:TS:2021:3113) siguiendo el planteamiento de la STS 29-12-2020, considera aplicable la matización sobre renovación de contratas introducida por las SSTS 19-7-2018⁵⁶. Sin embargo, a pesar de que ello sería suficiente para fundamentar su decisión, el TS concluye que la relación jurídico-laboral no es de carácter temporal puesto que estamos en un supuesto en el que la parte contratista presta servicios para otras empresas⁵⁷. En otro orden de cosas, los tribunales en primera y segunda instancia también se han hecho eco de esta decisión⁵⁸.

⁵³ Última idea desarrollada en Montoya Medina, D. “La novedosa proscripción jurisprudencial... op. cit., p. 618.

⁵⁴ Sanguineti Raymonds, W. “Subcontratación de actividades productivas... op. cit.

⁵⁵ F.J. 5º y 6º.

⁵⁶ F.J. 3º.

⁵⁷ F.J. 4º.

⁵⁸ SJS nº3 Bilbao 4-1-2021 (ECLI:ES:JSO:2021:2); STSJ Cataluña 15-1-2021 (ECLI:ES:TS-JCAT:2021:234); STSJ Madrid 22-1-2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:118); STSJ Madrid 5-2-2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:865); STSJ Madrid 8-2-2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:1830); STSJ Madrid 10-2-2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:1204); STSJ Galicia 6-5-2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:2599); STSJ Madrid 27-5-2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:6542); SAN 9-9-2021 (ECLI:ES:AN:2021:3797).

5. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Tras analizar y reflexionar acerca del último cambio de doctrina, estamos en posición de sistematizar las principales propuestas de *lege ferenda* planteadas por la doctrina científica, así como proponer las nuestras propias.

Para comenzar, admitiendo que la STS 29-12-2020 ha supuesto un cambio que, aun sin ser definitivo, despliega importantes consecuencias teóricas y prácticas, la propuesta menos ambiciosa sería que el legislador, mediante una reforma del art. 15 LET, recogiese el nuevo criterio expuesto por la Sala Cuarta⁵⁹.

En segundo lugar, entre nuestra doctrina científica podemos encontrar varios autores que, además de señalar la pertinencia de reconocer legalmente el giro jurisprudencial objeto de estudio, proponen la inclusión de garantías adicionales en la materia. Costa Reyes sugiere la intervención del legislador, no únicamente respecto a la configuración de la contratación temporal, sino también respecto a las consecuencias de su incumplimiento, que, en opinión del autor, deberían ser más gravosas⁶⁰. Desde otro punto de vista, Sanguinetti Raymonds plantea la necesidad de considerar la sucesión de contratos como un supuesto que permita la subrogación legal en virtud del art. 44 LET⁶¹.

En tercer lugar, es necesario recordar que, como hemos defendido en este trabajo, la STS 29-12-2020 no pone punto final a la jurisprudencia clásica nacida en 1997. Si bien el cambio de doctrina puede reducir considerablemente el número de contratos temporales vinculados a procesos de subcontratación, el TS aún permite esta posibilidad en el caso de que la contratista no preste servicios para otras empresas. Para acabar con esta doctrina sería necesario sustituir el criterio funcional por el criterio físico o sustantivo, lo que supondría que, a la hora de apreciar la licitud de este tipo de contratos, se tuviera que valorar exclusivamente la naturaleza de la obra o servicio material, es decir, las necesidades de la empresa principal. Tengamos en cuenta que el abandono definitivo de la doctrina tradicional no prohibiría la celebración de contratos temporales en el marco de una subcontrata, si bien estos sólo serían válidos si responden a necesidades temporales del empleador principal, o, más concretamente, a obras o servicios con autonomía y sustantividad. De este modo, podríamos acabar definitivamente con la contradicción apuntada por el propio TS: actividades que no cumplen los requisitos del art. 15.1 a) LET pero que son desarrolladas por trabajadores temporales como consecuencia de la decisión de subcontratar. Hace una década, el profesor Alfonso

⁵⁹ En estos términos, Montoya Medina, D. “La novedosa proscripción jurisprudencial de la contratación... op. cit. p. 621 y Tuset Del Pino, P. “La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020... op. cit. p. 9.

⁶⁰ Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal... op. cit.

⁶¹ Sanguinetti Raymonds, W. “Subcontratación de actividades productivas... op. cit.

Mellado ya propuso este planteamiento⁶². Con posterioridad, la doctrina científica ha continuado apuntando en esta dirección⁶³.

Esta propuesta no es incompatible con el último cambio doctrinal sobre empresas que operan en el mercado interno. Más bien, al incidir en planos diferentes, ambas medidas pueden ser incluso complementarias. Nuestra propuesta versa sobre la situación de la empresa principal, mientras que, el último giro jurisprudencial introducido por la STS 29-12-2020 se centra en las necesidades de la empresa contratista, por lo que sería técnicamente posible implantar ambas limitaciones. El resultado sería el siguiente: si la empresa principal subcontrata una actividad que no cumple los requisitos del art. 15.1 a) LET, en ningún caso este hecho justificaría la celebración de contratos de obra o servicio, en virtud de nuestra propuesta. En contraposición, si la actividad subcontratada sí cumpliera los requisitos del art. 15.1 a) LET, tendríamos que observar las características de la empresa contratista puesto que, si esta última presta servicios para otras empresas, tampoco podría atender al encargo con personal temporal, en virtud del cambio de doctrina de la STS 29-12-2020. Como podemos observar, este doble control no sólo es técnicamente posible, sino que además supondría el establecimiento de un marco jurídico más tuitivo para este colectivo de trabajadores. En adición, esta propuesta es plenamente proporcional, especialmente si tenemos en cuenta que los trabajadores insertos en procesos de subcontratación han de lidiar con unas condiciones laborales especialmente precarias; situación permitida o incluso propulsada por nuestro ordenamiento jurídico, en general y nuestros tribunales, en particular.

6. REFLEXIONES FINALES

La doctrina jurisprudencial iniciada en 1997 en materia de contratos temporales celebrados en el marco de una subcontrata supone un claro ejemplo de cómo los Tribunales pueden comprometer la estabilidad en el empleo⁶⁴. Paradójicamente, esta doctrina fue iniciada en un momento histórico en el que el legislador pretendía reducir las altas tasas de temporalidad. Recordemos que la década de los ochenta fue período en el que se potenció la contratación temporal como consecuencia de la aprobación de la LET 1980 y su reforma llevada a cabo por la Ley 32/1984, de

⁶² Alfonso Mellado, C.L.; Fabregat Monfort, G. “Contrato de obra y servicio... op. cit. p. 5.

⁶³ López Sánchez, M.C. “El contrato para obra o servicio determinado... op. cit. p. 13; Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal... op. cit.

⁶⁴ Autores como Fita Ortega y Costa Reyes señalan la responsabilidad de otros sujetos, tales como el legislador, los agentes sociales, la Administración Laboral en Costa Reyes, A. “Exigencias comunitarias, descentralización... op. cit., pp. 7-9 y Fita Ortega, F. “El contrato de obra y servicio determinado... op. cit. p., pág. 3.

2 de agosto. Frente a ello, en los años noventa el legislador intentó contrarrestar esta posición mediante la Ley 11/1994, de 19 de mayo y la Ley 63/1997, de 26 de diciembre. Precisamente en el año de publicación de esta última norma, el TS admite la vinculación entre subcontratación y contratación temporal, lo que favorecería el uso y abuso de esta última.

Es cierto que nuestro Alto Tribunal ha ido matizando dicha doctrina clásica, resaltando las resoluciones dictadas alrededor de 2008, 2018 y evidentemente la STS 29-12-2020. No obstante, con esta última, el Supremo no consigue acabar definitivamente con la jurisprudencia iniciada en 1997. Dado que las matizaciones del TS siguen una tendencia exponencial, con limitaciones cada vez más importantes planteadas en momentos cada vez más cercanos en el tiempo, podríamos augurar que el TS finalmente pondrá punto final a dicha doctrina. A su vez, el actual ejecutivo considera que la subcontratación es una de las materias que han de ser objeto de reforma laboral, por lo que la solución definitiva podría venir, no en forma de sentencia, sino de norma⁶⁵.

Para concluir, la vinculación entre subcontratación y contratación temporal es uno de los muchos aspectos problemáticos relativos a la subcontratación. De ahí que desde el ámbito doctrinal se esté demandando un cambio profundo en la materia, siendo el objeto de esta investigación uno de los diversos frentes que necesitan ser abordados⁶⁶.

Las tensiones que protagonizan este trabajo evidencian la necesidad de que nuestro ordenamiento jurídico reaccione ante los vertiginosos cambios de la realidad social. En término laborales, el Derecho del Trabajo necesita ir más allá del clásico esquema bilateral, adaptándose a las actuales relaciones multilaterales, cada vez más complejas y diversas. O, mejor dicho, nuestra sociedad necesita un Derecho del Trabajo capaz de ofrecer una respuesta adecuada y tuitiva ante tales cambios, consiguiendo, o al menos persiguiendo, una verdadera identidad entre *norma y realidad normada*⁶⁷.

⁶⁵ Reforma 8 del Plan de recuperación, transformación y residencia del Gobierno de España.

⁶⁶ Goerlich Peset, J.M. “Los límites de la regulación de las contrataciones...” op. cit. pp. 33-34.

⁶⁷ Conceptos empleados por el maestro Alonso Olea en su clásica obra: Alonso Olea, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*; 6ª edición, Civitas, Madrid, 1999, p. 28; posteriormente aplicados al fenómeno de la subcontratación por Martín Valverde en varios de sus trabajos: Martín Valverde, A. “Protección jurídica del trabajo en contrataciones: la norma y la realidad normada”; *Documentación laboral*, núm. 68, 2003, y Martín Valverde, A. “Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones” en Blat Gimeno, F. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

EMPRESAS FICTICIAS, INTENSIDAD EN LA PRUEBA DEL FRAUDE Y ACTUACIÓN PROCESAL DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

Sentencia TSJ Cataluña 59/2021, de 15 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2021:59)

ROBERTO FERNANDEZ VILLARINO*

SUPUESTO DE HECHO: La Sentencia de instancia estima una reclamación de cantidades frente a una empresa que no comparece al acto del Juicio. Sí que lo hace el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA), que impugna determinados conceptos pero no el hecho de que la empresa fuera ficticia, esto es, diseñada para obtener prestaciones públicas de manera fraudulenta.

Se evidencia que con fecha 14 de marzo de 2016 existía un Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el que se calificaba a la empresa en la que había trabajado el actor como ficticia o fraudulenta. En dicho informe se propone a la TGSS “la anulación de la totalidad de las altas de los trabajadores de la empresa, así como su código de cotización con traslado de lo actuado al FOGASA al INSS y al SEPE”. Dicho informe tuvo entrada en el FOGASA el día 22 de marzo de 2016, resultando implicados en el cobro de prestaciones hasta quince trabajadores, que fueron citados ante la Inspección, reconociendo la mayoría de ellos que no tenían constancia de la citada empresa o que nos les constaba que habían trabajado nunca para ella. El actor igualmente fue citado pero no acudió.

El FOGASA recurre la resolución de instancia vía art. 193 c) LRJS, señalando como precepto legal infringido el artículo 33 del ET en relación al artículo 6.4 del Código Civil. Se pretende, en suma, el mantenimiento de la denegación realizada en vía administrativa, pues sostiene esa posibilidad aun cuando el derecho derive de título judicial firme, en los supuestos en que se advierta que la empresa era ficticia y que la relación laboral se había formalizado con el exclusivo objetivo de obtener prestaciones de carácter público.

RESUMEN: La Sentencia de suplicación aborda los límites y la consideración jurídica de la “intensidad exigible a la prueba del fraude” derivada de las relaciones laborales ficticias. Cuando hablamos de relaciones laborales

* Profesor Asociado Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

ficticias hacemos referencia a la arquitectura de aparentes entidades mercantiles, bajo la que se sustentan contratos de trabajo simulados con el único objetivo de obtener prestaciones públicas, sin que por tanto haya una contraprestación efectiva de trabajo por salario. La “intensidad exigible” hace referencia al nivel de exigencia necesario para revocar los hechos probados de una sentencia, más allá de lo evidenciado por el propio informe ITSS. Incluye indicadores a partir de los cuales se puede medir la intensidad de la prueba aportada, principalmente, el soporte documental probatorio aportado por el actor.

Por otra parte se analiza si esta pretendida revocación no contraviene lo dispuesto en el artículo 23.5 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, de modo que debe acudir a juicio y alegar dicho fraude en el mismo, al amparo de las facultades que le confiere y, si no lo hace, queda vinculado por los pronunciamientos de la sentencia.

INDICE

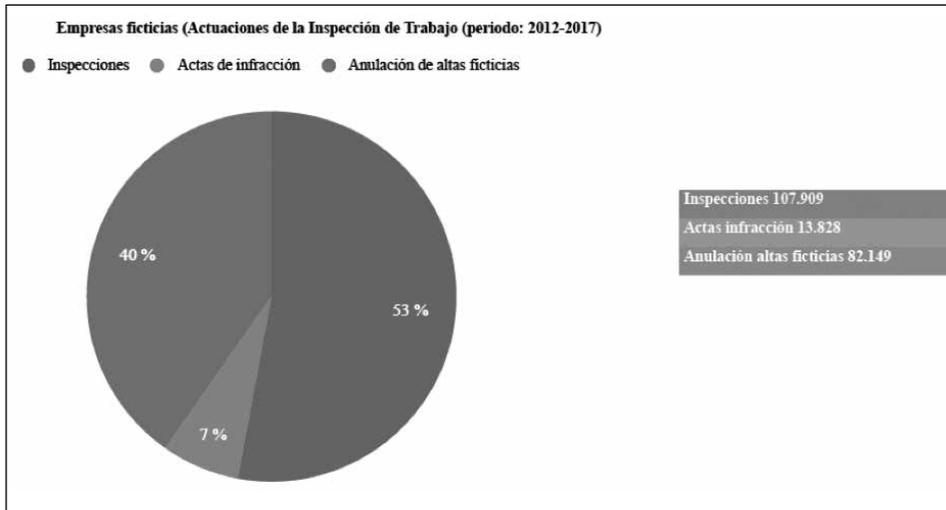
1. LA ARQUITECTURA DEL HECHO FRAUDULENTO: INDICADORES
2. LOS PRETENDIDOS EFECTOS REVOCATORIOS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO
 - 2.1. La actuación procesal del FOGASA en el acto del juicio
 - 2.2. El momento del conocimiento efectivo por el FOGASA de la situación de fraude
 - 2.3. La intensidad exigible a la prueba del fraude
3. CONCLUSIONES

1. LA ARQUITECTURA DEL HECHO FRAUDULENTO Y SU CONTEXTUALIZACIÓN. INDICADORES

Antes del abordaje del debate jurídico presentado por la sentencia, nos parecía conveniente tener presente la traducción del mismo en datos concretos. Hablamos del alcance e impacto económico del fraude en nuestra sociedad, así como los elementos que lo caracterizan. También resulta interesante disponer de la extensión de las consecuencias jurídicas de las empresas ficticias más allá del ámbito administrativo laboral, recordando para ello, los requisitos que componen el tipo legal de los delitos vinculados con esta figura. Este contexto, -junto con el trasfondo social y económico inherente al mismo-, nos ayudará a situar y visualizar con más claridad el alcance de la discusión jurídica que se plantea en casos similares al analizado.

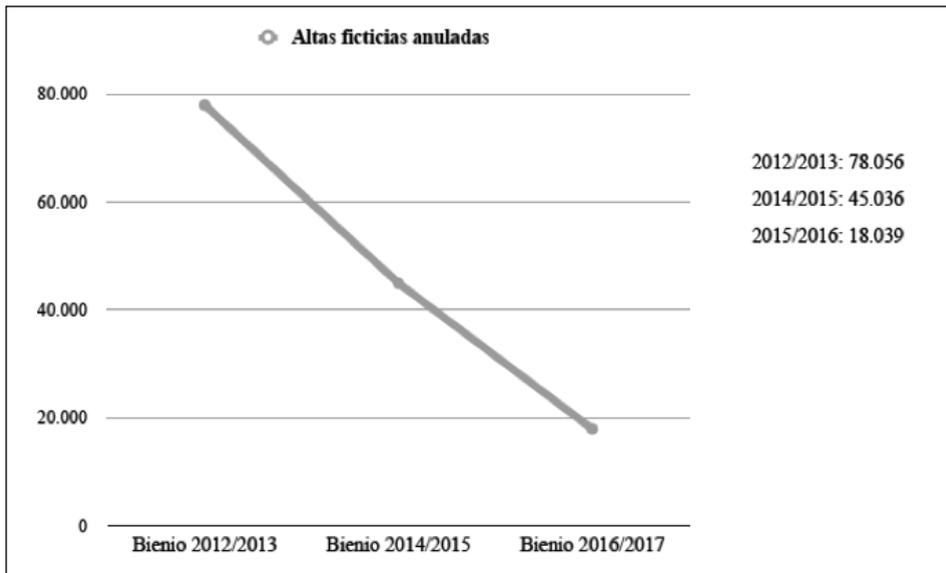
Por lo que respecta a los datos concretos de afloramiento de empresas ficticias como consecuencia de las actividades inspectoras, destacamos:

Gráfico n° 1.

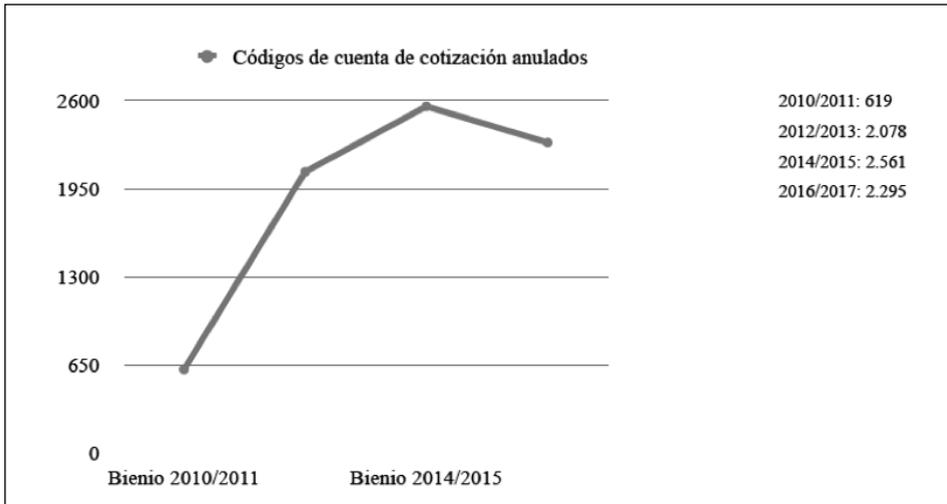


Fuente: Elaboración propia a partir de los Datos del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020.

Gráfico n° 2.



Fuente: Elaboración propia a partir de los Datos del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020

Gráfico n° 3.

Fuente: Elaboración propia a partir de los Datos del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020

Por otra parte, el impacto económico estimado por las medidas adoptadas contra el fraude, considerando que, las altas anuladas que no llegaron a generar prestaciones, -(un 60% de las altas inducidas estaban destinadas al cobro de la prestación por desempleo y un 30% al cobro de la prestación por maternidad)-, asciende a 923,17 ME.¹

¿Qué común denominador que puede observarse del conjunto de estos datos? Ante todo una significativa disminución del fenómeno, si bien, cada vez se observa una mayor complejidad en el diseño y arquitectura del mismo, con el objetivo de no ser detectado por la Inspección².

¿Cuáles son los elementos que caracterizan al patrón del fraude? conforme al Plan Estratégico, el elemento característico que se repite de manera recurrente es el ánimo de lucro del empresario ficticio junto con la existencia de previas

¹ Impacto económico de los resultados: Total Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Pág. 54 Plan Estratégico

² Así, en el Plan Estratégico se concluye, pág. 9: (...) “El enorme esfuerzo efectuado en la lucha contra esta modalidad de fraude ha llevado a la reducción significativa del fraude organizado en este aspecto. Si al comienzo de la Legislatura era habitual la creación de estas empresas completamente ficticias con el objeto de facilitar el acceso indebido a prestaciones, sobre todo de desempleo, en el a o 2015 se ha producido una notable reducción de las mismas produciéndose un mayor número de connivencias o simulaciones puntuales en empresas reales, lo que determina una mayor complejidad tanto en la detección como en el desarrollo de las actuaciones inspectoras de comprobación”.

relaciones personales entre empresario y trabajador. Así se concluye en el texto del Plan: (...) “Esta modalidad fraudulenta reproduce el patrón de fraude más tradicional consistente en la simulación de relaciones laborales basada en relaciones personales entre el empresario y el trabajador y en menor medida en el intercambio de un precio entre ambos para la realización de la actuación fraudulenta. El ánimo de lucro del empresario ficticio es una seña de identidad de esta tipología de fraude”.

¿Qué indicadores pueden identificar la existencia de una situación de fraude? Principalmente los derivados de la ficha de análisis de signos de actividad emitida por la AEAT. Esta ficha de signos, forma parte de los avances en la implantación y desarrollo del Convenio con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, realizando una mejora de los mecanismos de intercambio de información. Como hitos importantes de esta colaboración es preciso referirnos a la suscripción, el 20 de julio de 2015, de la Adenda al Convenio de Colaboración entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en materia de intercambio recíproco de información para la prevención y corrección del fraude fiscal y a la Seguridad Social. En virtud de esta modificación del Convenio se intensifica la cooperación entre ambos organismos, facilitando la interconexión de los sistemas informáticos de ambas Inspecciones.

En el caso analizado (Antecedente de Hecho segundo de la Sentencia), se evidencia que la entidad mercantil en la que constaba el actor, consta de alta en fecha 13.02.2014 y sin fecha de baja. La citada ficha arroja la siguiente información:

- Modelo 390-392 referente a pago IVA, no aparecen consignadas liquidaciones.
- No existen retenciones en las retribuciones de ningún trabajador.
- Referente al modelo 347 sobre ingresos y pagos, tampoco se refleja ningún pago a proveedores ni ingresos de clientes.
- No se consigna ningún certificado de subcontratación.
- En el modelo 340 sobre pagos imputados existe 1 factura por importe de 60,50 euros al proveedor Ecosistemas digitales de negocios, y otra de 65,00 euros a la empresa NH Hoteles España S.A.”

Por lo que respecta a la repercusiones penales derivada de la consideración de empresas ficticias, recordemos en primer lugar la existencia de un tipo específico para el fraude de prestaciones, se trata del art. 307 ter se incorpora un nuevo artículo 307 ter tipificando la conducta delictiva orquestada de manera mendaz para este fin. Tal y como se recoge en el Plan Estratégico, este precepto (...) “evita así el riesgo de impunidad de aquellos fraudes más graves que hasta la fecha no superaban el límite cuantitativo objetivo, y se responde a la alarma social creada por la proliferación de fraudes masivos a la Seguridad Social”. Por otra parte,

la modificación del artículo 398 CP, aclara el tipo de falsedad de certificados, limitándolo a los de escasa trascendencia en el tráfico jurídico. Se clarifica que la falsedad de certificados relativa a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública se calificaron como falsedad en documento oficial cometida por particulares (art. 390 en relación con el 392 CP), castigados con penas superiores a las del tipo de falsedad de certificados. Finalmente, debe hacerse referencia a la ulterior reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de frustración en la ejecución y de la insolvencia punible, de incuestionable trascendencia en la lucha contra el fraude fiscal y de Seguridad Social.

Por último citar el recientemente publicado Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para los ejercicios 2021, 2022 y 2023, establece en su “Actuación 8.3 Empresas Ficticias: se debe continuar actuando en los casos en los que existan indicios de empresas ficticias, con una metodología apropiada y mejorando los recursos de apoyo y formación del personal actuante.”

2. LOS PRETENDIDOS EFECTOS REVOCATORIOS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Las pretensiones procesales del FOGASA se centran en extender los efectos revocatorios del expediente administrativo denegatorio de la prestación del actor, a la sentencia de instancia. La configuración del debate jurídico evidenciado por la sala de lo social del TSJ de Cataluña, incluye los siguientes elementos de análisis:

2.1 La actuación procesal del FOGASA en el acto del juicio

El marco legal de la discusión lo ofrece la consideración y extensión de lo establecido en el art. 23.5 de la LRJS determina que 5. “En los supuestos del apartado 2 de este artículo, así como cuando comparezca en juicio en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, el Fondo de Garantía Salarial deberá alegar todos aquellos motivos de oposición que se refieran a la existencia de la relación laboral, circunstancias de la prestación, clase o extensión de la deuda o a la falta de cualquier otro requisito procesal o sustantivo. La estimación de dichas alegaciones dará lugar al pronunciamiento que corresponda al motivo de oposición alegado, según su naturaleza, y a la exclusión o reducción de la deuda, afectando a todas las partes”.

Sobre la base de este precepto, la “actuación procesal” del FOGASA en el acto del juicio fue eminentemente activa. Se persona, acude al acto del juicio e impugna determinados elementos de la demanda, entre los que no se incluía la alegación de la consideración de empresa ficticia. De tal manera que se comparece y técnicamente se plantean excepciones procesales de prescripción que, a mayor abultamiento fueron atendidas por el Juzgado de Instancia. A la sazón nada impedía al FOGASA haber podido incorporar al debate la inexistencia de la relación laboral.

Circunstancia que el Tribunal no cita literalmente, pero al que se apunta de manera soslayada, (FJ Tercero): “el Fondo de Garantía Salarial, no solo compareció al acto de juicio en el Juzgado Social núm. 20 de Barcelona, sino que mantuvo una posición activa ejercitando oposición a la cantidad reclamada mediante la alegación de prescripción de parte de la cantidad que se estaba reclamando en concepto de salarios debidos y no abonados”.

2.2 El momento del conocimiento efectivo por el FOGASA de la situación de fraude

La evidencia y posibilidad de disponer de conocimiento de la existencia de empresa ficticia por parte del FOGASA, no se produjo con posterioridad al día de señalamiento del acto del juicio, en el que conforme a lo establecido en el art. 23.5 de la LRJS podría esgrimirlo. Ocurrió antes y no se alegó. Así en el FJ Tercero se dice, “(...) tanto a la data del juicio (de 3 de mayo de 2016) como de la propia sentencia (del día 13 del mismo mes) la Autoridad Laboral (dependiente del Mº de Empleo y Seguridad Social) ya habían formalizado el Acta (de 7 de marzo de 2016) de la que se acuerda dar traslado, entre otros a un Organismo que (aunque autónomo) se haya adscrito a aquél; constituyéndose en “unidades administrativas periféricas integradas en las Direcciones provinciales de trabajo y Seguridad Social” (arts. 1.1 y 4.2 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial”.

La sentencia recurrida resuelve, citando expresamente sentencias de esa misma Sala que han examinado la cuestión que en su momento se le plantea, la de 9-2-2015 (recurso 6934/14) (EDJ 2015/58196), sentencia que también cita la parte recurrente; o las de fecha 12-1-2017 (recurso 3977/17) y 6-4-2018 (recurso 828/2018), expresando que “...la posibilidad de que dicho organismo dicte resolución contraria a la sentencia de la que dimana el título ejecutivo exige que la entidad tenga conocimiento del fraude con posterioridad al momento en que pudo intervenir en el acto de juicio del proceso que dio lugar a la sentencia, pues de lo contrario, debe acudir a juicio y alegar dicho fraude en el mismo, al amparo de las facultades que le confiere el artículo 23.5 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (EDL 2011/222121), de modo que, si no lo hace, queda vinculado por los pronunciamientos de la sentencia...”

2.3 La intensidad exigible a la prueba del fraude

Si bien es cierto que el citado Informe de la Inspección de Trabajo, anula el alta de la totalidad de todos los trabajadores afiliados a la empresa, previa diligencia de averiguación a través de la citación de los trabajadores implicados, queda acreditada la inasistencia del actor y la consideración individual de su situación (al contrario de lo que ocurre con otros). A la luz de los resultados del Informe, se traslada expresamente al FOGASA para que en el ámbito de

su competencia tenga constancia de cara a la correspondiente depuración del procedimiento administrativo de reconocimiento de las prestaciones. Así, en el FJ Tercero: “(...) entre la relación de los afiliados que se citan no figura el hoy actor, refiriendo -entre los hechos que en la misma se recogen- que la empresa “consta de alta el 17.02.2014 y baja...de oficio en fecha 22.04.2015”; para concluir (tras su remisión a las situaciones de fraude y su justificación) que la misma “no desarrolló actividad empresarial alguna, que su creación tenía por finalidad, en el contexto de la aparición de empresas ficticias o fraudulentas la obtención indebida de, al menos, prestaciones de Seguridad Social...”. Razón por la que se procedió a “anular el alta de la totalidad de todos los trabajadores de la empresa” así como el “código de cotización” correspondiente a la misma; acordándose el “traslado de las...actuaciones” (entre otros) al “Fondo de Garantía salarial...para que el ámbito de su competencia adopten las medidas legales oportunas).

Al hilo de lo anterior, el actor, no concernido personalmente en el acta, aporta en el acto del juicio prueba documental acorde con las pretensiones de su acción a la que tuvo acceso el FOGASA y que, junto con el resto de pruebas, configuró el debate jurídico a partir del cual el mismo hizo las consideraciones procesales y de fondo apuntadas en este comentario. El comportamiento individual del actor, a la luz de estas evidencias y a criterio del Juzgado, mantiene una coherencia procesal incontrovertida que hace no superar lo que el Juzgado considera la intensidad que debe esperarse de la conducta procesal fraudulenta. Una conducta fraudulenta que ha de observarse sin ambages en la documental aportada en juicio. Así en la FJ Tercera: “(...) Del contenido de la actuación inspectora no puede considerarse acreditada (con la intensidad exigible a la prueba del fraude que se alega) una prestación ficticia de servicios por quien, no habiendo sido individualmente concernido por un Acta que elude toda singular referencia al reclamante, incorporó al proceso del que trae causa la presente resolución principios de prueba escrita acreditativa de su relación con la empresa; cuales son el contrato y las nóminas coincidentes con su reconocida situación de alta en el Sistema. Prueba a la que debe añadirse (por su significada relevancia jurídicoprocesal) aquellos ya identificados pronunciamientos judiciales resolutorios de sendos procesos (de despido y reclamación de cantidad) en los que fueron parte el Fogasa sin que conste su intervención no obstante recabarse contra el mismo (y así fue resuelto en dichas sentencias) su legal responsabilidad subsidiaria”.

En relación con los pretendidos efectos del Expediente Administrativo sobre los derechos reconocidos en una sentencia firme y conclusión de la fundamentación jurídica, la sentencia concluye que, no estamos ante la situación de hecho de fraude contra el propio FOGASA sino ante una falta de alegación expresa en el acto del juicio de empresa ficticia, siendo aquel y sólo aquel, el momento procesal oportuno para plantearlo. En este sentido, en el Fundamento Jurídico Tercero “in fine”, (haciendo referencia al informe de la Inspección de Trabajo) evidencia que “(...) consta en el hecho probado quinto y que en relación con lo expresado en el sexto

pone también de relieve que el actor no compareció a la citación de la Inspección de Trabajo con lo que no existe referencia específica individualizada al mismo, o como se indica en las precedentes sentencia de la Sala es un “... trabajador no individualmente concernido por un acta que elude la singular referencia al trabajador, sin perjuicio de haber sido citado en las actuaciones inspectoras...”.

Como consecuencia de lo anterior, por estos mismos hechos, el actor no puede tener dos resoluciones contradictorias diamantes de la consideración de si existió o no una verdadera relación laboral. Así se concluye también en la Sentencia núm. 3711/2019, que determina que “(...) con gran claridad lo ha expresado la STC n.º 62/1.984, de 21 de mayo (...) “(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que los mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm. 3, de la CE (EDL 1978/3879). (...) en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24-1 de la CE (EDL 1978/3879), pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios”.

3. CONCLUSIONES

El impacto económico y social de las conductas y actividades fraudulentas sobre las que gira el debate jurídico de este análisis, puede generar(nos) una primera impresión una tanto equívoca sobre el fallo de la sentencia. Algo así como el “triumfo” del actor “espabilado” que juega bien sus cartas y tiene un golpe de suerte en el acto del juicio: no acude al requerimiento de la inspección, presenta a juicio documentos coherentes y con apariencia de legalidad y, sobre todo, superan el filtro de la contradicción procesal: el FOGASA pese a poder tener constancia documental del fraude no lo alega en el acto del juicio. No obstante, siguiendo la propia argumentación de la sentencia comentada, un eventual fallo favorable a los intereses del FOGASA genera un perjuicio aún mayor contra los elementos que configuran el principio de seguridad jurídica. Esta percepción que el lector puede albergar acerca de que el actor pudo defraudar, es superada por las consecuencias jurídicas de una resolución que eventualmente hubiere determinado la incorrección de la sentencia de instancia. Como hemos observado, en palabras de TC, implicaría concluir que unos hechos ocurrieron y a la misma vez no ocurrieron.

Resulta interesante el concepto esgrimido por el TSJ de Cataluña, de la intensidad exigible a la prueba del fraude, esta ponderación más allá de los resultados objetivos del acta de la Inspección de Trabajo, no exento en mi opinión de cierto sesgo subjetivo. Documento en el que, con meridiana claridad (apoyándose además en las evidencias de inactividad acreditada a través de los datos de la AEAT) se determina la existencia de fraude, más allá de que el actor acudiese o no a la cita de la Inspección. La apariencia de legalidad de nóminas, contratos y certificados de empresa aportados al acto del juicio por el actor y no impugnados por el FOGASA, han terminado generando una apariencia de buen derecho tal, que termina contrarrestando los resultados de aquella.

Con independencia de este debate jurídico, considero interesante subrayar, otro que percibo al hilo de segundas y terceras lecturas del fallo.

Se trataría, si procede, -para generar mayor jurídica y cribar posible situaciones de riesgo como las analizadas en este artículo-, la creación de un “listado de empresas ficticias” previamente determinadas por la Inspección de Trabajo y TGSS. Similar al listado de deudores del art. 95 bis de la Ley General Tributaria (comúnmente conocido como “listado de morosos”). En este sentido, podría ser confeccionado a partir de los indicios de fraude extraídos de la aplicación de metodología analítica y técnicas matemáticas que, basándose en los casos ya investigados o bien en aquellos casos sin investigar que presenten estos indicios, y que permitan identificar de forma anticipada, situaciones potencialmente fraudulentas.

Como se apunta en el Plan estratégico, esta metodología y las técnicas citadas “se estén aplicando de forma progresiva a cada uno de los diferentes sectores económicos de las empresas, priorizando su puesta en marcha en aquellos en los que pueden tener una mayor incidencia los resultados analíticos. Estos resultados determinan que las empresas o trabajadores en los que ha concurrido una o varias de las condiciones que se han entendido como relevantes en los estudios deben ser analizados de una forma más exhaustiva para concluir si, efectivamente, reúnen indicios de fraude”.

A mayor abundamiento, citamos el recientemente publicado Real Decreto 688/2021 de 3 de agosto de 2021, por el que se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (modificación de LISOS), que no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2022. El texto legal, viene a regular la automatización, en casos concretos, de la actividad de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Así en la E de M del citado RD se dice: el análisis masivo de datos para la detección de fraude permite conocer la existencia de incumplimientos de los sujetos obligados, especialmente en materia de Seguridad Social, que provocan perjuicios a los trabajadores afectados y a la propia administración de la Seguridad Social. En ocasiones, la constatación de estos incumplimientos no requiere la intervención directa de ningún funcionario

del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. Al hilo de ello el art. 44 del RD aborda el “procedimiento promovido por actuación administrativa automatizada” que se nutre de datos, antecedentes e informes del sistema de información de la IT, así como de las entidades que prestan su auxilio y colaboración.

Esta considerable base de datos, incrementada con los resultados de la colaboración / cooperación entre administraciones públicas, junto con la gran capacidad analítica que otorga la inteligencia artificial y la capacidad de gestión que ofrece la “actividad automatizada” bien podrían ser aplicados a la detección de situaciones de fraude como las abordadas en este artículo. La referencia de disponer de un listado de empresas ficticias que recopile el resultado de estos datos, podría contribuir a evitar disfuncionalidades de esta naturaleza, ofreciendo resultados concretos visibles para todas las administraciones con competencias en materia de prestaciones públicas.

**LA PROMOCIÓN PROFESIONAL NO DEBE PONDERAR
EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DE LOS
TRABAJADORES***

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 4217/2021, de 18 de octubre
ECLI: ES:AN:2021:4217

FRANCISCO TRUJILLO PONS**

SUPUESTO DE HECHO: La sentencia trata un procedimiento de conflicto colectivo para determinar si el proceso evaluador implementado por la parte demandada resulta ilícito por abusivo. Este sistema permite a los trabajadores el acceso efectivo a la progresión económica prevista en el plus de nivel del Convenio Colectivo.

Se prueba que este plus de nivel no solo actúa como elemento complementario de la clasificación profesional, fijando diversos niveles retributivos dentro de una misma categoría profesional de los Técnicos de Mantenimiento Aeronáutico (TMA), con el fin de facilitar la promoción económica dentro del mismo, sino, también, de atender a otros factores distintos del funcional en la determinación y progresión de las retribuciones (distinta de los ascensos con regulación en el art. 33 del Convenio Colectivo).

RESUMEN: En esta sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) núm. 4217/2021, de 18 de octubre (rec. núm. 182/2021 ECLI: ES:AN:2021:4217) se aborda el proceso evaluador implementado por la empresa demandada y se analiza su carácter abusivo al considerar la actora que obstaculiza y limita el derecho a la progresión económica de los trabajadores. Lo relevante de esta sentencia, al margen del estudio del Convenio Colectivo de aplicación y el estudio de su sistema de evaluaciones para la subida de nivel salarial, es el escrito del Comité de Empresa que, al tratar el sistema de evaluaciones de la empresa, pone de relieve el derecho a la desconexión digital como un valor que la empresa toma como referencia para la prueba de evaluación y la progresión económica de sus trabajadores.

* El presente trabajo se enmarca en las líneas de actuación del Grupo de Investigación: “Desconexión digital en el trabajo”. DesC-Labor (GIUV2020-473) Universitat de València (España) www.desclabor.com

** Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La disposición para trabajar y atender comunicaciones de los superiores fuera de la jornada laboral no debe ser indicador de “buen trabajador”. Estos aspectos no pueden ser considerados en los sistemas de evaluación ni en el acceso a incentivos. El derecho a la desconexión digital y su eventual ejercicio no ha de ser ponderado en los sistemas de promoción profesional.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. HECHOS Y ANTECEDENTES
3. POSICIÓN DE LAS PARTES
4. NORMATIVA APLICABLE AL CASO
5. DOCTRINA BÁSICA
6. PARTE DISPOSITIVA
7. PASAJES DECISIVOS
8. COMENTARIO
9. APUNTE FINAL

1. INTRODUCCIÓN

En esta sentencia se aborda el proceso evaluador implementado por la empresa demandada y se analiza su carácter abusivo al considerar la actora que obstaculiza y limita el derecho a la progresión económica de los trabajadores. Lo relevante de esta sentencia, al margen del estudio del Convenio Colectivo de aplicación y el estudio de su sistema de evaluaciones para la subida de nivel salarial, es el escrito del Comité de Empresa que, al tratar el sistema de evaluaciones de la empresa, pone de relieve el derecho a la desconexión digital como un valor que la empresa toma como referencia para la prueba de evaluación y la progresión económica de sus trabajadores.

El interés del comentario de esta sentencia se encuentra justificado por los escasos pronunciamientos que existen sobre el señalado derecho; regulado en España por primera vez en 2018 por la LOPDGDD (art. 88) y, posteriormente por la LTD (art. 18).

La sentencia que se aborda seguidamente es, hasta día de hoy, la primera que relaciona la promoción profesional con el ejercicio del derecho del trabajador a desconectarse digitalmente del trabajo.

2. HECHOS Y ANTECEDENTES

Los actos de conciliación y juicio que tuvieron lugar el día indicado para su celebración dieron como resultado la no avenencia. En estos actos, la parte demandante (Asociación Sindical Técnicos de Mantenimiento Aeronáutico

-ASETMA-, posteriormente se adhirieron UGT y SEPLA) declaró 1) abusivo el proceso evaluador implementado por BABCOCK (empresa demandada) por obstaculizar y limitar el derecho a la progresión económica de sus Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves (TMA), solicitando que se condenara a BABCOCK a llevar a cabo un procedimiento evaluador que permita el acceso efectivo a la progresión prevista en el Plus de Nivel del I Convenio INAER; 2) el derecho de los TMA que no superaron el porcentaje de respuestas acertadas a repetirla una vez la empresa lleve a cabo un nuevo procedimiento evaluador y; 3) el derecho de los TMA que tienen reconocido su nivel, a ser evaluados para su progresión económica a TMA 4, con efecto retroactivo de la misma en caso de superarla.

Esta demanda pese a que fue desestimada por la SAN de 9/2018, fue recurrida en casación y el TS dictó sentencia el 5-2-2020 estimando el recurso de casación accediendo a las peticiones de la parte demandante, resolviendo el Alto Tribunal *“..Casar y anular la sentencia de la audiencia nacional y estimar la demanda declarando el derecho de los TMA a ascender de nivel retributivo “plus de nivel” con efectos del momento en el que concurran en cada uno de ellos las circunstancias literalmente establecidas en el anexo iii del convenio, así como a llevar a cabo las correspondientes evaluaciones a tal fin”*.

Para la ejecución de la sentencia, la empresa demandada alcanzó un Acuerdo con ASETMA y el Comité de Empresa. Sin embargo, se denunció la convocatoria presentada por la empresa en tanto no fueron convocados TMA que habían cumplido los requisitos de antigüedad y de prestación de servicios, existieron vicisitudes del proceso evaluador denotando su carácter abusivo (solo superaron el test evaluador 3 de los 9 TMA convocados para adquirir el nivel 2).

La empresa se opuso a la demanda, con carácter procesal alegando dos excepciones: 1) inadecuación de procedimiento por cuanto que debió acudir a la ejecución del acuerdo de 1-6-2.020 ya que fue homologado judicialmente y 2) falta de acción respecto del segundo pedimento por cuanto que se hacen defensa de intereses futuros- hecho décimo de la demanda-. Ahora bien, en cuanto al fondo admitió parte de los hechos, destacando a su favor, tanto la inaplicación del Convenio (reconoció que carecía de relevancia), como que se ajustó a lo pactado el número de convocados y que las pruebas eran objetivas y previamente conocidas por los TMA.

3. POSICIÓN DE LAS PARTES

Tras la estimación de la demanda formulada por ASETMA en el recurso de casación núm. 105/2020, la parte demandada manifestó que efectuaría las evaluaciones para la subida de nivel a que se refiere el Convenio en su regulación del plus de nivel en la siguiente manera: para los TMA que cumplieran la experiencia mínima entre los meses de enero y junio de cada año sería entre los meses de

octubre y noviembre del año en curso, y para aquellos que cumplan la experiencia mínima entre los meses de julio y diciembre, serían evaluados en los meses de febrero y marzo del año siguiente. El TMA que no superara la evaluación a que fuera sometido sería programado para repetirla en la siguiente convocatoria.

Adherida a esta postura, la dirección de la empresa presentó un acta de reunión tenida con el Comité de Empresa detallando el sistema de evaluaciones del personal de mantenimiento y estructura. Este sistema consistía en el cumplimiento de los prerrequisitos para el acceso y la consecución de una nota mínima de 7 a obtener entre dos pruebas diferenciadas por las que se medirán por una parte, los “Conocimientos Técnicos” y, por otra, los “Comportamientos Observables”, siendo estos últimos relativos a una serie de valores (un total de cinco) de los trabajadores, a saber: “*Valores Babcock: Health&Safety (seguridad y salud), Deliver (operativa), Challenge (mejora continua), Respect & Trust (trabajo en equipo y liderazgo), Complexity (compromiso e implicación) y Relationship & Reputation (compromiso e implicación)*”.

La empresa recibió por parte del Comité unas dudas acerca de su escala de “Valores” por su carácter subjetivo señalándole que revisaría el sistema de puntualización a utilizar.

Tras el acuerdo de la empresa anteriormente manifestado, el la parte demandante señaló que en el listado adjuntado con el acuerdo no aparecían la totalidad de trabajadores, dejando 60 TMAS sin ser convocados a la evaluación correspondiente.

Igualmente, trasladó su disconformidad a la dirección de la empresa respecto del señalado sistema utilizado y los criterios de evaluación, fundamentalmente en lo que se refiere a la evaluación sobre 7, a la subjetividad en la ponderación de los “valores” y al hecho de que se “penalice” a los trabajadores “normales”. Su crítica versó sobre dos aspectos: uno que fuese la puntuación mínima de 7 a obtener, optando porque fuese un 5 y, de forma más destacable, puso en duda los compartimientos observables, estos son, los cinco valores ya mencionados. De todos ellos, es de significar por su relación directa con el derecho a la desconexión digital en el trabajo el valor relativo al *Relationship & Reputation* (“compromiso e implicación”), el cual fue considerado por la parte demandante como abusivo dado que, la disponibilidad fuera de horario de trabajo no debería ser un valor por considerar, puesto que todo trabajador tiene un claro derecho al descanso y a la desconexión digital, por lo que no tiene obligación alguna de estar disponible y, por tanto, no debería ser penalizado en sentido alguno por ello. Así, la representación de los trabajadores consideró que la empresa había vulnerado el derecho a la desconexión digital de aquellos que se encontraban descansando.

Ante estas dudas manifestadas por el Comité de Empresa, la demandada contestó que, en uso de sus facultades organizativas habían definido un modelo que otorgaba igualdad de oportunidades a todos los empleados acorde con el nivel de

experiencia al que se podía optar. Mantuvieron el 7 como nota mínima, señalando que los valores denominados como *Babcock* “eran ampliamente conocidos y comunicados”. Adicionalmente estaban colocados en varios carteles por la compañía. El no conocerlos es algo grave y no aceptable. Así mismo, señaló que el sistema de valoración no era discriminatorio y lo que buscaba es conocer el alto potencial de la compañía. Es más, la empresa consideró que “un trabajador medio en comportamientos observables pasaría la evaluación”. Finalmente, la empresa añadió que con este sistema de evaluación, lo que buscaba era que todos sus trabajadores estuvieran alineados con los valores de la compañía, no considerando pues, cambiar la valoración al estar muy alineados tanto con la misión como con los servicios que desempeña.

Fuertemente contrariados con la respuesta de la demandada, la representación de los trabajadores mostró su disconformidad aduciendo que el procedimiento era claramente abusivo, arbitrario y diseñado para evitar las posibilidades de progresión de los trabajadores de la empresa. Más, al considerar que el sistema diseñado contaba con una serie de criterios de carácter subjetivo que dejaban la posibilidad de acceso a la nueva categoría a la única voluntad del evaluador, prescindiendo de la objetividad que deben presidir estos procedimientos.

4. NORMATIVA APLICABLE AL CASO

- Artículo 24.1 del Estatuto de los Trabajadores (ascensos);
- Artículo 35.1 de la Constitución Española (promoción a través del trabajo);
- Artículo 4.2 b) del Estatuto de los Trabajadores (reconoce como derecho básico la promoción profesional);
- Artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial , en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social;
- Artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social;
- Artículo 88 (derecho a la desconexión digital) de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (no citado en la sentencia aquí comentada, añadido por el autor del artículo);
- Artículo 18 (derecho a la desconexión digital) de la Ley de Trabajo a Distancia (no citado en la sentencia aquí comentada, añadido por el autor del artículo).

5. DOCTRINA BÁSICA

Con respecto a las pruebas y evaluaciones para las futuras progresiones profesionales que se iban a realizar en la empresa, el Comité puso de manifiesto su más absoluta oposición ante lo que consideró un procedimiento claramente abusivo, arbitrario y en todo caso diseñado para evitar las posibilidades de progresión de los trabajadores de la empresa. En este parecer, consideró que este sistema vulneraba de forma taxativa lo establecido en el artículo 35.1 de la Constitución (promoción a través del trabajo) y que se reconoce como derecho básico en el artículo 4.2 b) del Estatuto de los Trabajadores.

Como es sabido, de conformidad con el artículo 24.1 del Estatuto de los Trabajadores, los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se deben producir conforme disponga el Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo colectivo entre los representantes de los trabajadores y la empresa. Por consiguiente, la actora consideró que debía existir un acuerdo en esta materia y de no conseguirlo, consideraríamos adecuado la posibilidad de un arbitraje que facilitara un consenso en una cuestión tan sensible como son las progresiones profesionales.

Por su parte, la parte demandada alegó la excepción de inadecuación de procedimiento toda vez que consideró que la modalidad de conflicto colectivo resultaba improcedente para encauzar su petición, que traía causa de un acuerdo alcanzado en ejecución de sentencias homologado judicialmente. Sin embargo, la Audiencia Nacional, en sus fundamentos de derecho señaló que no había dudas en considerar que lo que se solicitaba en la demanda excedía tanto de lo resuelto en su día por el TS, como de lo estipulado entre las partes en el Acuerdo de 1-6-2.020 en el que simplemente se fijaban las fechas en las que se llevarían a cabo las evaluaciones y que la empresa informaría a la representación de los trabajadores, por lo tanto, las peticiones de la actora tenían perfecto encaje en lo dispuesto en el art. 153 de la LRJS y la excepción debía rechazarse. En este sentido, la Audiencia Nacional se apoyó en la STS de 14-10-2.020- rec. 185/2.019- la cual estimaba que el procedimiento de conflicto colectivo era adecuado para encauzar una pretensión, aun existiendo un título ejecutivo anterior cuando las pretensiones resultaban ajenas a lo dispuesto en el título.

Igualmente, la parte demandada argumentó la excepción de falta de acción por cuanto a la vista de los alegados en los hechos de la demanda, en donde se efectuaban especulaciones de futuro, negándose así la existencia de un conflicto real y actual, solicitando así a la Sala una opinión o un dictamen de futuro. En este sentido, la misma Audiencia Nacional en su sentencia de 3-3-2020 (proc. 285/2019) recogía que es “presupuesto previo para que se active el derecho a la tutela judicial debe plantearse de oficio si la cuestión que se somete a su consideración obedece a una situación de conflicto real y actual, o si por el contrario la pretensión que se ejercita tiene por objeto la mera solicitud de un dictamen ante una situación

hipotética o de futuro”. Adherido a lo anterior la Sala cita la STS de 22-2-2017 (rec.120/2016). En suma, la Audiencia Nacional afirmó que se estaba ante un conflicto real y actual dado que lo que se venía a denunciar era el carácter abusivo del sistema de evaluación realizado por la empresa en las evaluaciones y los eventuales derechos de los trabajadores afectados a raíz de tal declaración. El hecho de que en relato fáctico de la sentencia de instancia para justificar dicho carácter abusivo se hicieran especulaciones de cara al futuro, no enervaba que la pretensión que se ejercitaba se encontrara vinculada a una auténtica situación de conflicto entre empresa y representantes de los trabajadores de la que daban efectiva cuenta las diversas reuniones y comunicaciones entre las partes plasmadas en el relato fáctico de la presente sentencia.

6. PARTE DISPOSITIVA

Previa desestimación de las excepciones de inadecuación de procedimiento y de falta de acción y con estimación parcial de la demanda interpuesta por ASETMA frente a BABCOCK, a la que se han adherido UGT y SEPLA, se declara el derecho de los TMA que tienen reconocido su nivel a fecha 1.01.2018 y como consecuencia tienen cumplidos los 36 meses de tiempo mínimo en la categoría TMA 3 el 31.12.2020, a ser evaluados para su progresión económica a TMA 4, con efecto retroactivo de la misma en caso de superarla, al mes de abril de 2021, condenando a la empresa estar y pasar por la anterior declaración.

7. PASAJES DECISIVOS

En este apartado se analiza la postura de la Audiencia Nacional que resuelve la cuestión planteada, esta es: si la demandada ha actuado de forma abusiva, como se denuncia por parte de la actora.

CUARTO.- Para resolver tal cuestión se parte de las siguientes consideraciones:

1.- La STS de 13-5-2019- rec. 246/2018-, explica el abuso de derecho en los siguientes términos: “el abuso de derecho, recogido en el art. 7.2 del Convenio Colectivo, que comporta una actuación que sobrepasara el límite normal del ejercicio de un derecho con el exclusivo propósito de dañar a un tercero, lo que implica que su apreciación exige unos hechos probados que pongan de manifiesto tanto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) como las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)”;

2.- Ni el Convenio Colectivo, ni la STS de 5-2-2.020 que establece la interpretación que debe seguirse en orden a la promoción dentro de las diversas categorías de TMAS, ni el Acuerdo de fecha 1-6-2.020 establecen cuestión alguna relativa a las pruebas de evaluación que la empresa debe realizar semestralmente para la referida promoción, señalando este último únicamente que las mismas deberán ser conocidas por la representación legal de los trabajadores.

En estos términos únicamente podría ser considerado abusivo aquel proceso evaluador que por referirse a cuestiones ajenas a la profesión del colectivo afectado, o por ser extremadamente dificultoso impidiese de forma deliberada cualquier promoción económica. Y tal circunstancia no ha quedado probada en el presente caso, en el que una vez realizadas las pruebas de promoción consta acreditado que más de la mitad de los candidatos han obtenido la misma, sin que pueda pretenderse, como parece inferirse de la demanda de la actora, y del alegato vertido por su letrada en el acto del juicio, que tal evaluación ha de ser un mero trámite, prácticamente vacío de contenido que ha de favorecer la promoción de nivel de los candidatos sin prácticamente efectuar esfuerzo alguno.

En consecuencia, la Audiencia Nacional rechazó las dos primeras peticiones de la actora.

QUINTO.- Distinta suerte ha de correr la última de las pretensiones, esto es la relativa a si los TMAs 3 a los que los que consta su registro de categoría en fecha 1/1/2.018 debían ser llamados a la convocatoria que se celebró en el mes de marzo de 2.021.

Al respecto el acuerdo de fecha 1-6-2.021 señala que: “La empresa efectuará las evaluaciones para la subida de nivel a que se refiere el Convenio en su regulación del plus de nivel en la siguiente manera: para los TMA que cumplan la experiencia mínima entre los meses de enero y junio de cada año será entre los meses de octubre y noviembre del año en curso, y para aquellos que cumplan la experiencia mínima entre los meses de julio y diciembre, serán evaluados en los meses de febrero y marzo del año siguiente”.

El Convenio Colectivo exige para promocionar de TMA3 a TMA4 tener una experiencia mínima 36 meses en categoría anterior, ello evidencia que el requisito se colma cuando el trabajador ha prestado servicios para la empresa durante 36 meses ostentando el nivel sin que el día en el que se adquiere el mismo deba ser excluido del cómputo.

Por lo tanto, aquellos trabajadores que ostentan el nivel TM3 desde el 1-1-2018 al concluir el día 31-12-2.020 ostentaban 36 meses de experiencia en dicho nivel, pues no existe motivo alguno para excluir del cómputo de los 36 meses el primer día del mes en el que se les reconoció la categoría, pues ese día ya se encontraban a disposición de la empresa ostentando la misma, lo que hace que el cómputo de fecha a fecha que propugna la demandada conforme al art. 5 del

Convenio Colectivo, no pueda resultar aplicable al presente caso, pues ello implica excluir un día en el que se ya se ostentaba la categoría y que como tal se prestaron servicios, sin que exista justificación alguna.

Por ello, la Audiencia Nacional estimó las dos últimas pretensiones de la actora ya que la demora de la empresa en la convocatoria que debió programarse para marzo de 2.021 no podía implicar pérdida de los derechos de los trabajadores.

8. COMENTARIO

En el escrito del Comité de Empresa que recoge la presente Sentencia de la Audiencia Nacional 4217/2021 de 18/10/2021 (Nº de Recurso: 182/2021) se consideraba que la empresa había vulnerado el derecho a la desconexión digital de aquellos que se encontraban descansando. Siguiendo esta tesis del Comité, los trabajadores no pueden verse perjudicados en el sistema de incentivos, o como es en este caso en la promoción profesional en detrimento de otros trabajadores que no ejercen su desconexión digital, “ganando más puntos” en la empresa. Es un problema propio de culturas organizativas con estilos de mando dirigidos a potenciar la actividad permanente de los trabajadores y a su conectividad y disposición a trabajar pese a encontrarse en sus tiempos de descansos. En estos ambientes, se considera que la inactividad genera pérdidas y que aquel trabajador que intente desconectar puede ser incluso considerado como “vago” y ser represaliado con los consecuentes perjuicios en su puesto de trabajo: suspensiones de empleo y sueldo, amenazas de despidos disciplinario, impacto en el sistema de incentivos, o como aquí ha interesado, trabas a la promoción económica y crecimiento a nivel interno de su grupo profesional.

Resulta muy difícil que un trabajador con interés en crecer profesionalmente, sobre todo, aquellos que empiezan con contratos temporales puedan dejar de estar conectados mentalmente con la empresa. La responsabilidad por crecer a nivel interno es muy alta y de ahí que resulte imposible dejar de estar pendiente de comunicaciones empresariales aun en tiempos propios de descanso. En este terreno, los Comités de Empresa pueden declarar como abusiva toda aquella conducta empresarial que vaya en contra del derecho a la desconexión digital; por ejemplo, perjudicando a determinados trabajadores que descansan ejerciendo su derecho a la limitación tecnológica al momento de ascender de nivel dentro del Convenio Colectivo.

Los trabajadores necesitan recargarse en tiempos de descanso del estrés que puede generar el trabajo diario. Aquellos que estimen no ejercer su derecho pueden, a ojos de la empresa, obtener más beneficios y crear una mayor expectativa y tensión al comprometer a los otros que no contestan ejerciendo su derecho en los eventuales ascensos de categoría. Unos trabajadores que pueden verse perjudicados en el sistema de incentivos o en la promoción profesional, en detrimento de otros

compañeros que han “ganado más puntos”, produciéndose un agravio comparativo en la empresa.

Con todo, pese a que la Audiencia Nacional desestima la cuestión de la actora sobre el carácter abusivo al no quedar esta circunstancia probada quedan dudas respecto a la idoneidad de la escala de valores que toma como referencia la empresa para la progresión económica de sus trabajadores. En opinión de la Audiencia Nacional, sí resultaría abusivo cuando el proceso evaluador se hubiese ponderado sobre cuestiones ajenas a la profesión del colectivo afectado o por ser extremadamente dificultoso lo que, en suma, pudiese impedir de forma deliberada cualquier promoción económica. Se puede poner con humildad una nota disonante a esta tesis en el sentido de que las cuestiones de compromiso e implicación (mayor esfuerzo, por ejemplo contestar correos electrónicos o atender a llamadas a deshora, fuera de los tiempos de trabajos efectivos) que entran dentro de la escala de valores y de comportamientos observables (que pesan según la empresa un 30% de la evaluación, siendo el 70% obtenido de los conocimientos técnicos) pueden ser cuestiones más subjetivas de cada persona trabajadora que no atienden a cuestiones puramente profesionales de las tareas propias de mantenimiento de los TMA.

9. APUNTE FINAL

A futuro no van a resultar extraños más pronunciamientos judiciales sobre el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. Máxime por ser un derecho poliédrico con gran afectación a otros derechos. En efecto, este derecho laboral que puede impactar en otros derechos como el descanso, la seguridad y salud en el trabajo, la intimidad, la conciliación o la privación de datos, puede que no esté suficientemente percibida o utilizada argumentativa y adecuadamente por los operadores jurídicos con los consecuentes conflictos que se pueden derivar de ello a nivel de empresa o de centro de trabajo.

Como muestra de los acercamientos judiciales a un derecho de reciente creación en España (finales de 2018 con la LOPDGDD y reincidido en 2021 con motivo de la pandemia y el aumento del trabajo a distancia con la LTD), puede citarse la STSJ de Madrid, 4 de noviembre de 2020, (rec. 430/2020) que determinó que la realización de un curso formativo online de carácter obligatorio fuera del horario de trabajo tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, no resulta de aplicación el derecho a la desconexión digital.

Al margen de los relativos a la formación, también pueden surgir conflictos laborales en materia de las circunstancias excepcionales que invalidan el derecho (ya existen normas convencionales que las detallan aunque la gran mayoría no concretan estos supuestos) o, como ha sido aquí tratado, en relación con la

promoción salarial conforme a lo establecido en Convenio Colectivo. Mientras tanto, estaremos expectantes de la posición e interpretación de un derecho laboral que necesita ser concretado para aportar mayor seguridad jurídica a las partes de la relación laboral.

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: JULIO-SETIEMBRE DE 2021

- Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Organismo: Presidencia (Boletín número 125 de 01/07/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 17/2021, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Decreto-ley 4/2021, de 23 de marzo, por el que se adoptan diversas medidas, con carácter urgente y extraordinario, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y se modifican otras disposiciones normativas. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 175 de 10/09/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 193/2021, de 6 de julio, por el que se dispone la asunción por parte del Servicio Andaluz de Salud de los fines y objetivos de las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 131 de 09/07/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 1 de julio de 2021, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, por el Instituto Andaluz de la Juventud, a personas jóvenes andaluzas o residentes en Andalucía, para poner en funcionamiento proyectos empresariales en Andalucía (Programa «INNOVACTIVA 6000»). Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 129 de 07/07/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 13 de septiembre de 2021, por la que se regula el programa de empleo y formación en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva a dicho programa. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 180 de 17/09/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 14 de septiembre de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la prórroga de la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2022 al ejercicio 2023. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 181 de 20/09/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 29 de junio de 2021, de la Secretaría General de Empleo y Trabajo Autónomo, por la que se resuelve la concesión de ayudas reguladas en el Capítulo III del Decreto-ley 4/2021, de 23 de marzo, por el que se adoptan diversas medidas, con carácter urgente y extraordinario, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y se modifican otras

disposiciones normativas, para compensar la pérdida de rentas de las personas trabajadoras por cuenta ajena, afectadas por un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y de las personas trabajadoras fijas discontinuas beneficiarias de la prestación extraordinaria a causa del COVID-19. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 128 de 06/07/2021 Sección: Disposiciones generales)

ESTUDIOS

Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo
María Teresa Alameda Castillo

Las medidas para reducir el empleo público temporal a la luz del asunto IMIDRA y del RD-Ley 14/2021
Ignaasi Beltrán de Heredia Ruiz

¿Smartworking? La teoría de la doble carga de trabajo
Luciana Guaglianone y María Laura Parisi

Desplazamiento temporal de trabajadores. Novedades introducidas por el Real Decreto Ley 7/2021
Un análisis verificador
María Villa Fombuena

La clasificación profesional del personal estatutario. El desarrollo pendiente
Lidia De La Iglesia Aza

MERCADO DE TRABAJO

El gasto público en políticas activas de empleo en España
Luis Franco I Sala

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONTRATACIÓN LABORAL

Universidad de Córdoba

Último giro jurisprudencial en materia de contratos temporales vinculados a subcontratas

José María Ruz López

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Empresas ficticias, intensidad en la prueba del fraude y actuación procesal del fondo de garantía salarial

Roberto Fernández Villarino

DERECHO A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL

Universidad de Valencia

La promoción profesional no debe ponderar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores

Francisco Trujillo Pons

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía