

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Diciembre 2024
Volumen 5 - Número 3

Editorial	Incapacidad, ineptitud y extinción del contrato de trabajo. Cronica de una reforma anunciada <i>Incapacity, ineptitude and extinction of the employment contract. Chronicle of an announced reform</i> Ana de la Puebla Pinilla	4
Artículos doctrinales	Los contratos de trabajo ante la venta de la unidad productiva de las empresas insolventes <i>Employment contracts in the event of the sale of the productive unit of insolvent companies</i> Eduardo E. Taléns Visconti	23
	La controvertida aplicación del régimen sancionador sobre el denominado esquirolaje organizativo o comercial <i>The controversial application of the sanctioning regime on the so-called organizational or commercial scab</i> Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé	47
	El poder empresarial de control a distancia en Italia <i>The employers' power of remote control in Italy</i> Juan Gil Plana	81
Artículos jurisprudenciales	Familias monoparentales y permiso por nacimiento y por cuidado de hijo o menor. Oportunidad de los pronunciamientos de las dos salas del Tribunal Supremo <i>Single-parent families and leave for birth and care of a child or minor. Timeliness of the pronouncements of the two chambers of the supreme court</i> M. Begoña García Gil	126
	El simple reposo médico y su valor como indicio de discriminación por situación de enfermedad o condición de salud <i>Simple medical rest and its value as an indication of discrimination based on health condition or disease status</i> Jaime Piqueras García	159
	Los aspectos controvertidos de los procesos de estabilización y sus consecuencias indemnizatorias <i>The controversial aspects of stabilisation processes and their compensation consequences</i> José Javier Cabello Burgos	167

Debate	La querella laboral-administrativa de las investiduras de trabajadores indefinidos no fijos e incluso fijos. Una propuesta de conciliación de las exigencias europeas con el marco constitucional español en materia de empleo público <i>The labour-administrative complaint regarding the investiture of permanent non-permanent and even permanent workers. A proposal to reconcile European demands with the Spanish constitutional framework on public employment</i> Andrés Boix Palop	196
	La transformación de los sistemas de selección como clave para la reducción de la temporalidad en el empleo público <i>The transformation of selection systems as a key to reducing temporary employment in public employment</i> Alba Soriano Arnanz	224

Reseña bibliográfica	NORES TORRES, LUIS ENRIQUE. <i>Configuración y reforma del proceso laboral. Una justicia laboral para el siglo XXI</i> . José María Goerlich Peset	254
-----------------------------	--	-----

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

ISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA
Universidad Autónoma de Madrid, España

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

LABOS. REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Secretaría editorial

Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid-126 28903 Getafe (Madrid) España
Correo electrónico: revistalabos@uc3m.es

EDITORIAL

Incapacidad, ineptitud y extinción del contrato de trabajo. Cronica de una reforma anunciada

Incapacity, ineptitude and extinction of the employment
contract. Chronicle of an announced reform

Ana de la Puebla Pinilla

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: 10.20318/labos.2024.9119

I. Reglas clásicas sobre los efectos extintivos de la pérdida de capacidad laboral

Hasta el momento, la disminución severa o la pérdida de las capacidades, habilidades y competencias para desarrollar la actividad laboral es una causa típica de extinción del contrato de trabajo. En función de las circunstancias concretas, esta causa se articula a través del despido objetivo por ineptitud sobrevenida (art. 52.a ET) o a través de la extinción por declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez (art. 49.1.e ET). Incluso, en ocasiones, el despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada en el rendimiento encubre en realidad una extinción motivada por una pérdida o reducción de la capacidad laboral.

Cada una de estas situaciones cuenta con su propio régimen jurídico, con reglas específicas en cuanto al procedimiento a seguir para poner término a la relación laboral, con diferentes previsiones sobre las compensaciones que, en su caso, pueda percibir el trabajador y con su propio sistema de impugnación.

La extinción del contrato ex art. 49.1.e) ET se vincula directamente con la declaración por los servicios médicos competentes de la incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez del trabajador. El carácter directamente ejecutivo de la resolución administrativa que declara la incapacidad (art. 6.4 RD 1300/1995) y la ausencia, en la normativa estatutaria, de exigencias procedimentales específicas, determina que no se exija una formalidad concreta ni comunicación escrita para proceder a la extinción del contrato, más allá de la obligación de la empresa de dar de baja en la Seguridad Social al trabajador cuyo contrato vaya a extinguirse (art. 32.3.2º RD 84/1996). Esto explica

*ana.delapuebla@uam.es

que los conflictos judiciales que se han planteado en torno a la extinción por incapacidad permanente remiten habitualmente, más que a la decisión empresarial, a la impugnación de las resoluciones del INSS declaratorias de la incapacidad permanente. En su caso, la demanda frente a la empresa se produce cuando existe una obligación convencional o contractual de recolocación o reubicación del trabajador declarado incapaz permanente. Sin perjuicio, claro está, de los supuestos en los que la declaración de incapacidad permanente se hace con previsión expresa de revisión por mejoría, en cuyo caso el contrato no se extingue, sino que queda suspendido en los términos previstos en el art. 48.2 ET.

Por su parte, la extinción por ineptitud sobrevenida, dejando al margen los casos no vinculados con la pérdida de aptitudes físicas o psíquicas que también tienen encaje en dicha causa extintiva¹, remite a supuestos en los que dicha disminución de la capacidad no es suficiente para la declaración de incapacidad permanente pero sí determina la imposibilidad o dificultad de la persona trabajadora para la realización de su trabajo ordinario. Hay, como se ha dicho en la doctrina de suplicación, una compatibilidad lógica entre la inexistencia de incapacidad permanente y la apreciación de ineptitud extintiva. Esto ocurrirá al menos en los siguientes casos: “a) cuando ni siquiera se haya instado la declaración de incapacidad permanente; b) cuando se deniegue la incapacidad permanente en consideración a la totalidad de las tareas de la profesión habitual, pero se acredite la ineptitud para el desempeño de las tareas del puesto de trabajo concreto y no sea exigible la asignación a otro puesto compatible con las dolencias; c) cuando las dolencias apreciadas en uno y otro ámbito no coincidan, y se acrediten de cara a la ineptitud padecimientos no demostrados en el procedimiento de incapacidad permanente; d) cuando se deniega la declaración de incapacidad permanente porque no quedaron acreditadas en el proceso las características relativas a las exigencias de esfuerzo físico de la profesión habitual, y sin embargo en el proceso de despido sí se demuestran esas características”². En todos estos casos, la extinción del contrato requiere una decisión expresa de la empresa materializada a través de la carta de despido en la que deben alegarse las circunstancias concretas que determinan la ineptitud sobrevenida justificativa de la decisión empresarial. Dado que se trata de un despido objetivo, el trabajador debe percibir la indemnización correspondiente.

Este esquema ha permitido, aunque no siempre de forma pacífica, reconducir a alguna de las dos opciones mencionadas la mayoría de los supuestos en los que, debido a un accidente o una enfermedad, la persona trabajadora sufre lesiones de carácter físico o psíquico que afectan y reducen de forma permanente y duradera su capacidad laboral. La declaración de incapacidad permanente –dejando al margen la incapacidad permanente parcial, que no es causa de extinción del contrato– simplifica las opciones porque, como se ha dicho, genera la extinción del contrato de trabajo de forma casi automática –salvo previsiones convencionales específicas– y con escasas probabilidades de conflictividad.

¹ La ineptitud sobrevenida prevista en el art. 52.a ET puede derivar no solo de la disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador sino también de la pérdida de habilidades, destrezas u otros recursos personales o de la falta de una condición legal, requisito específico, autorización o título habilitante para el ejercicio de una determinada actividad.

² STSJ Madrid 10 de marzo de 2008 (Rec 282/2008).

El despido por ineptitud sobrevenida permite extinguir la relación laboral cuando las secuelas físicas o psíquicas del accidente o enfermedad no son suficientes para reconocer la incapacidad permanente pero sí afectan a la capacidad laboral de la persona trabajadora. En este caso, el alcance de la ineptitud y la prueba sobre su impacto en la prestación de trabajo condicionan, entre otras circunstancias, la calificación judicial del despido.

Ambos tipos de causas extintivas se han visto directamente afectados por la evolución de las normas que, a nivel nacional e internacional, se dirigen a proteger la salud en el trabajo y a fomentar la participación profesional de las personas que sufren enfermedades que limitan su interacción social. En este sentido, los principios inspiradores y las finalidades perseguidas por la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, incorporada al derecho europeo mediante Decisión 2010/48/CE, han actuado como criterios de interpretación de la noción de discapacidad en la normativa europea y española³, permitiendo una interpretación amplia y extensiva de los supuestos reconducibles a ese concepto.

A esa norma internacional se debe, en particular, la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme a la cual las enfermedades de larga duración se asimilan al concepto de discapacidad. Una interpretación construida principalmente en las Sentencias de 11 de julio de 2006 (Asunto C-13/2005 Chacón Navas) y de 1 de diciembre de 2016 (Asunto C-395/2015, Daouidi), que ha sido acogida por la doctrina judicial española y que ha dejado sentir sus efectos especialmente en relación con el despido disciplinario de personas trabajadoras durante su situación de incapacidad temporal o inmediatamente después de reincorporarse tras un proceso de baja por enfermedad o accidente, abriendo la posible calificación de nulidad del despido. Y que, finalmente, se han reforzado tras la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que recoge expresamente la enfermedad –no solo la de larga duración– como circunstancia discriminatoria⁴.

Esta concepción de persona con discapacidad conlleva, entre otras consecuencias, la extensión a todas ellas de las medidas de protección y de apoyo para fomentar su participación en la vida social en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos. Medidas que, en ocasiones, suponen exigencias u obligaciones para los sujetos públicos y privados con los que interactúan y que, en el ámbito de las relaciones laborales, implica la posibilidad de exigir al empresario que desarrolle conductas activas dirigidas expresamente a permitir la continuidad de la relación laboral de sus trabajadores con discapaci-

³ Motivando incluso la modificación del art. 49 de la Constitución Española para acoger una concepción de la discapacidad que pone a las personas con discapacidad en el centro de la norma, partiendo de que son titulares de derechos que deben ejercer en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas, e imponiendo al legislador la carga de adoptar las medidas necesarias para asegurar su ejercicio en las condiciones previstas.

⁴ Vid, respecto de esta cuestión, J.L. GOÑI SEIN: “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia & Trabajo*, núm. 1, 2022; J. CABEZA PEREIRO y C. VIQUEIRA PÉREZ: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023; L. GORDO GONZÁLEZ, “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, Vol. 4, núm. extraordinario “Tormenta de reformas”, 2023.

dad. Tales exigencias, que derivan a su vez de los correspondientes derechos reconocidos a las personas con discapacidad, pueden llegar a resultar incompatibles con las causas extintivas que vinculan la declaración de ineptitud o incapacidad con la extinción del contrato de trabajo. Eso es precisamente lo que puso de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a principios de 2024 resolviendo una cuestión prejudicial sobre la adecuación del art. 49.2.e) ET con las normas europeas.

II. Extinción por incapacidad permanente y tutela del empleo de las personas con discapacidad. ¿Era necesaria la llamada de atención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea?

El 18 de enero de 2024 el TJUE dictaba una sentencia (Asunto C-631/2022, Ca Na Negreta)⁵ que, como ha ocurrido con otras muchas anteriores, iba a agitar las aguas, por lo demás nunca tranquilas, de nuestra normativa laboral. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que el art. 49.1.e) ET, en la medida en que permite que la declaración de incapacidad permanente, –en los grados de total, absoluta o gran invalidez–, opere como causa automática de extinción del contrato de trabajo, se opone a la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Y es que las normas europeas, interpretadas a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, exigen que, a efectos de permitir y garantizar la plena participación de las personas con discapacidad en la vida social, se adopten ajustes razo-

⁵ Esta STJUE de 18 de enero de 2014 resuelve una cuestión prejudicial planteada por el STSJ de Baleares. El trabajador demandante trabajaba para Ca Na Negreta desde octubre de 2012 con la categoría de conductor de camión de retirada de residuos. A raíz de un accidente de trabajo, el trabajador quedó en situación de incapacidad laboral temporal. Finalizada esta situación, el INSS reconoció al trabajador una prestación por lesiones permanentes no invalidantes, denegando el reconocimiento de una incapacidad permanente. Por su parte, el trabajador impugnó dicha resolución denegatoria y solicitó a la empresa que le destinara a un puesto compatible con las secuelas del accidente. Ca Na Negreta atendió dicha solicitud dando ocupación al trabajador como conductor en el sector de puntos recogida móviles, menos exigente desde el punto de vista físico y que al requerir menor tiempo de conducción era compatible con su situación. Dieciocho meses después, el INSS estima la reclamación de trabajador y declara su incapacidad permanente total. Tras esta declaración, Ca Na Negreta comunica al trabajador la extinción de su contrato al amparo del art. 49.1.e) ET. Disconforme con dicha extinción el trabajador presenta demanda que es desestimada por el Juzgado de lo Social. El Tribunal Superior de Justicia, sin embargo, al conocer del recurso de suplicación frente a dicha resolución se cuestiona si el citado art. 49 ET, que permite extinguir el contrato de una persona trabajadora de forma automática una vez declarada en situación de incapacidad permanente, es respetuoso con las exigencias del derecho europeo, y, en particular, con los preceptos de la Directiva 2000/78 que exigen a la empresa incorporar los ajustes razonables para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte de mismo o progresar profesionalmente. Para resolver las cuestiones que se le plantean, el TJUE parte de dos evidencias indiscutidas y e indiscutibles: por una parte, que, conforme al derecho español, a las personas declaradas en situación de incapacidad permanente se les reconoce la condición de persona con discapacidad (arts. 4, 40 y 63 RD Legislativo 1/2023); por otra, que el art. 49 ET permite extinguir el contrato de trabajo de la persona declarada en situación de incapacidad permanente sin necesidad de adoptar medidas previas para posibilitar la conservación de su empleo. El TJUE no puede sino recordar que el art. 5 de la Directiva exige que el empresario adopte las medidas o ajustes razonables para permitir que una persona trabajadora con discapacidad mantenga su puesto de trabajo, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario. A la vista que el art. 49 ET no impone esa exigencia, el Tribunal concluye que dicha norma se opone al derecho europeo.

nables, entendidos como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Esta exigencia, como ya se ha dicho, impone a las empresas la obligación de adoptar las medidas razonables necesarias para que la personas con discapacidad puedan acceder al empleo, progresar y promocionar en el mismo y mantenerlo. Por ese motivo, no es admisible que la mera declaración de incapacidad permanente opere, como ocurre en la normativa laboral española, como causa automática de extinción del contrato de trabajo.

No era la primera ocasión en que el Tribunal europeo había recordado la necesidad de preservar el empleo de las personas con discapacidad incorporando los ajustes razonables. Lo había hecho en su sentencia de 10 de febrero de 2022 (Asunto C-485/2020, HR Rail), en la que afirmó que la empresa estaba obligada a adoptar las medidas de ajuste razonables, entre las cuales se incluye la reubicación de la persona trabajadora en otro puesto de trabajo distinto al que ocupaba para el que disponga de las capacidades, competencias y disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario. Una sentencia cuyos efectos se dejaron sentir de inmediato en nuestra doctrina judicial. Con todo, cuando se dicta la Sentencia de 18 de enero de 2024, la llamada de atención afecta directamente a nuestra normativa porque se cuestiona directamente el art. 49.1.e ET y su adecuación con la normativa europea.

Este último pronunciamiento del Tribunal de Justicia puso en marcha de inmediato la maquinaria legislativa para proceder a la modificación del citado precepto estatutario. El Consejo de Ministros de 21 de mayo 2024, aprobó, a propuesta de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, un Anteproyecto de ley para la reforma del artículo 49.1.e del Estatuto de los Trabajadores para adaptarlo a los efectos de la STJUE de 18 de enero de 2024. El Anteproyecto fue sometido a informe del CES que emitió Dictamen el pasado 26 de junio de 2024. El “Proyecto de Ley por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente”, se encuentra actualmente en proceso de tramitación parlamentaria⁶.

En realidad, la modificación proyectada de la extinción del contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente del trabajador es la crónica de una reforma anunciada. No habría hecho falta esperar a que el Tribunal Europeo pusiera de manifiesto esa anomalía del art. 49 ET⁷. Había numerosas señales, muchas de ellas procedentes de la normativa interna y de nuestra doctrina judicial, que evidenciaban la necesidad de

⁶ BOCG, Congreso de los Diputados 13 de septiembre de 2024.

⁷ Vid, al respecto, B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales*, nº 127, 2014, pág. 115, poniendo de manifiesto la incompatibilidad entre la obligación de aplicar los ajustes razonables y la extinción automática por incapacidad permanente.

acometer dicha reforma o, al menos, exigían una interpretación y aplicación matizada de la extinción del contrato de personas declaradas en situación de incapacidad permanente y que, por extensión, afectaban también a la extinción por ineptitud sobrevenida. Podría decirse que han confluído dos movimientos simultáneos en una misma dirección: la incorporación y aplicación de la noción de ajustes razonables, por una parte, y la ampliación de concepto de discapacidad, por otra.

En efecto, la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RDLeg 1/2013) acoge, en su art. 2.m), la noción de ajustes razonables procedente de las normas internacionales y la aplica también en el ámbito del empleo cuando impone al empresario la obligación de adoptar *“las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”* (art. 40.2). Una exigencia que, respecto de las personas con discapacidad, ofrece un contenido específico y complementario respecto de las obligaciones ya previstas en materia preventiva. Y es que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) ya identificaba como un principio básico de la política preventiva la adaptación del trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo (art. 15.1.d) y exige (art. 25.1) que el empresario garantice *“de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias”*.

El Tribunal Constitucional ha abordado en diferentes ocasiones el alcance de este deber de efectuar “ajustes razonables” y las consecuencias de su incumplimiento. Lo ha hecho en el ámbito de la educación, del derecho a la tutela judicial, del acceso a la asistencia o servicios sociales pero también, específicamente, en el ámbito del empleo. En la STC 51/2021, de 15 de marzo, se resuelve el recurso de amparo planteado por un funcionario sancionado disciplinariamente por la comisión de una falta muy grave de “incumplimiento reiterado de las funciones inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas” y de “retraso, la desatención o el incumplimiento reiterados de las funciones inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas”. Se da la circunstancia de que dicho funcionario padecía síndrome de asperger, dolencia que alegó en el expediente disciplinario previo a la sanción para articular su defensa y reclamar la ausencia de ajustes razonables en su puesto de trabajo. El Tribunal Constitucional señala que *“actualmente puede llegar a concluirse que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes*

razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes". La incorporación de ajustes razonables como exigencia previa a cualquier decisión extintiva quedaba, por tanto, fijada como una obligación inexcusable y cuyo incumplimiento tiene consecuencias sobre la propia calificación del despido o medida disciplinaria.

También la jurisdicción ordinaria ha acogido y aplicado, cuando se trata de personas trabajadoras con discapacidad, esa exigencia de incorporar las medidas o ajustes necesarios o, alternatively, de acreditar la imposibilidad de su adopción, como condición previa a una decisión extintiva. Es significativa, en este sentido, la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec 160/2016) en la que, tras asimilar la situación de la persona trabajadora despedida a una discapacidad, el tribunal valora si la empresa ha cumplido su obligación de incorporar los ajustes razonables para permitir la continuidad de la relación laboral de dicha trabajadora. Señala la sentencia que *"en un supuesto de despido como el que aquí nos ocupa, la nulidad del mismo por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables"*.

Junto a esa integración normativa y judicial de la noción de ajustes razonables, se ha producido, de forma casi simultánea, como ya se ha apuntado, una expansión del concepto de persona con discapacidad. No solo para incluir a las personas que sufren enfermedades de larga duración, en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino, en lo que ahora más interesa, en relación con las personas trabajadoras declaradas en situación de incapacidad permanente. A estos efectos, el art. 4.2 RDLeg 1/2013 ya preveía, desde su redacción inicial, que los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez se consideraría que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33%. Y estos, conforme al mismo precepto, se consideran personas con discapacidad. Las dudas que el alcance de esta asimilación suscitaba⁸, se resolvieron mediante la reforma de la citada norma, llevada a cabo a través de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que aclaró los efectos de esa asimilación a la condición de discapacitados⁹ e incluyó expresamente el ámbito del empleo. El vigente art. 35 RDLeg 1/2013, con el que se abre capítulo de la Ley dedicado al derecho al trabajo, señala expresamente que *"a los efectos del presente capítulo VI y del ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, tendrán la consideración de personas con discapa-*

⁸ Recuérdese que el Tribunal Supremo había declarado en diversos pronunciamientos (a partir de sus SSTs 29 noviembre 2018, Rec. 3382/2016, 239/2018 y 1826/2017), que el citado art. 4.1 RDLegislativo 1/2013 incurría en ultra vires al asociar "a todos los efectos" la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez a un grado de discapacidad del 33%.

⁹ Como reconoce la STS 29 mayo 2024 (Rec 1777/2022).

ciudad las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Desde esa reforma, resulta evidente que las exigencias que el RDLeg 1/2013 recoge en relación con el empleo son también directamente aplicables a las personas trabajadoras declaradas en situación de incapacidad permanente. Y, entre ellas, las de implementar los ajustes necesarios para acceder al empleo, desempeñar el trabajo y mantener el mismo.

Con este panorama normativo, no es extraño que los tribunales del orden social se cuestionaran si la extinción automática del contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente resultaba compatible con las normas de protección de la discapacidad y con la interpretación que de las mismas venían haciendo los órganos judiciales europeos. Y, a la postre, que se planteara la cuestión prejudicial que motivó la STJUE de 18 de enero de 2024.

III. El proyecto de reforma de la extinción por incapacidad permanente (art. 49.2 ET)

1. Mientras llega la reforma, los tribunales anticipan su aplicación

Desde la publicación de la STJUE de 18 de enero de 2024, y en tanto se tramita la reforma del art. 49.1.e) ET, algunos tribunales del orden social han incorporado ya la doctrina recogida en dicha sentencia y la aplican a efectos de valorar y calificar las extinciones de contratos decididas por la empresa tras la declaración de incapacidad permanente de sus trabajadores. Lo hace por supuesto el propio TSJ Baleares en la sentencia por la que se resuelve el conflicto que motivó el planteamiento de la cuestión prejudicial¹⁰, pero también en otros pronunciamientos referidos a asuntos similares¹¹. Del mismo modo, otros tribunales han acogido la doctrina del Tribunal de Justicia para valorar la impugnación de una extinción fundada en la previa declaración de incapacidad permanente y calificarla como despido improcedente o nulo, según las circunstancias¹².

Como el Tribunal europeo ha reiterado en diversas ocasiones, las directivas no pueden por sí mismas imponer obligaciones a los particulares ni pueden ser invocadas direc-

¹⁰ STSJ Baleares, de 19 marzo 2024 (Rec 75/2022), en la que tras apreciar que la empresa no incorporó ninguna medida o ajuste que permitiera la continuidad de la relación laboral ni acreditó la imposibilidad de cumplir dicha obligación, declaró la existencia de un despido improcedente.

¹¹ STSJ Baleares, de 7 de junio de 2024 (Rec 591/2023) que desestima la pretensión de declaración de improcedencia del despido porque el demandante no había solicitado la implementación de ajustes en su empleo ni, a la luz del art.49.1 e ET, podía exigirse a la empresa que los implementara.

¹² STSJ Murcia de 20 de febrero de 2024 (Rec 457/2023) que, a la vista de la STJUE de 18 de enero de 2024, dado que la empresa para la que prestaba servicios el trabajador demandante no llevó a cabo los ajustes razonables para el mantenimiento del puesto de trabajo ni justificó que ello fuera una carga excesiva para la misma, declara que la solución no puede ser otra que afirmar que la decisión empresarial no fue una extinción contractual que pueda encontrar albergue en el art 49 ET. También la STSJ Cantabria de 9 de julio de 2024 (Rec 469/2024).

tamente ante los tribunales contra dichas personas. Pero el principio de interpretación conforme impone a los tribunales nacionales la obligación de aplicar las normas españolas de forma que aseguren el cumplimiento de las Directivas. Y, para ello, como ha recordado el Tribunal de Justicia Europeo¹³, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar el derecho nacional tomando en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue. Así pues, a pesar de la literalidad del art. 49.1.e ET, las previsiones legales recogidas en el RDLeg 1/2013 y en la Ley 15/2022, resultarían suficientes para justificar una interpretación conjunta que permite realizar, en tanto llega la reforma del art. 49.2.e) ET, esa nueva lectura de este precepto, exigiendo que no pueda recurrirse a la extinción por incapacidad permanente si previamente no se han implementado las medidas de ajuste necesarias o se haya acreditado la imposibilidad de establecerlas¹⁴.

En cualquier caso, de no resultar posible esa interpretación conforme, debe recordarse que la doctrina del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea es categórica respecto a cómo debe actuar el órgano judicial nacional cuando la norma interna cuya aplicación tiene que validar colisiona con el principio general de no discriminación proclamado en la Directiva 2000/78. Se ha dicho al respecto, que *“Incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación”*¹⁵. Allí se trataba de la prohibición de discriminación por edad, ahora, en la STJUE de 18 de enero de 2024, es la discriminación por discapacidad, que también se recoge en el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

¹³ STJUE de 5 de octubre de 2004 (Asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer) y STJUE 19 de abril de 2016 (Asunto C-441/14, Dansk Industri).

¹⁴ En este sentido, J.L. MONEREO PEREZ y B.M. LÓPEZ INSUA, “La tutela contra el despido discriminatorio basado en la incapacidad permanente del trabajador”, en AA.VV. Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital, VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, cit, págs. 579-599. “La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº 1/2024, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002594, que sostiene, con apoyo en los criterios interpretativos del art. 3.1 Cc, que no puede entenderse que las empresas carezcan del deber de realizar ajustes razonables o adaptaciones antes de proceder a la extinción del contrato de trabajo, como se deduce claramente de los arts. 40.2 y 63 del RDLeg 1/2013.

¹⁵ STJUE 19 de abril de 2016 (Asunto C-441/14, Dansk Industri).

2. Proyecto de reforma de la extinción por incapacidad permanente

2.1. Problemas e incertidumbres para la aplicación práctica de una regulación posible

La reforma del art. 49.2 ET es, en este momento, solo un proyecto, sometido a la oportuna tramitación parlamentaria y susceptible por tanto de resultar alterado en sus términos finales. Pero el texto actualmente en tramitación en el Congreso de los diputados ofrece ya las líneas generales de una causa extintiva que se recogerá en el nuevo apartado 2.n) del citado precepto estatutario, dejando en el apartado e) únicamente el fallecimiento como causa automática de extinción del contrato¹⁶. En esta versión, sometida al debate parlamentario, ya se han acogido algunas de las recomendaciones sugeridas por el Consejo Económico y Social en su Dictamen de 26 de junio de 2024. Así, se reconoce expresamente el papel de los servicios de prevención en la determinación del alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud y en la identificación de los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora. Igualmente, se reconoce la participación en estas funciones de la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos.

La lectura de este proyecto de reforma suscita de inmediato numerosas cuestiones y dudas interpretativas. Algunas de ellas derivan de las opciones expresamente adoptadas en el texto del proyecto, en tanto que otras se plantean en relación con los problemas que la aplicación práctica de esta nueva causa extintiva a buen seguro va a plantear.

Lo más significativo, a la vez que esperable, es que en el texto del proyecto desaparece la automaticidad de la extinción del contrato derivada de la declaración de incapacidad permanente. La declaración de incapacidad permanente total, absoluta o el

¹⁶ En el Proyecto de Ley se propone la incorporación de una nueva letra n) en el art. 49.2 ET, con el siguiente contenido: “*Por declaración de incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora o reconocimiento del complemento de asistencia de tercera persona, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2, cuando no sea posible realizar los ajustes razonables o el cambio a un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora, por constituir una carga excesiva para la empresa.*”

Para determinar si la carga es excesiva para la empresa se tendrá en cuenta si puede ser paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes que la adaptación implique, en relación con el salario medio, el tamaño y el volumen de negocios de la empresa.

La persona trabajadora dispondrá de un plazo de diez días naturales desde la fecha de notificación de la resolución en la que se califique la incapacidad permanente en alguno de los grados citados en el párrafo anterior para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral.

La empresa dispondrá de un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha de notificación de la resolución en la que se califique la incapacidad permanente, para realizar los ajustes razonables, el cambio de puesto de trabajo o, cuando ambas opciones resulten una carga excesiva, para proceder a la extinción del contrato. La decisión será motivada y deberá comunicarse por escrito a la persona trabajadora.

Los servicios de prevención determinará, de conformidad con lo establecido en la normativa sobre prevención de riesgos laborales y con la participación de la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora”.

reconocimiento del complemento de asistencia de tercera persona solo constituirá causa de extinción *“cuando no sea posible realizar los ajustes razonables o el cambio a un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora, por constituir una carga excesiva para la empresa”*.

A pesar de lo que parece deducirse de una primera lectura, la implementación de los ajustes no es una obligación que el empresario deba cumplir inexorablemente sino que, en el proyecto normativo, queda vinculada al requerimiento de la propia persona trabajadora afectada. Y es que, en efecto, el texto proyectado prevé que la persona trabajadora dispondrá de un plazo de diez días naturales desde la fecha de notificación de la resolución en la que se califique la incapacidad permanente para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral. Y, una vez recibida dicha solicitud, la empresa dispondrá de un plazo de tres meses —que se computa desde la fecha de notificación de la resolución en la que se califica la incapacidad permanente y no desde que se recibe la solicitud de la persona trabajadora—, para realizar los ajustes razonables, el cambio de puesto de trabajo o, cuando ambas opciones resulten una carga excesiva, para proceder a la extinción del contrato. La decisión será motivada y deberá comunicarse por escrito a la persona trabajadora.

Esta opción de condicionar la obligación empresarial de implementar los ajustes razonables a la voluntad del trabajador llama la atención¹⁷. Especialmente porque tal voluntariedad no parece deducirse ni de la Directiva europea ni menos aun del art. 40.2 RDLeg 1/2013. Este último se refiere sencillamente a que *“Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”*. Con más claridad sobre esta cuestión se ha expresado el propio Tribunal Constitucional que ha advertido expresamente que *“la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad”* (STC 51/2021, FJ 4º)¹⁸, advirtiendo que *“el cumplimiento de la obligación de proceder a ajustes razonables puede verse obstaculizado o impedido por la falta de datos relevantes facilitados por el empleado o empleada, en cuyo caso, y hasta que no tenga la información necesaria, tan solo estará en manos del empleador infor-*

¹⁷ Vid, al respecto, I. BELTRÁN DE HEREDIA, “La extinción del contrato por gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total a la luz del asunto Ca Na Negreta”, *Trabajo, Persona Derecho, Mercado*, nº 8, 2024, págs. 83-113.

¹⁸ Con apoyo en la observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Convención de la ONU que, al respecto, puntualiza que *“la obligación de proporcionar ajustes razonables no se limita a situaciones en que una persona con discapacidad haya pedido un ajuste o en que se pueda demostrar que el garante de los derechos en cuestión era consciente de que esa persona tenía una discapacidad”*.

marle de este derecho. Sin embargo, tan pronto como se constate la discapacidad, el empleador deberá cumplir con su obligación de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con discapacidad a través de los ajustes razonables que sean necesarios y factibles”.

Con todo, dejar a la libre decisión de la persona trabajadora la opción por extinguir su contrato o por mantenerlo con los ajustes necesarios puede ser una solución más favorable y respetuosa con su voluntad. Quizás se haya tenido en cuenta el impacto que esa decisión puede tener, por una parte, en el acceso o no a la pensión económica que corresponda por la declaración de incapacidad, y, por otra, a la intensidad de los cambios que la incorporación de los ajustes razonables puede llegar a suponer en el contenido de la relación laboral.

Por lo que se refiere a la primera perspectiva, debe tenerse en cuenta que la modificación del régimen extintivo de la incapacidad permanente se refiere no solo a la total, sino también a la absoluta y a la gran invalidez. Y que la doctrina más reciente del Tribunal Supremo ha dado un giro interpretativo expreso para restringir los supuestos de compatibilidad entre la pensión y el desarrollo de una actividad laboral. Son significativas en este sentido, la STS de 11 de abril de 2024 (Rec 197/2023)¹⁹ y la más reciente de 12 de noviembre de 2024 (Rec 281/2022), en las que se vuelve a la doctrina más rigurosa conforme a la cual *“El recto entendimiento del artículo 198.2 LGSS conduce a determinar que los trabajos compatibles con las prestaciones de incapacidad allí determinadas (Incapacidad Permanente Absoluta –IPA– y Gran Invalidez –GI–) autorizados por dicha norma son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta, ni cotizar por ellos a la Seguridad Social; es decir los residuales, mínimos y limitados y, en manera alguna, los que constituyen la propios que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que, como se ha precisado, den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social”.* De este modo, los ajustes razonables que podrían incorporarse en el puesto de trabajo, incluyendo incluso la reubicación del trabajador para el desempeño de otras funciones, podrían conllevar la declaración de incompatibilidad de trabajo y pensión, condicionando de este modo las preferencias del trabajador. Algo similar ocurre respecto a la incapacidad permanente total, cuya compatibilidad con una actividad laboral sigue un recorrido también restrictivo en la interpretación de los tribunales.

Tampoco cabe descartar que la voluntad del trabajador de mantener su actividad laboral tras la declaración de incapacidad permanente no incluya la aceptación de cualquier alteración sustancial de sus condiciones laborales, de modo que ante la propuesta empresarial de incorporar determinados ajustes el trabajador module o cambie su inicial voluntad.

A la vista de estas circunstancias, entiendo que atribuir al trabajador declarado incapaz permanente la opción de requerir o no a la empresa la adopción de las medidas

¹⁹ Vid un comentario a esta sentencia de M.V. GARCÍA DEL CERRO, “Compatibilidad entre incapacidad permanente y trabajo de las personas con discapacidad. Modificación de jurisprudencia por el Tribunal Supremo ¿en discordancia con la establecida por el TJUE?”, en AA.VV. *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital*, VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2024, págs. 437-448.

o ajustes necesarios que podrían permitirle mantener su empleo, resulta más respetuosa con la configuración de los ajustes razonables no solo como una obligación a cargo, en este caso, del empresario, sino también como un derecho del propio trabajador. Es, en definitiva, el propio interesado quien mejor puede valorar si solicitar unos ajustes que, llegado el caso, podrían determinar la suspensión de los efectos económicos de su pensión o una alteración sustancial de sus condiciones de vida y trabajo, o si, por el contrario, evitar esa incertidumbre y rescindir su relación laboral. Precisamente por estas mismas razones, debería contemplarse la posibilidad de que, en caso de que la alternativa que le ofrezca la empresa resulte incompatible con el mantenimiento de la pensión o suponga asumir tareas o condiciones laborales que no interesan al trabajador, este pueda retractarse de su solicitud inicial, renunciar a los ajustes y activar el acceso a la pensión de incapacidad permanente que le ha sido reconocida²⁰. En este caso, tanto desde la perspectiva de la empresa como para la persona trabajadora, la incapacidad permanente actuaría directamente como causa extintiva.

Sorprende, por otra parte, que el proyecto de ley no se cuestione la necesidad de modificar el art. 48.2 ET, que contempla los supuestos en que la declaración de incapacidad permanente se hace con la expresa previsión de su revisión en el plazo de dos años. En estos casos, la declaración de incapacidad permanente no opera como causa de extinción del contrato sino únicamente de suspensión del mismo. Precisamente por ello, la posibilidad de incorporar ajustes en el puesto de trabajo para posibilitar la continuidad de la prestación laboral debería estar contemplada también durante una suspensión del contrato en la que, a diferencia de la incapacidad temporal, las lesiones aun revisables presentan una perspectiva de permanencia y perdurabilidad. Podría cuestionarse hasta qué punto la incorporación de ajustes razonables durante ese periodo suspensivo puede influir en la revisión de la declaración de incapacidad, en la medida en que la continuidad de la prestación laboral podría servir como indicio de mejoría en la situación de salud del trabajador. Pero no debe pasarse por alto que la declaración de incapacidad deriva de una valoración de las condiciones subjetivas de la persona trabajadora en tanto que los ajustes afectan al puesto de trabajo.

2.2. Los ajustes razonables como factor de posible conflictividad

La opción de la persona trabajadora por mantener la relación laboral implica que la empresa debe proceder a valorar los ajustes o medidas que puede adoptar para posibilitar la continuidad de su prestación de servicios. Esta valoración supone, al menos, tres operaciones. Por una parte, requiere conocer el tipo de medidas o ajustes que pueden

²⁰ Conforme a las previsiones recogidas en el Proyecto de reforma del art. 49 ET, en el caso de que la persona trabajadora opte por extinguir el contrato, se reconoce su derecho a percibir la pensión de incapacidad permanente con efectos desde la resolución que reconoció la incapacidad hasta la efectiva extinción del contrato de trabajo. Para el caso de que se soliciten y realicen los ajustes que permitan mantener el empleo, la solución que propone el legislador es prolongar los efectos de la prestación de incapacidad temporal hasta la fecha de la efectiva reincorporación al trabajo, con un máximo de tres meses.

implementarse. Por otra, especificar cuáles de ellas pueden ser efectivas para el concreto trabajador afectado. Y, finalmente, valorar si la empresa puede razonablemente adoptar tales medidas o, por el contrario, no es exigible dicha implementación.

Tanto los textos normativos como la doctrina judicial ofrecen ejemplos de qué medidas pueden considerarse ajustes necesarios para posibilitar la continuidad de la prestación laboral. El art. 5 Directiva 2000/78, titulado “ajustes razonables para las personas con discapacidad” señala que *“que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación”* y en similares términos se pronuncia el RDLeg 1/2013 que, además de aportar en su art. 2 una definición general de los ajustes razonables, señala en su art. 40, referido expresamente al empleo, que *“Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”*.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha señalado que la Convención de Naciones Unidas preconiza un concepto amplio de lo que deben considerarse “ajustes razonables”, lo que permite incluir medidas de orden físico, organizativo o educativo. Dentro de las medidas posibles se ha reconocido el carácter prioritario del acondicionamiento del puesto de trabajo respecto de otras medidas que permiten adaptar el entorno de trabajo. También se ha señalado que tales medidas pueden incluir el traslado de puesto²¹. Pero también puede acudirse a la doctrina del Tribunal Supremo que, tanto en pronunciamientos referidos a despidos por ineptitud sobrevenida como en supuestos en los que la recolocación de trabajador declarado incapaz permanente viene impuesta por la negociación colectiva, han tenido la oportunidad de valorar ajustes y medidas adoptadas con esa finalidad por las empresas.

En la determinación de cuáles de esas medidas pueden ser eficaces para cada persona trabajadora declarada en situación de incapacidad permanente es imprescindible la intervención de los servicios de prevención de la empresa, prevista expresamente en el proyecto de reforma del art. 49.2 ET, que deberán determinar las limitaciones físicas o psicológicas padecidas por la persona trabajadora y las adaptaciones necesarias para posibilitar la continuidad de su prestación laboral. Pero también, en la medida en que los ajustes pueden afectar a otros trabajadores o consistir en una reubicación del trabajador en otro puesto, será necesaria la implicación de otros departamentos de la empresa. La implementación de ajustes razonables es, además, una obligación de carácter dinámico, que exige que la empresa, hasta donde resulte razonable, vaya adaptando las condiciones de trabajo y de empleo a las circunstancias, también cambiantes, del trabajador.

²¹ SSTJUE de 11 de abril de 2013 (Asuntos C-335 y 337/2011, Danmark); de 10 de febrero de 2022 (Asunto C-485/2020, HR Rail) y de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/2022, Ca Na Negreta).

Finalmente, aun existiendo la posibilidad teórica de incorporar ajustes que permitirían el mantenimiento del empleo, es posible que la empresa pueda legítimamente negarse a su implementación. Tanto la normativa europea como la nacional identifican ese límite a la obligación de aplicar los ajustes o adaptaciones en el empleo. Como ha recordado el Tribunal de Justicia Europeo, *“el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una «carga excesiva» para él”*. Y se añade que, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. El art. 66.2 RDLeg 1/2013 se expresa en similares términos al señalar que *“A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”*. Y el Proyecto de reforma del art. 49.2 ET recurre a similares términos aunque incorpora una previsión novedosa al señalar que se tendrán en cuenta también *“los costes que la adaptación implique, en relación con el salario medio, el tamaño y el volumen de negocios de la empresa”*.

En cualquier caso, parece evidente que una vez solicitada la continuidad de la prestación de servicios, el trabajador pierde el control sobre el tipo de medidas que la empresa va a implementar. Son los servicios de prevención los que deben indicar las adaptaciones necesarias para que la prestación sea compatible con el estado de salud del trabajador. Obviamente, como se apuntaba anteriormente, esas adaptaciones pueden llegar a implicar una alteración significativa en las condiciones laborales que el trabajador venía disfrutando; la asignación de funciones distintas; la reubicación en otro puesto de trabajo..... Decisiones que, en principio, dado que responden al cumplimiento de una obligación legal, podrían adoptarse sin necesidad de seguir el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, como tampoco se requiere esa formalidad cuando la modificación deriva de una obligación en materia de prevención de riesgos²². Mayores dudas suscitan los supuestos en los que los ajustes propuestos supongan un cambio en las condiciones de empleo, como ocurre con la conversión del contrato en otro a tiempo parcial o el cambio a teletrabajo, que requieren necesariamente el consentimiento de la persona trabajadora.

En todo caso, siendo la voluntad del trabajador mantener su actividad laboral, la empresa queda obligada, bien a implementar los ajustes necesarios y posibles, con la intervención necesaria de los servicios de prevención y el apoyo de los órganos de representación de los trabajadores en materia preventiva, bien a justificar la imposibilidad de

²² Como ha reiterado el Tribunal Supremo para justificar la decisión de la empresa de alterar el horario y régimen de turnos de un trabajador en cumplimiento del art. 16 LPRL (STS 18 diciembre 2013, Rec 2566/2012) o en relación con las modificaciones derivadas de la aplicación de las medidas anti-COVID (STS 12 mayo 2021, Rec 164/2020).

implementar las medidas necesarias para posibilidad la continuidad del empleo. No está de más recordar, en este último caso, que ya el Tribunal Constitucional (STC 51/2021) ha señalado que *“Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite –conforme a la normativa aplicable– el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada; en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho”*. Y no se olvide que la negativa a implementar ajustes razonables constituye por sí misma una vulneración de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, razón de más para que la empresa justifique adecuadamente su imposibilidad de implementar los ajustes necesarios.²³

Esta respuesta de la empresa descartando justificada y razonadamente la posibilidad de adoptar medidas de ajuste, determinará la extinción del contrato de trabajo por causa de la incapacidad permanente reconocida al trabajador. Y esta situación puede ser fuente de numerosos problemas si el trabajador rechaza esa negativa. Problemas de prueba sobre la existencia o no de la posibilidad de realizar ajustes, sobre la posibilidad de que la empresa se exonere de implementar ajustes por suponer un coste excesivo o, en fin, sobre la calificación de la extinción de la relación laboral. Y es que, si bien una negativa radical y sin justificar de la empresa puede determinar automáticamente la nulidad de la extinción, es discutible que también merezca esa calificación una negativa empresarial acompañada de una justificación y soportada en informes o recomendaciones de los servicios de prevención. Judicialmente podrá considerarse injustificada o insuficientemente fundamentada esa negativa pero ello no necesariamente ha de suponer la nulidad de la extinción. Esta calificación requeriría, en estos casos, acreditar que la decisión empresarial responde a una motivación discriminatoria, operando en este caso las reglas de distribución de la carga de la prueba conforme a la doctrina constitucional. No hay, en el caso de la discapacidad, una nulidad automática u objetiva de las decisiones empresariales injustificadas.

IV. Impacto de la STJUE de 18 de enero de 2024 sobre la extinción por ineptitud sobrevenida

El impacto de la STJUE de 18 de enero de 2024 se ha dejado sentir también en el ámbito de los despidos objetivos por ineptitud sobrevenida. Con anterioridad a este pronunciamiento, no había una línea judicial clara y homogénea sobre si la procedencia del despido por esta causa requería que, con carácter previo a la decisión extintiva, la empresa adoptara los ajustes o adaptaciones necesarias para permitir la continuidad de

²³ El RDLeg 1/2013 califica el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades (art. 63). Por su parte, la Ley 15/2022, califica expresamente como discriminación directa “la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad” (art. 6.1).

la prestación de trabajo²⁴. Ya se ha dicho que el Tribunal Supremo lo había exigido en el caso de que el despido afectara a una persona con discapacidad advirtiéndole que, en estos casos, concurriendo la situación de discapacidad del trabajador y la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste, el despido sería nulo²⁵. Y en la doctrina de suplicación se había fundamentado esta misma exigencia de ajustes razonables, incluso sin concurrir discapacidad, en el deber de adaptación del puesto de trabajo que deriva del art. 25 LPRL²⁶. Pero también había pronunciamientos discordantes recordando que, salvo exigencia derivada del Convenio colectivo, la empresa no está obligada a incorporar ajustes en el puesto de trabajo para permitir la continuidad de la relación laboral²⁷.

A partir de la STJUE de 18 de enero de 2024, y a pesar de que esta sentencia no aborda, ni directa ni indirectamente, el análisis del art. 52 a) ET, se advierte un alineamiento en la doctrina de suplicación en el sentido de exigir que, con carácter previo al despido fundado en esta causa, la empresa incorpore los ajustes necesarios²⁸. En este caso, además, la implementación de tales ajustes debe hacerse sin necesidad de una previa solicitud de la persona trabajadora, desde el momento en que los servicios de prevención detectan la falta o limitación de su aptitud laboral.

Es razonable que la doctrina judicial haya confluído en esa interpretación porque lo cierto es que la combinación de la propia noción de ineptitud sobrevenida, por un lado, y del concepto de discapacidad interpretado a la luz de los textos internacionales, por otro, deja poco o ningún margen para considerar procedente un despido por ineptitud sobrevenida sin haber intentado previamente implementar los ajustes necesarios.

Efectivamente, por una parte, la ineptitud sobrevenida, a falta de una definición legal expresa, se ha asociado “*a una falta de habilidad para el desempeño de la actividad laboral que resulta en impericia o incompetencia y se traduce en un bajo rendimiento o productividad de carácter permanente y no relacionado con una actitud dolosa del trabajador. Se puede relacionar con una disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador o con la ausencia o disminución de facultades, condiciones, destrezas y otros recursos personales necesarios para el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia, entendido como imposibilidad de desempeño de todas o al menos las funciones básicas del puesto de*

²⁴ Y ello al margen de las dificultades probatorias de la existencia de la propia ineptitud, como puso de relieve la STS 23 de febrero de 2022 (Rec 3259/2020), al señalar que el informe de los servicios de prevención declarando la ineptitud no es suficiente para acreditar la misma ni su alcance.

²⁵ STS de 22 de febrero de 2018 (Rec 160/2016), resolviendo sobre el despido de una persona trabajadora con un trastorno de ansiedad postraumática discapacitante. En el caso debatido se rechazó la nulidad del despido dado que quedó probado que la empresa había adoptado sucesivas medidas –incluido el cambio de funciones y de lugar de trabajo– para permitir que la persona trabajadora pudiera mantener su empleo.

²⁶ STSJ Madrid de 4 de junio 2020 (Rec 32/2020).

²⁷ Así, la STSJ Cataluña 28 marzo 2017 (Rec 86/2017).

²⁸ STSJ Las Palmas de Gran Canaria, 25 enero de 2024 (Rº 1312/2023), STSJ País Vasco, 5 marzo 2024 (Rº 110/2024); STSJ País Vasco 30 abril 2024 (Rº 552/2024) o, en fin, la STSJ Castilla y León /Valladolid 24 abril 2024 (Rº 813/2024) apreciando, en este último caso, la procedencia del despido puesto que quedaron acreditadas por parte de la empresa las adaptaciones del puesto de trabajo y el ofrecimiento de reubicación de la persona trabajadora en otros puestos, oferta que fue rechazada por esta.

trabajo”²⁹. Una disminución o ausencia de facultades que, como la doctrina judicial ha señalado reiteradamente, ha de ser permanente y no meramente circunstancial. No es difícil reconducir estas situaciones a la noción de discapacidad que ha elaborado, a partir de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una asimilación que se expresa en algunos pronunciamientos judiciales con total claridad al señalar que “*El propio planteamiento de la empresa, que lleva a cabo un despido por ineptitud sobrevenida, que, por su propia naturaleza, ha de responder a unas limitaciones físicas o psíquicas permanentes, evidencia que la trabajadora ha de ser considerada a los efectos jurídicos de esta litis, como una persona discapacitada, y no como afectada por una mera enfermedad transitoria*”³⁰.

Llegados a ese punto, la exigencia de ajustes razonables no es sino una derivación lógica para los casos de ineptitud sobrevenida vinculada a los supuestos de disminución o pérdida de habilidades o capacidades para desarrollar el trabajo. Así lo asumen los pronunciamientos de suplicación que más recientemente han abordado los despidos por ineptitud sobrevenida en los que de forma recurrente se cita la noción ampliada de discapacidad, las normas nacionales e internacionales de protección de las personas con discapacidad y la obligación de implementar ajustes razonables³¹.

Puede decirse, pues, que, a pesar de las complejidades que plantean y de la conflictividad que pueden suscitar, los cambios normativos que se anuncian y las modulaciones en la aplicación e interpretación de las previsiones ya vigentes son prueba de una evolución de nuestra legislación laboral en la buena dirección. El objetivo de mejorar la protección de personas trabajadoras aquejadas de dolencias que limitan su capacidad laboral debe hacerse efectivo, cada vez de forma más firme, mediante fórmulas que les permitan mantener su actividad y su participación social, evitando que la única o principal salida sea la protección social. Esta es, además, la dirección que marca el nuevo art. 49 de la Constitución Española.

²⁹ STS 23 de febrero de 2022 (Rec 3259/2020) y 25 de abril de 2023 (Rec 1931/2022).

³⁰ STSJ País Vasco, 5 de marzo de 2024 (Rec 110/2024).

³¹ STSJ Cataluña 28 de junio de 2024 (Rec 1957/2024), STSJ Asturias 13 de febrero de 2024 (Rec 1836/2023).

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Los contratos de trabajo ante la venta de la unidad productiva de las empresas insolventes

Employment contracts in the event of the sale of the productive unit of insolvent companies

Eduardo E. Taléns Visconti

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

ORCID ID: 0000-0002-0515-731X

Recibido: 28/10/2024

Aceptado: 4/11/2024

doi: 10.20318/labos.2024.9120

Resumen: El presente estudio se centra en uno de los aspectos más controvertidos de la última reforma en materia concursal. Concretamente, se analiza el tema de la venta de la unidad productiva en las distintas fases en las que esta puede tener lugar y la repercusión que este hecho tiene respecto de la plantilla de trabajadores y la situación jurídica que se deriva tras la mencionada transmisión. Para ello, en el presente se empieza por intentar despejar qué órgano judicial tiene la competencia para declarar la sucesión de empresa para, posteriormente, adentrarse en el alcance y efectos jurídicos de la señalada resolución.

Palabras clave: Sucesión de empresa, proceso concursal, deudas laborales, competencia judicial.

Abstract: This study focuses on one of the most controversial aspects of the latest reform in bankruptcy matters. Specifically, it analyses the issue of the sale of the productive unit in the different phases in which this can take place and the impact that this fact has on the workforce and the legal situation that arises after the aforementioned transfer. To this end, this paper begins by trying to clarify which judicial body has the authority to declare the succession of a company, and then goes into the scope and legal effects of the aforementioned resolution.

Keywords: Business succession, bankruptcy process, labor debts, court jurisdiction.

1. La competencia de los Juzgados de lo Mercantil con anterioridad a la reforma de 2022: la postura de la 4ª del Tribunal Supremo

Desde el año 2003 el legislador español diseñó el proceso concursal con base a una serie de principios y, en lo que aquí más me interesa, el de unidad de procedimiento. Esto signifi-

*eduardo.talens@uv.es

có, entre otras vicisitudes, la existencia de la unidad de jurisdicción sobre la que ostentan la competencia los Juzgados de lo Mercantil (que fueron creados por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio). La razón de ser de estos Juzgados presenta un marcado sentido de especialización técnica y según establecen los artículos 86 *ter* LOPJ y 53 TRLC su competencia es de naturaleza “exclusiva” y “excluyente”. En definitiva, lo que se codifica en la legislación concursal es el denominado “fuero de atracción” o “vis atractiva”, lo que implica que los Juzgados de lo Mercantil deben de conocer sobre todo aquello vinculado a su materia, en este caso concreto, sobre las cuestiones que se encuentra en la órbita de una empresa insolvente declarada en concurso de acreedores¹.

Desde luego, esta unidad de jurisdicción también afecta a una serie materias laborales, cuya competencia fuera del proceso concursal reside en los órganos de la jurisdicción social. Ahora bien, la atribución de la competencia para conocer sobre materias de índole laboral no es ni mucho menos omnímoda, pues tal y como explicó la propia EM de la Ley Concursal (2003) “*se atribuye al juez del concurso jurisdicción para conocer de materias que, principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad de procedimiento no deben resolverse por separado*”. De este modo, el criterio que inspiró al legislador para llevar a cabo esta alteración competencial consistió, principalmente, en la mayor o menor repercusión patrimonial que pueda tener un asunto concreto respecto del pasivo de la empresa concursada.

Este carácter restringido de la competencia de los Jueces de lo Mercantil en materia laboral ha sido destacado por la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo en varios de sus pronunciamientos, pudiendo citar a título de ejemplo la siguiente frase extraída de la STS de 18 de octubre de 2016², que textualmente adujo: “*la intención del legislador concursal no ha sido la de otorgar al Juez del Concurso la competencia sobre la totalidad de materias jurídico-laborales con repercusión patrimonial para el empresario deudor, sino simplemente algunas de ellas, precisamente las que ha considerado que tienen una importante repercusión sobre el patrimonio del concursado. Por consiguiente, en este reparto de competencias los tribunales del orden social van a conservar el conocimiento sobre una larga serie de asuntos relacionados con el contrato de trabajo, aun cuando el empresario esté en un proceso concursal*”.

Este criterio ha llevado a que los órganos de la jurisdicción social hayan asumido buena parte de las cuestiones laborales, precisamente, las que la competencia objetiva no ha sido atribuida de forma expresa a los Jueces de lo Mercantil. En este sentido, la tendencia general a lo largo de todos estos años ha sido la de reducir la competencia de los Jueces de lo Mercantil a las materias expresamente reguladas en la LOPJ y en el TRLC, sin extenderla a otra serie de cuestiones conexas. En este contexto debemos de incardinar el tema

¹ Tras la reforma concursal del año 2022 estos órganos judiciales también despliegan facultades para conocer acerca de algunos de los aspectos que giran en torno a la situación de la insolvencia previa (el denominado “preconcurso”).

² STS de 18 de octubre de 2016, rec. 2405/2015. En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las SSTs de 6 de junio de 2018, rec. 372/2016, o de 13 de enero de 2022, rec. 4804/2018.

de la venta la unidad productiva, que constituye un claro ejemplo del anterior aserto. En este sentido, el esquema que se ha seguido con anterioridad a la reforma concursal del año 2022 a la hora de declarar la competencia judicial en esta materia ha sido la de entender que todo lo que no está previsto expresamente en el tenor legal de la normativa concursal no entra dentro de la competencia exclusiva y excluyente de los Jueces de lo Mercantil. Esta situación ha dado lugar, tradicionalmente, a la intervención de varios órdenes jurisdiccionales: el mercantil (para la tramitación ordinaria del concurso); el contencioso administrativo (para las reclamaciones de deudas de Seguridad Social); por último, el orden social, en tanto a la reclamación por parte de los trabajadores del reconocimiento de sucesión empresarial³.

En esta línea interpretativa, con anterioridad a la reforma concursal de los años 2020 y 2022, la doctrina judicial mayoritaria asumía que los órganos de la jurisdicción social eran los competentes para conocer sobre la mayoría de las cuestiones que giraban en torno al problema de la sucesión de empresa originada en el seno del proceso concursal⁴. Esta jurisprudencia arrancó con la postura defendida por la Sala 4ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de octubre de 2014⁵, que resolvió el conflicto de competencia cuando unos concretos trabajadores reclamaron de la empresa adquirente la diferencia entre lo abonado por el FOGASA y lo pactado por el ERE Concursal. Esta cuestión jurídica se solventó en favor de los órganos de la jurisdicción social bajo la siguiente argumentación: *“en definitiva, sean cual sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social”*.

Este problema jurídico pasó a continuación por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, regulada por el artículo 42 LOPJ, que se posicionó a favor de la competencia de la jurisdicción social en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 y de 9 de marzo de 2016⁶. Ambos fueron dictados en supuestos en los que se accionó frente

³ GÓMEZ ARBÓS, J. “Los procedimientos concursales en materia de subrogación en relación con la aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 236, 2020, pág. 2 (BIB\2020\36984).

⁴ Para la comprensión de la situación previa y los debates entre los distintos órdenes jurisdiccionales véase, entre otros autores: BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Concurso, venta de unidades productivas y aplicación del artículo 44 ET”, *IusLabor*, núm. 2, 2016; o ALTÉS TÁRREGA, J.A. “La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm.10, 2018.

⁵ STS de 29 de octubre de 2014, rec. 1573/2013. No en vano, este primer pronunciamiento contó inicialmente con alguna opinión disidente y con cierta resistencia dentro de la esfera de la jurisdicción civil. En este sentido, el Auto de la AP de Álava dictado el 18 de mayo de 2016, rec. 226/2016, consideró que la competencia exclusiva y excluyente de los Jueces de lo Mercantil también se extendía para declarar la existencia de sucesión de empresa, poniendo el acento en que la STS antes citada era una resolución aislada, por lo que no existía una jurisprudencia asentada hasta ese momento. También se defendió la competencia de los Jueces de lo Mercantil y el carácter vinculante de su resolución por parte de la alguna sentencia dictada en sede de suplicación (por todas: STSJ de Cataluña (Pleno) de 19 de febrero de 2016, rec. 1135/2015).

⁶ Autos de 9 de diciembre de 2015 (conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (conflicto 1/2016).

sociedades distintas de la empresa en liquidación, sin que ninguna de ellas se encontrara en situación de concurso de acreedores, señalándose en las dos resoluciones que la competencia en estos casos les correspondía a los órganos de la jurisdicción social.

Progresivamente fueron llegando nuevas sentencias por parte de Sala 4ª del Tribunal Supremo y todas ellas fueron consolidando –y ampliando– esta doctrina. Así, en este sentido, la STS de 11 de enero de 2017⁷ dio un paso más allá y determinó que la jurisdicción social era competente para decidir si había existido o no sucesión de empresa *“porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada”*. Por lo tanto, la competencia ya no era simplemente para reconocer alguno de los efectos derivados de la sucesión de empresa, sino que también lo era para la declaración de su propia existencia, que se debía de regir por los cánones propios de la legislación laboral. Esta misma interpretación fue seguida por otras sentencias dictadas durante ese mismo año, como es el caso de la STS de 5 julio de 2017⁸. En esta última, el TS volvió a reconocer que la jurisdicción social es competente para decidir si ha existido sucesión de empresa cuando los bienes de la concursada son adquiridos por un tercero ajeno al concurso. Este criterio ha sido reiterado con posterioridad en varias sentencias dictadas durante el año 2018 (como fue el caso de las SSTS de 11 de enero de 2018, de 27 de febrero de 2018 o de 18 de mayo de 2018)⁹. En todas ellas se declaró que la competencia para decidir si existe o no sucesión de empresa, aun tratándose de la adjudicación de una unidad productiva en el seno del proceso concursal, les correspondía a los órganos del orden jurisdiccional social. En la STS de 27 de febrero de 2018 se adujo, además, que el Juez de lo Mercantil sí que podía llegar a ser competente para pronunciarse sobre dicha cuestión, ahora bien, con carácter meramente prejudicial. En el caso concreto que resolvió la mencionada sentencia la empresa adquirente se subrogó en los contratos de 28 trabajadores de la empleadora, pero no se subrogó en el contrato de la trabajadora que impugnó, ya que había sido despedida con anterioridad. La resolución del caso, aplicando la normativa laboral, consistió en que cuando ocurre un fenómeno de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación en los derechos y obligaciones respecto de los trabajadores cedidos, sino que también se mantiene la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la cedente (en este caso concursada) tuviera pendientes de abonar con anterioridad a la transmisión.

Por su parte, la STS de 23 de enero de 2019¹⁰ razonó que *“lo dicho no lo desvirtúa el que la adquirente no adquiriese toda la actividad de la concursada, sino sólo una parte, una unidad productiva autónoma en la que no estuviese empleado el recurrente, según la adquirente, por cuanto, es la jurisdicción social la competente para determinar la existencia de la suce-*

⁷ STS de 11 de enero de 2017, rec. 1689/2015.

⁸ STS de 5 julio de 2017, rec. 563/2016.

⁹ SSTS de 11 de enero de 2018, rec. 3290/2015; de 27 de febrero de 2018, rec. 112/2016; y de 18 de mayo de 2018, rec. 1645/2015.

¹⁰ STS de 23 de enero de 2019, rec. 1690/2017.

sión y su alcance". En el mismo sentido se pronunció la STS de 4 de diciembre de 2019¹¹ que resolvió a favor de la competencia de la jurisdicción social a la hora de determinar una posible existencia de sucesión empresarial y sobre su alcance, que necesariamente "*se ha de extender a todas las vicisitudes que en ese ámbito puedan producirse en relación con los afectados*". Se rompía de este modo con una regla más o menos consolidada y que solían aplicar mayoritariamente los Jueces de lo Mercantil a la hora de determinar el perímetro de la sucesión de empresa y de las deudas asumidas por la empresa adquirente.

Posteriormente, en los albores de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, (que recordemos que tuvo lugar el 1 de septiembre), la STS de 2 julio de 2020¹², debatió si se produjo o no sucesión de empresa en un supuesto en el que la relación laboral se había extinguido previamente mediante auto firme del Juzgado de lo Mercantil, declarando de nuevo que la competencia correspondía la jurisdicción social. Aunque no resolvió de manera frontal un supuesto de competencia en materia de sucesión de empresa, la STS de 10 de febrero de 2021¹³ también asumió "*obiter dicta*" este criterio uniforme y consolidado, pese a que el TRLC ya estaba en vigor. En ambos asuntos el Tribunal Supremo no podía desconocer los cambios introducidos por el mencionado TRLC publicado en mayo de 2020, pero, pese ello, mantuvo su doctrina. Es cierto que estas últimas sentencias resolvieron asuntos a los que cabía aplicar la legislación anterior, ahora bien, desde mi punto de vista, el hecho de que la Sala 4ª siguiera dictando sentencias en las que mantenía su doctrina sin hacer ningún tipo de alusión a la nueva regulación ya nos podía dejar entrever una eventual postura acerca del carácter "*ultra vires*" de la reforma concursal de 2020.

En definitiva, cabe sintetizar que la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo anterior a las reformas de 2020 y 2022 sostuvo que la declaración de la competencia en materia de sucesión de empresa dentro del proceso concursal residía en los órganos de la jurisdicción social. Por lo tanto, el pronunciamiento de los Jueces de lo Mercantil era en este punto simplemente de carácter prejudicial, sin proyectar efectos de cosa juzgada, puesto que, con posterioridad, un Juzgado de lo Social podía interpretar el alcance de la sucesión de empresa a la luz de la legislación laboral. Esta postura era absolutamente convincente desde el punto de vista técnico y jurídico y, desde luego, cumplía con el carácter tuitivo inherente al área del Derecho del Trabajo y su normativa reguladora.

Ahora bien, tampoco cabe desconocer que provocaba en la práctica una cierta inseguridad jurídica, proyectada sobre la falta de confianza del empresario que adquiere una unidad productiva y que tenía que soportar una evidente incertidumbre sobre si en el futuro tenía que asumir alguna deuda adicional del cedente anterior al momento de la transmisión¹⁴. En este sentido, a la hora de adquirir una unidad productiva en el seno de un proceso concursal, la empresa adquirente no tenía la certeza de que los términos fijados

¹¹ STS de 4 de diciembre de 2019, rec. 3989/2017.

¹² STS de 2 julio de 2020, rec. 119/2018.

¹³ STS de 10 de febrero de 2021, rec. 3740/2018.

¹⁴ LÓPEZ CUMBRE, L. "Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 474, 2023, pág. 89.

por parte del Juez del Mercantil fueran concluyentes, dado que posteriormente podía ver incrementada su deuda al tener que hacer frente a una serie de responsabilidades laborales sobrevenidas. En fin, tal y como ha sido destacado doctrinalmente, encontrar el equilibrio entre todos los actores concurrentes en estas situaciones es una tarea de extraordinaria complejidad que normalmente lleva a alcanzar soluciones “sub-óptimas”¹⁵. De hecho, en este terreno, el interés de los trabajadores en la conservación del empleo y la satisfacción de sus créditos suele chocar frontalmente con el interés del concurso, tendente a realizar una venta de la unidad productiva en las mejores condiciones posibles, por lo que requiere de una “delicada labor de equilibrio”¹⁶.

2. La competencia de los Juzgados de lo Mercantil tras la aprobación del RDL 1/2020, de 5 de mayo: los distintos puntos de vista sobre el carácter “ultra vires” de la reforma

El RDL 1/2020, de 5 de mayo introdujo varias novedades en relación con la venta de la unidad productiva. Pero, en lo que aquí más me interesa, el nuevo artículo 221.2 TRLC pasó a expresar con extraordinaria rotundidad que “*el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa*”, constituyendo una absoluta novedad en la materia y rompiendo frontalmente con la interpretación que se venía dando por parte de la Sala 4ª del Tribunal Supremo (y por la Sala Especial de Conflictos). Constituyó una reforma de enorme calado, pues vino a regular una cuestión que era silenciada por parte de la Ley Concursal precedente. A través de dicha previsión se intentó terminar con la dualidad de interpretaciones sobre la existencia de sucesión de empresa que existía previamente, tratando de evitar de esta manera pronunciamientos contradictorios entre órdenes jurisdiccionales distintos¹⁷. Me llama la atención que en aquel momento no se hubiera incluido este cambio en el artículo 53 TRLC, que es el que se ocupa de regular la competencia laboral del Juez del Concurso, ni tampoco en el artículo 52 TRLC, referido al carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción de dicho órgano (y se hubiera hecho, exclusivamente, en el citado artículo 221.2 TRLC). En este sentido, en el año 2020 la reforma se limitó a alterar un precepto dedicado a ordenar los aspectos materiales de la venta de las unidades productivas, por este motivo, desde mi punto de vista, la técnica jurídica utilizada no fue, seguramente, la más adecuada. Además de ello, el comentado cambio legislativo suscitó bastantes dudas de constitucionalidad y, como veremos más adelante, sobrepasó las facultades de las que dispone el Gobierno para dictar una norma con rango de ley. Esta reforma no sólo alteró el tenor de la normativa legal precedente,

¹⁵ Así lo expresó BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Concurso, venta de unidades productivas y aplicación del artículo 44 ET”, *IUSLabor* 2/2016, pág. 18.

¹⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Sucesión de empresa y concurso de acreedores: en busca del equilibrio entre la protección de los trabajadores y el interés del concurso”, *Documentación Laboral*, núm. 130, 2023, pág. 37.

¹⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Sucesión de empresa y concurso de acreedores: en busca del equilibrio entre la protección de los trabajadores y el interés del concurso”...*Op. Cit.*, pág. 42.

sino que también lo hizo rompiendo con la jurisprudencia consolidada dictada en esta materia que, por lo demás, afectaba de lleno a una cuestión de orden público como es el caso de la competencia objetiva atribuida a los jueces y tribunales para conocer de un determinado asunto, incardinada, como sabemos, en el marco del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)¹⁸.

No es de extrañar, por ende, que las dudas acerca del carácter “ultra vires” de la norma se trasladaran a nuestra práctica forense, donde nos encontramos con pronunciamientos en uno y otro sentido. Así, de un lado, la jurisdicción social se resistió a abandonar la jurisprudencia precedente, abogando por la consideración de que la reforma era “ultra vires”¹⁹. De hecho, fueron varios los pronunciamientos que, tanto en la instancia como en sede de suplicación, declararon “ultra vires” el contenido del artículo 221.1 TRLC. Mantuvieron esta postura de forma expresa tanto el Juzgado de lo Social nº 5 de Barcelona, en su auto de 29 de enero de 2021²⁰, como la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2021²¹ (el JS nº5 de Barcelona consideró que “*este precepto no puede ser aplicado literal y acríticamente sin hacer un previo análisis del mismo y del contexto constitucional y legal en que se produce la habilitación del Legislativo al Gobierno para la promulgar el referido TRLC*”). Por su parte, el TSJ de Madrid argumentó que “*cuando sobre una materia de interpretación dudosa de la legislación objeto de refundición ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo, adoptando una determinada interpretación y fijando jurisprudencia o doctrina unificada, no cabe que el Gobierno, alegando su poder delegado de armonización, corrija las interpretaciones jurisprudenciales*”). Siguiendo con esta línea de pronunciamientos, sin llegar a plantearse de manera expresa el problema del carácter “ultra vires” de la reforma de 2020, las SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de diciembre de 2021²² o de Galicia de 6 de junio de 2022²³ optaron por asumir la competencia para conocer sobre la sucesión de empresa en el seno del concurso de acreedores, siguiendo con ello a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada en esta materia.

Por el contrario, desde la jurisdicción civil se dictaron varias resoluciones en las que se acogió el cambio producido por el TRLC en un sentido distinto. Así, por ejemplo, el Auto del JM nº13 de Madrid de 23 de noviembre de 2020 asumió su competencia sin

¹⁸ En este sentido, GÓMEZ ARBÓS, J. “Los procedimientos concursales en materia de subrogación en relación con la aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 236, 2020, pág. 2 (BIB\2020\36984). Desde la doctrina mercantilista también se advirtió de este exceso sobre el mandato otorgado al Gobierno (AZOFRA VEGAS, F. “Enajenación de unidades productivas”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 54, 2020, pág. 42).

¹⁹ Esta declaración puede realizarse desde los juzgados y tribunales ordinarios, sin necesidad de acudir al TC, pues como ha sido resuelto por parte de la STS de 29 de noviembre de 2018, rec. 1826/2017: “*El Tribunal Constitucional ha acogido la posibilidad de que los excesos de la delegación legislativa achacable a los decretos legislativos pueden ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, de manera que por la misma se identifiquen aquellos extremos en los que la delegación hubiera sido excedida, lo que de ser así, permite al juez ordinario atribuir valor de reglamento a la norma que sobrepase aquella habilitación y entrar a valorarlo para proceder a su inaplicación si resultan ultra vires*”.

²⁰ AJS nº 5 de Barcelona de 29 de enero de 2021, auto 13/2021.

²¹ STSJ de Madrid de 2 de julio de 2021, rec. 293/2021.

²² STSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de diciembre de 2021, rec. 747/2021.

²³ STSJ de Galicia de 6 de junio de 2022, rec. 2141/2022.

plantearse ni siquiera la concurrencia de “ultra vires”, aduciendo que cabe dotar de mayor seguridad jurídica a las ventas de las unidades productivas, *“pues quien compra tiene que saber los riesgos que asume y quedar limitados en el propio concurso”*. El Auto del JM nº1 de A Coruña de 1 de junio de 2021 y la sentencia de ese mismo Juzgado dictada el 8 de julio de 2021²⁴ concluyeron que *“esta norma zanja la cuestión referente a la competencia para decidir sobre la existencia de la sucesión de empresa cuando la transmisión de la unidad productiva tiene lugar dentro del concurso”*. Asimismo, se razonó que este cambio *“constituye una interpretación integradora de la regulación anterior”* y por ello *“se concluye que el refundidor no ha incurrido en ultra vires al realizar esta tarea armonizadora”*. Por su parte, el AJM nº1 de Alicante de 21 de mayo de 2021²⁵ indicó que *“no estamos realmente ante una innovación motivada por la necesidad de dotar de seguridad jurídica al sistema, sino ante la interpretación que debería haberse seguido hace tiempo en nuestro ordenamiento jurídico por los órganos administrativos y judiciales, lo que excluye cualquier duda respecto de la producción del defecto legislativo de ultra vires de la nueva regulación”*.

En definitiva, tal y como se habrá podido apreciar, la reforma de 2020 introdujo un cambio de calado que alteraba de forma sustancial la competencia en materia de sucesión de empresa, provocando intensos problemas aplicativos ocasionados por la defectuosa técnica legislativa utilizada, un Real Decreto Legislativo. Esta cuestión fue vista desde distintos puntos de vista por los órganos de la jurisdicción social y civil, declarándose mayoritariamente un escenario de “ultra vires” por los primeros y adoptando la postura contraria los segundos. Finalmente, la Sala 4ª del Tribunal Supremo zanjó el debate para este periodo que transita entre la reforma del año 2020 y la del año 2022 y lo hizo a favor de la declaración de “ultra vires”. De tal manera que la STS de 29 de noviembre 2023²⁶ apreció las diferencias relevantes entre la LC y el TRLC, concluyendo que *“el texto refundido de la Ley Concursal de 2020 incurrió en ultra vires porque no se limitó a regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debía refundir, sino que introdujo una regulación que modificaba sustancialmente la anterior, al instaurar una limitación subjetiva en la responsabilidad de la empresa adquirente que estaba excluida en la ley anterior. Cuando se aprobó el texto refundido de la Ley Concursal de 2020 ya existía una doctrina jurisprudencial consolidada que interpretaba la Ley Concursal de 2003. Ese texto refundido pretendió dejar sin efecto esa doctrina del TS. La consecuencia es la inaplicación del art. 224 de la Ley Concursal de 2020 por exceso en la delegación legislativa”*.

En fin, cualquier venta de la unidad productiva llevada a cabo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 septiembre (y la LO 7/2022, de 7 de julio), seguía rigiéndose por la normativa previa (LC), al ser considerada la reforma de 2020 “ultra vires”. De este modo, en esencia, los tribunales del orden social mantienen la competencia para declarar la existencia de la sucesión de empresa y acordar los efectos que de dicha declaración se derivan en el contexto de la legislación laboral ordinaria.

²⁴ AJM nº1 de A Coruña de 1 de junio de 2021, nº 15/2020 y SJM nº1 de A Coruña de 8 de julio de 2021, nº 516/2019.

²⁵ AJM nº1 de Alicante de 21 de mayo de 2021, nº 1030/2019.

²⁶ STS de 29 de noviembre 2023, rec. 3269/2022.

3. La competencia de los Juzgados de lo Mercantil tras la aprobación de la reforma concursal de 2022

La vigente reforma concursal (2022) ha reforzado de manera decisiva el cambio que se intentó introducir por el RDL 1/2022, de 5 de mayo. Para ello, ha optado por abordar el problema desde varios frentes distintos con la intención de reservar a los Jueces de lo Mercantil, de manera clara y decidida, la competencia en materia de sucesión de empresa cuando la cedente está en un concurso de acreedores. La *ratio legis* de esta reforma es, seguramente, tratar de favorecer el principio de seguridad jurídica y, desde luego, disipar las dudas sobre el carácter “ultra vires” del TRLC de 2020²⁷. Así, de un lado, se mantiene la redacción del artículo 221.1 TRLC cuando indica expresamente que “*el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa*”, y, ahora, la reforma de 2022 le añade: “*así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen*”. Si se hubiera seguido sin más añadiduras la redacción del año 2020, quizás hubiera sido posible defender una interpretación en la que la competencia de los Jueces de lo Social podría dar algo más de juego, puesto que simplemente se reservaba el conocimiento del Juez del Concurso para declarar “*la existencia de sucesión de empresa*”, sin más apostillas²⁸. Ahora bien, en estos momentos, la dicción del precepto es bastante más amplia, pues extiende la competencia más allá de la mera declaración de la existencia de sucesión de empresa, toda vez que los Jueces de lo Mercantil también la asumen para delimitar las “*relaciones laborales que la componen*”.

La reforma llevada a cabo sobre el artículo 221.1 TRLC se completa con la modificación del artículo 52.1 4ª TRLC, que textualmente señala que el Juez del Concurso tendrá competencia exclusiva y excluyente para conocer de “*la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran*”. Nuevamente, el precepto reformado no se limita a reconocer la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa, sino que también lo hace para determinar “*los elementos que la integran*”, dónde debemos incluir, necesariamente, el factor humano. Repárese, asimismo, que la reforma no se ha llevado a cabo sobre el artículo 53 TRLC, que se ocupa de la competencia del Juez del Concurso en materia laboral, sino que se ha incardinado dentro del artículo 52 TRLC, un síntoma más de la “deslaborización” sufrida en esta sede. Visto desde la otra perspectiva, podemos afirmar que esta reforma refuerza la consideración laboral del Juez del Concurso, que forma en esta y otras materias

²⁷ PALOMO BALDA, E. “La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales)”... *Op. Cit.*, pág. 100

²⁸ Puede verse un comentario sobre el particular en TALÉNS VISCONTI, E.E. *Aspectos laborales del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 38 a 45. En sentido contrario, entendieron que el TRLC atribuía plenos efectos al alcance de la competencia del Juez del Concurso BLASCO JOVER, C. “Tratamiento en la nueva Ley Concursal del personal de alta dirección y de la venta de la unidad productiva”, *Lex Social*, núm. 11 (2), 2021; o CÓRDOBA ARDAO, B. “El eterno dilema: ¿salvar empresas o al empresario”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.

parte del orden jurisdiccional social²⁹. En último lugar, el legislador ha querido aclarar esta cuestión desde la propia LOPJ, modificando su artículo 86 *ter* e introduciendo el siguiente párrafo sobre la competencia del Juez del Concurso, que ahora también alcanza a: “*La declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social*” (artículo 86.2 4º *ter* LOPJ). La inclusión que se lleva a cabo en el texto de la LOPJ supone, sin duda, la vocación de permanencia que se persigue conferir a este concreto tema. En este sentido, no cabe perder de vista que la reforma de la LOPJ requiere de un *quórum* más elevado para su tramitación parlamentaria y dicho texto no sufre tantas variaciones como la legislación concursal. La forma en la que ha sido abordado este tema en la reforma de 2022 ha sido visto por algún autor como “*una técnica legislativa inatacable*”, lo que, a su modo de ver, evitará la intromisión de otras jurisdicciones y de la propia administración de la TGSS en unas facultades en materia de competencia objetiva que como la norma indica son exclusivas del juez del concurso³⁰. En cualquier caso, desde mi punto de vista, pese a que el legislador ha intentado estrechar el cerco e intentar apaciguar el error cometido a la hora de reformar esta materia en el año 2020, los problemas interpretativos no se han terminado de erradicar por completo, pues quedan algunos flecos que la técnica jurídica utilizada no permite disipar de forma tajante.

Como se habrá podido apreciar, los artículos 52.1 4ª TRLC, 221.1 TRLC y 86.2 4ª *ter* LOPJ no coinciden exactamente en la dicción utilizada a la hora de regular esta cuestión. Concretamente, el primer precepto indica que los Jueces de lo Mercantil son competentes “*para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen*”; en el segundo de ellos se expresa que la competencia alcanza a “*la determinación en esos casos de los elementos que las integran*”; mientras que en la LOPJ se habla de “*la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social*”. Con todo, en mi opinión, son tres formas distintas de decir prácticamente lo mismo, es decir, que los Jueces de lo Mercantil se pronunciarán sobre la cantidad de trabajadores que se subroga la empresa adquirente, sus condiciones contractuales y los créditos laborales que debe de soportar esta última, siendo que, el único precepto de los mencionados que se acuerda –si bien mínimamente– del Derecho del Trabajo es el artículo 86 *ter* LOPJ. Por consiguiente, tras la presente reforma podemos deducir que se han querido afianzar los cambios producidos sobre la competencia objetiva para declarar la sucesión de empresa dentro del proceso concursal. Tal y como acabamos de comprobar, la legislación vigente parece no dejar lugar a dudas sobre el hecho de que la misma correrá a

²⁹ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “La reforma de la sucesión de empresa tras la refundición concursal y las leyes posteriores”, *La reforma de sucesión de empresa desde el orden jurisdiccional civil, social y contencioso-administrativo*, Documentación del Curso del Consejo General del Poder Judicial, 19 a 26 de septiembre 2022, pág. 10.

³⁰ TEJERO ALDOMAR, J.F. “La venta de unidad productiva en el concurso de acreedores”, *Reestructuraciones e Insolvencias* (Zubizarreta, V. y Aznar, E. Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2023 (consultado en su versión electrónica: TOL9.421.908).

cargo de los Jueces de lo Mercantil. En este sentido, los preceptos reformulados utilizan la expresión: “*será el único competente*”, lo que no deja demasiado margen maniobra sobre el particular (“*in claris non fit interpretatio*”). Esto quiere decir, entre otras muchas cosas, que la resolución dictada por parte de los Jueces de lo Mercantil ya no es meramente prejudicial o, dicho de otro modo, que los Jueces de lo Social ya no pueden conocer del asunto con posterioridad y reinterpretar con ello el concepto de sucesión de empresa pues, lisa y llanamente, deberán de declarar que no asumen la competencia objetiva para conocer del pleito. En fin, esta nueva redacción rompe de manera definitiva con la jurisprudencia que la Sala 4ª del Tribunal Supremo había mantenido en relación con este tema.

Con todo, el tema no es pacífico, pues hay autores que han sostenido que, si hay reclamaciones para que se declaren los efectos propios de aquella, tienen que ser conocidas por el juzgado que tramitó el concurso, no por los juzgados de lo social³¹. En sentido contrario, otros autores han defendido que una vez concluido el concurso la competencia retornaría al orden jurisdiccional social (por ejemplo, si el órgano mercantil considera que no hay sucesión de empresa y el concurso concluye, los interesados podrían acudir a la jurisdicción social en defensa de una posible actuación empresarial fraudulenta³²).

En cualquier caso, desde mi punto de vista, la competencia de los órganos de la jurisdicción social no queda suprimida por completo, pues considero que todavía siguen existiendo algunos espacios —muy pocos— para que estos la puedan asumir. Así, en líneas generales, aun admitiendo que el Juez del Concurso tiene la competencia exclusiva y excluyente en esta materia, opino que esta se proyecta durante todo el proceso de venta de la unidad productiva, pero que no alcanza a las reclamaciones que se dirijan única y exclusivamente frente a una empresa (adquirente) que no está declarada en concurso de acreedores. Efectivamente, debemos de admitir que los Jueces de lo Mercantil asumen la competencia para decidir sobre todo el proceso de compraventa de la unidad productiva y, lo que es más importante, que sus resoluciones producen efecto de cosa juzgada más allá del proceso concursal en el que se dictan. Ahora bien, habiéndose pronunciado este órgano judicial sobre todos los extremos inherentes a la transmisión, si se reclama única y exclusivamente frente a la empresa adquirente, insisto, que no está concursada, la competencia debería de residir en los Jueces de lo Social. Sin embargo, aquí la resolución judicial del órgano mercantil no puede dejarse sin efecto, ni tampoco revisarse por parte un Juez de lo Social, pues goza de los efectos propios de la cosa juzgada. Dicho de otro modo, que la jurisdicción social no puede alterar la declaración de la sucesión de empresa, pero, seguramente, sí que pueda conocer de una reclamación de cantidad y poder, en su caso, ejecutar a la empresa adquirente. El artículo 239 LRJS permite la ejecución de resoluciones dictadas por otro órgano judicial, por lo que se podrá acompañar el auto o sentencia dictada por el Juez del Concurso, siendo dicho pronunciamiento el título habilitante para que el Juez de lo Social inicie los trámites para satisfacer los créditos asumidos por la empresa adquirente. También puede ocurrir que la empresa transmitente haya desapa-

³¹ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “La reforma de la sucesión de empresa... *Op. Cit.* págs. 13 y 14.

³² LÓPEZ CUMBRE, L. “Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma”... *Op. Cit.*, pág. 93.

recido (en función del alcance de la compraventa) o que, incluso, el proceso concursal haya concluido. Por lo tanto, considero que los trabajadores afectados, cuando persistan sus créditos impagados, o quieran hacer valer sus derechos sobre el mantenimiento de sus contratos, si se dirigen exclusivamente a la nueva empresa, podrán demandar ante la jurisdicción social.

4. Los efectos jurídicos de la declaración de sucesión de empresa dentro del proceso concursal

Una vez que he tratado de analizar el problema del órgano judicial competente para declarar la existencia de la sucesión de empresa, me voy a adentrar en el alcance material de dicho pronunciamiento judicial y, muy especialmente, en la determinación del “perímetro” objeto de la transmisión y de las deudas laborales que asume la empresa adquirente.

De entrada, cabe apuntar que el TRLC define el concepto de unidad productiva en el artículo 200.2 TRLC, señalando que constituye un “*conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio*”. No señala este precepto que la entidad económica “mantenga su identidad”, si bien, esta exigencia deriva de la Directiva 2001/23/CE³³. Además de lo anterior, el artículo 221.1 TRLC pasó a expresar que “*en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa*”. Se abandona de esta manera cualquier referencia sobre el artículo 44 ET, seguramente, en busca de un concepto autónomo de sucesión de empresa dentro del proceso concursal. Entiendo que la nueva redacción (mantenida por la Ley 16/2022) supone una importante simplificación, en el sentido de que parece que ordena una cláusula de “automaticidad” de la que no pueden huir los Jueces de lo Mercantil que, en todo caso, deberán de abordar el problema de los trabajadores cuando se inicie un procedimiento de venta de la unidad productiva. La consideración de la sucesión de empresa es un efecto automático de la aprobación de la venta de la unidad productiva por imperativo legal, y ello pese a que no se manifieste nada al respecto de manera expresa por el solicitante ni por la administración concursal³⁴. Se trata, en suma, de un aspecto que sí o sí debe de regir la decisión del órgano judicial y entiendo que no puede suponer un trámite menor que pueda resolverse de forma aislada o pasando simplemente de “puntillas” a lo largo del auto. Por este motivo, el Juez del Concurso no puede obviar la cuestión laboral dentro del proceso de venta de la unidad productiva, debiendo de integrar en este proceso el concreto punto de los contratos de trabajo. Con todo, como veremos, se da una especie de contradicción en el sentido de que la sucesión de empresa se produce *ex lege*, si bien

³³ BLASCO JOVER, C. “Tratamiento en la nueva Ley Concursal del personal de alta dirección y de la venta de la unidad productiva”, *Lex Social*, núm. 11 (2), 2021, pág. 428.

³⁴ PALOMO BALDA, E. “La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 471, 2022, pág. 107.

esta puede no desplegar los efectos laborales que le son propios y que están previstos en el artículo 44 ET, como seguidamente veremos con mayor detenimiento³⁵.

El control que efectuará el Juez del Concurso se va a extender, desde luego, a todo lo relacionado con las ofertas de compraventa de la unidad productiva. Así, entre otras muchas cuestiones, se tiene que examinar que la oferta sea respetuosa con el mantenimiento del empleo (artículos 219 o 710 TRLC). Podemos ver un ejemplo de ello en el Auto del JM nº1 de Palma de 25 de mayo de 2021³⁶, que negó inicialmente la oferta económica más elevada porque suponía la extinción de 2/3 de la plantilla. Esta decisión judicial supuso que se tuvieran que reconsiderar todas las ofertas y que el adquirente que más dinero ofrecía decidiera finalmente quedarse con más trabajadores. Por lo tanto, los Jueces de lo Mercantil deben de llevar a cabo un necesario control en aras de que la compra de la unidad productiva sea la que mejor satisfaga, entre otros criterios, los intereses de los trabajadores.

Por este motivo, en el año 2020 se introdujo en el tenor del artículo 220 TRLC la necesidad de que las resoluciones judiciales se dicten previa audiencia de los representantes legales de los trabajadores (otorgándoles un plazo de quince días para mostrar su parecer). Por su parte, la Ley 16/2022 ha incluido en el tenor del artículo 221.3 TRLC la posibilidad de que el Juez del Concurso solicite un informe a la ITSS para que este órgano se pronuncie sobre los efectos laborales de la transmisión, incluidas las deudas (que en caso de solicitarse se emitirá en un plazo máximo de diez días). La participación de estos órganos representativos y administrativos pueden contribuir positivamente a la defensa de los intereses de los trabajadores y al mantenimiento del empleo, así como para que las decisiones de los Jueces de lo Mercantil se dicten preservando los derechos previstos en la normativa laboral.

Este principio que consiste en aceptar la oferta que mayores visos de continuidad del negocio presente, aparece expresamente recogida en el artículo 219 TRLC que lleva por título “*regla de la preferencia*”. En virtud del señalado principio el órgano judicial podrá dar preferencia a una oferta que sea más respetuosa con el mantenimiento del empleo, en concreto, siempre la misma no difiera en más del 15% de la oferta superior. Además, la reforma del año 2022 también ha optado por primar la adquisición de la unidad productiva por parte de los propios trabajadores, puesto que, con una desviación inferior en el mismo porcentaje antes aludido, el Juez del Concurso podrá primar la adjudicación con la finalidad de que estos constituyan una sociedad cooperativa o laboral. Con todo, algún autor ha sostenido que no se entiende muy bien la específica previsión que permite a los trabajadores adquirir la empresa para darle continuidad al negocio, en la medida en que no había ningún obstáculo antes de la Ley 16/2022 para que estos sujetos pudieran presentar ofertas de adquisición de la unidad productiva³⁷. Si bien, desde mi punto de vista, esta in-

³⁵ GONZÁLEZ CALVET, J. *La ejecución dineraria en la jurisdicción social (3ª Edición)*, Ed. Sepín, 2020, pág. 267.

³⁶ AJM nº1 de Palma de 25 de mayo de 2021, nº 1430/2020.

³⁷ RUBIO VICENTE, P.J. “La transmisión de unidades productivas”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 61, 2024, página 7 (BIB\2023\3090).

corporación tiene, principalmente, un claro carácter promocional, que permite visibilizar una opción que, pese a que ya era posible llevarla a cabo con anterioridad, ahora aparece claramente reflejada en la norma y lo hace, además, otorgándole un carácter preferente, pese a no ser la oferta de mayor cuantía, algo que podría ser algo más dudoso con anterioridad a dicha previsión legislativa. Pero, además, esta reforma sobre el TRLC ha venido acompañada de una reforma del artículo de la Ley 5/2011 de Economía Social. Se incorporó un nuevo artículo 10 *bis* por mor de la DF 8ª de la Ley 16/2022, que permite que los trabajadores con contrato indefinido que pretendan adquirir la empresa en concurso para transformarla en una sociedad laboral o una cooperativa puedan recibir de entidad gestora la actualización (capitalización) de la prestación por desempleo. Se trata de una ficción legal dado que los trabajadores no están en situación legal de desempleo siempre que su prestación de servicios siga ligada a dicha actividad económica. Ahora bien, lo que trata de evitar esta previsión es, precisamente, que estas personas queden desempleadas por desaparecer la empresa insolvente para la que prestaban servicios. Se trata, en suma, de una prestación preventiva que persigue evitar que se produzca la situación legal clásica que causa la misma. El importe recibido por los solicitantes se deberá de destinar a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que trabajen con la finalidad de transformarla en una empresa de base social (sociedad laboral o cooperativa) y, el eventual importe sobrante podrá destinarse para cubrir las cuotas iniciales de la Seguridad Social en su nueva condición de socios laborales o cooperativistas³⁸. Desde luego, entiendo que, en el caso de empresas pequeñas, todos o algunos de los trabajadores también podrían adquirir la empresa para continuar la actividad bajo alguna figura societaria, pero, en este caso, en principio, podrían no tener preferencia sobre otras ofertas de adquisición presentadas y, desde luego, no podrán contar con la ayuda del Servicio Público de Empleo Estatal (por lo que deberán de acudir a otro tipo de financiación que seguramente tengan que devolver con intereses). En definitiva, con la legislación actual, ante la existencia de diferentes ofertas de adquisición, *“le corresponderá a la administración concursal y al Juez del Concurso perfilar la empresa adquirente, teniendo como objetivo final, eso sí, el mantenimiento de la actividad de la empresa en la mayor medida posible y, por ende, la que mayor número de empleos con vocación de estabilidad asegure”*³⁹.

Relacionado con el tema de la selección de las ofertas que mayor contribuyan a la estabilidad del empleo nos encontramos con el problema del número de contratos en los que se subroga la empresa adquirente, asunto conocido en el acervo *iusconcursalista* como “la regla del perímetro”. De hecho, “perimetrar” el volumen de la plantilla no es algo tan

³⁸ Para hacer efectivas estas prestaciones “sui generis”, el SPEE dictó con fecha de 21 de diciembre de 2022, un documento en el que se contienen una serie de instrucciones provisionales para la aplicación del artículo 10 *bis* de la Ley 5/2011, de Economía Social en relación con esta posibilidad de capitalizar la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso.

³⁹ PÉREZ-BUSTOS MANZANEQUE, A. “Venta de unidad productiva. Pre-pack: la gran apuesta”, *Reestructuraciones e Insolvencias* (Zubizarreta, V. y Aznar, E. Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2023 (consultado en su versión electrónica: TOL9.421.908).

novedoso, puesto que algunos órganos judiciales ya venían admitiendo esta práctica con anterioridad a la reforma siendo quizás uno de los primeros ejemplos de ello el auto del JM nº5 de Barcelona de 7 julio 2016⁴⁰, que acordó la transmisión de la empresa concursada limitándola a las deudas que tenían su origen en los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente (que en este caso fueron solamente once respecto del total de la plantilla). En ese sentido, en dicho auto se declaró la existencia de la sucesión de empresa limitándola a los centros de trabajo que se adquirieron y, por ende, a los efectos de las deudas tanto laborales como de Seguridad Social que tienen su origen en los contratos de trabajo existentes en dichos centros de trabajo y no así en la totalidad del pasivo laboral de la empresa considerada en su conjunto. Este *modus operandi* se fue poco a poco extendiendo, si bien, como hemos visto con anterioridad, si el asunto llegaba a manos de la jurisdicción social, los efectos de la sucesión de empresa también alcanzaban a las deudas laborales existentes respecto del personal que no había sido subrogado.

Tras la aprobación de las reformas de 2020 y 2022, la limitación de la responsabilidad se infiere directamente de la lectura del vigente artículo 224.1 3ª TRLC (esta fórmula, por lo demás, encuentra amparo en la justicia europea: Auto del TJUE de 28 de enero de 2015⁴¹). De esta manera, depende de la voluntad de cada Estado el hecho de regular el régimen de asunción de deudas entre cedente y cesionario cuando el primero está declarado en concurso de acreedores. En esencia, se permite limitar el alcance de la responsabilidad solidaria cuando la transmisión de empresa tiene lugar en el contexto de una empresa insolvente y, en nuestro caso, esto es lo que ha pretendido llevar a cabo nuestro artículo 224.1 3ª TRLC. De la lectura de dicho precepto se desprende que la empresa adquirente debe hacerse cargo de las deudas laborales y de Seguridad Social existentes con anterioridad a la transmisión, ahora bien, solamente respecto de las correspondientes a los trabajadores de “*esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente*”. Dicho de otro modo, si la empresa adeuda cantidades económicas a uno o varios trabajadores cuyo/s contrato/s se haya/n extinguido/s con anterioridad a la transmisión y, por ende, la empresa compradora no se subroga en los mismos, no asumirá dicha deuda. Esta doctrina sobre la delimitación “del perímetro” de la unidad productiva tiene como telón de fondo reducir la responsabilidad solidaria del adquirente, de tal manera que se contribuya a un nivel razonable de tranquilidad de este último, puesto que se sabrá con mayor exactitud el alcance real del pasivo laboral al que deberá hacer frente con posterior-

⁴⁰ AJM nº5 de Barcelona de 7 julio 2016, nº 648/2015. Esta postura también fue defendida con TRLC del año 2020, señalándose que el Juez del Concurso era el único competente para pronunciarse, no sólo sobre las condiciones de la venta, sino también sobre los efectos derivados de la misma, convirtiéndose así en la norma especial en sede concursal frente al artículo 44 ET (vid. CÓRDOBA ARDAO, B. “El eterno dilema: ¿salvar empresas o al empresario”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2021 (BIB 2021\33)).

⁴¹ Se puede leer en el citado auto que “*el art. 5.2 Directiva 2001/23 no se opone a que el Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987, si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente*”.

ridad a la adjudicación, haciendo más interesante la operación en su conjunto⁴². Además, este mismo precepto permite exonerar de la parte del crédito que asuma el FOGASA, por lo que, en todo caso, la responsabilidad se limitará al eventual exceso sobre dicha cobertura prestacional (si bien esto no es novedoso, pues ya estaba previsto en la anterior LC).

En sentido contrario, se ha opinado por algún sector de la doctrina que el mantenimiento del término “indemnizaciones” en el tenor del artículo 224.1 3º TRLC debe de significar que la responsabilidad solidaria del adquirente también alcanza a las indemnizaciones debida a trabajadores no subrogados, puesto que de los subrogados no existirán indemnizaciones por despido⁴³. Ahora bien, en mi opinión, cuando el artículo 224.1 3º TRLC señala que el Juez del Concurso puede acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA, se está refiriendo a los créditos que entran dentro del perímetro de la responsabilidad solidaria, es decir, los adeudados sobre los trabajadores efectivamente a subrogados. En este sentido, no cabe perder de vista que el precepto alude expresamente a que el Juez del Concurso podrá acordar “*respecto de estos créditos*”, refiriéndose, por ende, a los de la frase anterior, es decir, los “*correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente*”. De este modo, seguramente, sí que se podría llegar extender a las indemnizaciones de los trabajadores despedidos previamente a la transmisión si el legislador no hubiera incluido, por ejemplo, la frase “*respecto de estos créditos*”, pero lo cierto es que se refiere expresamente a los trabajadores subrogados. Lo anterior limita mucho su alcance, pues entiendo que lo normal será que sobre los trabajadores que pasan a formar parte de la plantilla de la empresa adquirente no existan indemnizaciones por despido pendientes de pago. Pero, una eventual asunción de deuda indemnizatoria sobre un trabajador que no ha sido subrogado no es imposible (piénsese, por ejemplo, en un trabajador que con anterioridad a la transmisión ha presentado demanda de extinción de su contrato por la vía del artículo 50 ET y continúa prestando servicios, no desiste de la misma y mantiene su acción procesal después de los efectos de la sucesión de empresa; o incluso para hacer efectiva una sentencia de nulidad presentada con anterioridad a la transmisión de la empresa, pero en el que la sentencia es posterior a la misma). Por lo demás, el artículo 224 TRLC señala que se puede exonerar de los importes de las indemnizaciones a cargo del FOGASA (que serán las de despido), pero la asunción de responsabilidad solidaria es más amplia, puesto que alcanza a los “créditos laborales”, por lo que pueden existir otra serie de indemnizaciones no necesariamente derivadas de un despido que no se ha producido, pero que estén pendientes de pago en relación con los trabajadores subrogados.

En esencia, con la nueva regulación parece que se refuerza la idea de que le incumbe al Juez del Concurso delimitar el “perímetro” de la unidad productiva que es objeto de la transmisión. En este “perímetro” se incluyen tanto el activo (bienes afectos a la uni-

⁴² FLAQUER RIUTORT, J. “La venta de unidad productiva de la empresa en crisis Especial referencia al mecanismo de prepack concursal”, *InDret*, núm. 3, 2023, pág. 118.

⁴³ LÓPEZ CUMBRE, L. “Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma”...*Op. Cit.*, pág. 94.

dad productiva), como el pasivo laboral y de Seguridad Social. Con todo, esta no es una cuestión alejada de toda duda interpretativa, ni la actuación del legislador en este punto es, desde luego, intachable. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la reforma de 2020 que aprobó el TRLC fue declarada “*ultra vires*” por parte de la Sala 4ª del Tribunal Supremo en la sentencia citada *supra*. En concreto, el TS se refirió al tema de la responsabilidad solidaria sobre deudas anteriores a la transmisión, es decir, al concreto problema del “perímetro”. Cabe poner de manifiesto en este punto que la Ley 16/2022, que bien pudo “sanar” este defecto, no modificó el tenor del artículo 224.1 3º TRLC, dejando este precepto con la dicción dada por el RDL 1/2020. En este sentido, cabe pensar que si el artículo 224 TRC, en lo que se refiere a la regla del “perímetro”, ha sido declarado “*ultra vires*” y posteriormente no ha sido alterado expresamente por la reforma de 2022, las intenciones del legislador puede que no lleguen a cumplirse. En este escenario solamente nos quedaría con cumplimiento legal indubitado el tenor del artículo 86.1 *ter* LOPJ, que es, desde luego, el precepto más “*laboralizado*” de los que entran en liza en esta materia. En este orden de cosas, lo que parece alejado de toda duda es que el Juez del Concurso es el órgano competente para afirmar si existe o no sucesión de empresa (pues a esta conclusión también se llega a través del citado precepto de la LOPJ). Las dudas interpretativas derivan, pues, de un eventual carácter “*ultra vires*” que todavía perdure en el tenor de los artículos correspondientes del TRLC. Tanto es así, que si los consideramos legales será el propio Juez del Concurso quien, además, podrá determinar los efectos y el alcance de la declaración de la sucesión de empresa, pudiendo delimitar el “perímetro” y, en consecuencia, los contratos de trabajo asumidos por el cesionario y las deudas laborales que debe de soportar la empresa adquirente. La limitación de este “perímetro” puede llevarse a cabo, incluso, en el propio incidente de la venta de la unidad productiva, abriendo otro por el que se lleven a cabo modificaciones sobre las condiciones de trabajo e, incluso, el despido colectivo (a través del ERE Concursal -artículos 169 y ss. TRLC). Esta posibilidad se infiere de la lectura del artículo 220.2 TRLC, que textualmente expresa que “*en el caso de que las operaciones de enajenación implicaran la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contrato o la reducción de jornada de carácter colectivo, se estará a lo dispuesto en esta ley en materia de contratos de trabajo*”. El propósito que encierra esta opción legislativa consiste en que las partes puedan adecuar el volumen de la plantilla o las condicionales laborales de los trabajadores de acuerdo con las nuevas necesidades empresariales que resulten de este proceso de transmisión de empresa.

En definitiva, la doctrina “del perímetro” responde a la ambición tradicional consistente en que el adquirente de una empresa pueda definir los activos, pasivos y relaciones contractuales o de sujeción especial de Derecho público que le interesan a cambio de un precio que establezca su valor, sucediendo para continuar la actividad o acaso reanudarla, desechando los que no le interese⁴⁴. Ahora bien, hay que partir de la base de que el “perímetro” no es un conjunto caprichoso de elementos materiales y humanos, sino que

⁴⁴ ETXARRANDIO HERRERA, E. “La enajenación concursal de unidad productiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, 43, 2018, pág. 3 (BIB 2017\43511).

debe de responder a una necesidad real y debidamente documentada y probada en el incidente concursal. En este orden de cosas, entiendo que no es ajustado a derecho que una empresa, quizás porque las condiciones de laborales de la empresa concursada puedan ser superiores a las del sector, o bien, por el motivo que fuera, opte por eludir los efectos de la transmisión acordando la tramitación de un ERE extintivo sobre la totalidad de la plantilla y ofertar posteriormente una serie de puestos de trabajo para contratarlos fuera de este mecanismo. Desde mi punto de vista, entiendo que los Jueces de lo Mercantil no deben de aprobar medidas extintivas planteadas de esta manera. En este sentido, deben de llevar a cabo un control de la legalidad de la medida laboral proyectada, pues de otro modo quedarían vacíos de contenido todos los preceptos que aquí se están manejando, quebrantándose con ello el espíritu de la normativa nacional e internacional, que, como bien sabemos, ambiciona la continuidad de las relaciones laborales. Cualquier tipo de simulación planteada por las partes implicadas en la operación de venta de la unidad productiva que trate de obviar las consecuencias jurídicas de la sucesión de empresa debe de provocar que la medida se declare en fraude de ley y, por ende, nula y sin efecto. Por lo tanto, si admitimos que el tenor del artículo 220.2 TRLC resulta de aplicación, la utilización de los expedientes judiciales de regulación de empleo tiene que responder a unas necesidades económicas y organizativas de la empresa adquirente que deben de justificarse y razonarse oportunamente, y no suponer una mera decisión arbitraria tendente a sortear los efectos propios de la sucesión de empresa, circunstancia que, por lo demás, puede ir en contra de los intereses, entre otros, del FOGASA, que podría verse compelido al pago de unas indemnizaciones por extinción colectiva de los contratos de trabajo cuando todos (o algunos) trabajadores mantienen su puesto con posterioridad⁴⁵.

Sin embargo, si finalmente se mantiene la tesis del carácter “*ultra vires*” de la reforma y solamente nos movemos con el tenor del artículo 86.1 *ter* LOPJ, la regla del “perímetro” ya no parece tan clara. La razón estriba en que este precepto ordena es el Juez del Concurso quien determinará los límites de la sucesión de empresa, pero añade que este debe de llevarse a cabo “*conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social*”. Por lo tanto, si no hay precepto en el TRLC que anclar el problema jurídico planteado, la solución en la práctica no sería muy distinta a la producida con anterioridad a la reforma del año 2022. En esta línea interpretativa, los órganos de la jurisdicción mercantil sí que podrán exonerar al adquirente de la parte del crédito existente con carácter previo a la transmisión de la unidad productiva que deba de cubrir el FOGASA, pero no así limitarlas exclusivamente a los trabajadores sobre cuyos contratos quede subrogada la empresa adquirente. En cualquier caso, a mi modo de ver, esta tesis es bastante difícil que prospere -por lo vemos a corto plazo-, dado que creo que lo más probable va a ser que los

⁴⁵ En este mismo sentido también parece posicionarse la Dra. ANA DE LA PUEBLA, al considerar que la delimitación de los contratos de trabajo sobre los que opera la subrogación no responde a la libre decisión del órgano judicial, dado que para llevar a cabo esta tarea se requiere de la concurrencia de causas suficientes que permitan adoptar las medidas correspondientes a través de un ERE Concursal: DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Sucesión de empresa y concurso de acreedores: en busca del equilibrio entre la protección de los trabajadores y el interés del concurso”...*Op. Cit.*, pág. 47.

Jueces de lo Mercantil -que despliegan su competencia en esta materia-, no dejen de aplicar los artículos mencionados del TRLC por considerarlos “*ultra vires*”. La intervención de los órganos de la jurisdicción social en segunda instancia tampoco está alejada de dudas interpretativas (como veremos más adelante, *vid. Infra*, apartado 6). En este sentido, si finalmente el recurso que cabe plantear es el de apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente, quizás podemos aventurar un refrendo de la regla del “perímetro”. En sentido contrario, si lo que cabe plantear es un recurso de suplicación y el asunto retorna a la jurisdicción social, seguramente sea más probable que la solución alcanzada pueda ser la opuesta. Todo ello, claro está, siempre y cuando el legislador mantenga la situación tal y como está en estos momentos y no opte por consolidar los mencionados preceptos del TRLC a través de la oportuna intervención legislativa.

En último término, me gustaría dejar apuntado que este “perímetro”, en caso de aceptarse, también alcanza a las deudas mantenidas con la Seguridad Social con anterioridad a la transmisión, tal y como así decidió, por ejemplo, el Auto del JM nº13 de Madrid de 12 de enero de 2021. Este juzgado resolvió el recurso de reposición planteado por la TGSS por el que se pretendía que la sucesión de empresa se aplicará respecto de todos los trabajadores de la empresa. Sin embargo, el órgano judicial optó por acotar esta responsabilidad del adquirente únicamente para asumir las deudas de Seguridad Social mantenidas por los trabajadores efectivamente subrogados con la finalidad de fomentar y potenciar las ventas de unidades de productivas de empresas en crisis.

5. La venta de la unidad productiva en el “preconcurso” y en el “procedimiento especial de microempresas”

Resta por dilucidar si lo que he ido comentando hasta el momento resulta de aplicación a otra serie de procedimientos especiales diseñados por la nueva Ley 16/2022.

Comenzando por el “preconcurso”, lo que me gustaría plantear es si en estos casos el Juez del Concurso es el órgano que asume la competencia para declarar la existencia de la sucesión de empresa. La respuesta en este punto entiendo que debe de ser afirmativa, dado que el artículo 86.1 *ter* LOPJ no parece descartar dicha competencia para el caso del “preconcurso”, pues contiene una redacción bastante amplia. Por su parte, dentro del contenido de los planes de reestructuración previos a la declaración del concurso el artículo 614 TRLC considera “*incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento*”. De otro lado, la competencia para conocer de los aspectos del “preconcurso” le corresponde, con carácter general, a los Jueces de lo Mercantil.

A partir de la anterior conclusión entiendo que los efectos sobre los contratos de trabajo van a ser distintos en función de si la venta de la unidad productiva se lleva a cabo a través del mecanismo del “*pre-pack*” o se lleva a término en los propios planes de reestructuración y sin necesidad de plantear una demanda de solicitud de concurso.

Comenzando por la primera situación, en líneas generales, cabe afirmar que el “*pre-pack*” supone, *grosso modo*, la posibilidad de que una empresa solicite la declaración

de concurso con una oferta de adquisición de una o varias unidades productivas previamente pactada (la Ley 16/2022 introdujo esta opción expresamente en el artículo 224 *bis* TRLC). De acuerdo con el apartado octavo del mencionado precepto “*la transmisión de la unidad productiva o de las unidades productivas al adjudicatario estará sometida a las demás reglas establecidas en esta ley para esta clase de transmisiones*”. Por lo tanto, en el caso en el que la solicitud de concurso venga acompañada de una oferta de adquisición se aplicarán las mismas reglas generales, incluyendo, como no puede ser de otro modo, la relativa a la competencia judicial para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para determinar los elementos que la integran, incluyendo los contratos de trabajo y los créditos laborales mantenidos con anterioridad (es decir, la “regla del perímetro”). En este punto no podemos dejar pasar por alto lo resuelto por la STJUE de 28 de abril de 2022 (C-237/20) que, en líneas generales, consideró que los procedimientos de “*pre-pack*” y de quiebra, considerados conjuntamente, tienen por objeto la liquidación de la empresa en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2011/23, siempre que el “*pre-pack*” se rija por disposiciones legales o reglamentarias con el fin de cumplir el requisito de seguridad jurídica. En nuestro ordenamiento jurídico interno la transmisión preparada durante el procedimiento de “*pre-pack*” se ejecuta una vez iniciado el proceso concursal, con participación de la administración concursal y controlada por el Juez de lo Mercantil. Por esta razón, entiendo que se cumple con el requisito del artículo 5.1 de la Directiva 2011/23/ CE, que se refiere a los casos en los que el cedente es objeto de un procedimiento de insolvencia abierto con vistas a la liquidación de los bienes y está bajo la supervisión de una autoridad pública. Esto significa que los Jueces de lo Mercantil pueden actuar de acuerdo con la legislación concursal en el sentido de delimitar “el perímetro” de la sucesión de empresa, tanto en el número de trabajadores en los que se subroga la adquirente como en los créditos que esta último deberá de asumir (siempre y cuando no impere la tesis expuesta con anterioridad y que supone el mantenimiento de la situación de “*ultra vires*”). En cualquier caso, para que la venta de la unidad productiva a través de este mecanismo sea eficaz, el artículo 224.1 *bis* TRLC exige al oferente que asuma “*la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera por un mínimo de tres años*”. Se trata, en suma, de un compromiso adicional que no se exige para la venta de la unidad productiva que no haya sido “preparada” con anterioridad a la solicitud del concurso y cuyo incumplimiento arroja bastantes dudas interpretativas, pero, en principio, entre los sujetos legitimados para reclamar daños y perjuicios podemos encontrar al personal laboral o, en su caso, el FOGASA⁴⁶.

Por su parte, en la venta de la unidad productiva llevada a cabo en los planes de reestructuración debemos de descartar la aplicación de los artículos 200 y ss. TRLC. Respecto de la competencia para ordenar la venta de la unidad productiva, nuevamente, aquí entiendo que también reside en los Jueces de lo Mercantil. La razón estriba en que estos son competentes para conocer sobre algunos aspectos del “preconcurso”, siendo que en los

⁴⁶ Pueden verse interesantes reflexiones sobre este compromiso de actividad en el artículo de FERNÁNDEZ LARREA, I. “El compromiso de mantenimiento de la actividad en el “pre pack” concursal”, *Revista de Derecho Concursal del ICAV*, núm. 8, 2024, págs. 5 a 8.

planes de reestructuración se puede acordar la venta de la unidad productiva. El artículo 86.1 *ter* LOPJ parece inclinar la balanza hacia la competencia de los órganos mercantiles ante la falta de precepto expreso que indique lo contrario (además, el artículo 593 TRLC parece desplegar cierta “*vis atractiva*” sobre el particular)⁴⁷. En cualquier caso, como he anticipado anteriormente, en esta fase “preconcurso” no existe ningún precepto que permita aplicar las prerrogativas que el TRLC contempla para los casos de la sucesión de empresa. Esto, unido a que el artículo 86.1 *ter* LOPJ remite a los Jueces de lo Mercantil a la legislación laboral aplicable, me permite interpretar que la venta de la unidad productiva en el seno de los planes de reestructuración deberá de seguir los postulados de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 y su transposición en el artículo 44 ET y toda la jurisprudencia interna y comunitaria existente sobre el particular, por lo que no cabe aplicar en estos casos la “regla del perímetro”. Además, la STJUE de 28 de enero de 2015 citada con anterioridad, permite la aplicación de la excepción del artículo 5.1 de la Directiva 2001/23/CE, siempre que cuenten con la protección prevista por la Directiva 80/987, es decir, en nuestro caso, por el FOGASA (y este órgano no asume su responsabilidad cuando la empresa está en “precurso”). En definitiva, en el contexto de los planes de reestructuración previos a una eventual declaración del concurso se tiene que aplicar la normativa laboral.

Por lo que se refiere al “procedimiento especial para microempresas” (Libro III TRLC), el artículo 710 TRLC regula una serie de especialidades en materia de sucesión de empresa, pero comienza disponiendo que “*la transmisión de empresa o de sus unidades productivas se llevará a cabo con sujeción a las reglas del libro primero de esta ley*”. Ninguna de las especialidades expresa nada acerca de la competencia objetiva, por lo que la remisión efectuada al Libro I alcanza necesariamente a lo previsto por los artículos 52 y 221 y ss. TRLC, por ello, la competencia para conocer acerca de la sucesión de empresa también es exclusiva y excluyente de los Jueces de lo Mercantil en el caso de las microempresas. Además, de acuerdo con lo previsto por el artículo 86.1 *ter* LOPJ, los Jueces de lo Mercantil son competentes para conocer sobre el procedimiento especial para microempresas (véase también el artículo 691 *quater* TRLC). Cómo la empresa está declarada en concurso de acreedores, los efectos de la transmisión, con las dudas interpretativas existentes en la materia, son las mismas que las que he ido desgranando en los epígrafes anteriores, por lo que todo apunta en que en este procedimiento se va a poder aplicar la “regla del perímetro”, salvo que prospere la segunda de las tesis apuntadas.

6. El recurso frente a la resolución del juez de lo mercantil

Cuando cualquiera de las partes legitimadas para ello decida impugnar la resolución del Juez del Concurso, es decir, opte por recurrirla por no estar de acuerdo con la mis-

⁴⁷ Señala que “*El juzgado competente para conocer del concurso conocerá, con carácter exclusivo y excluyente, de la comunicación; de los efectos de la comunicación que requieran decisión judicial; de la prórroga de los efectos de la comunicación; y de las impugnaciones de las decisiones judiciales sobre esas materias*”.

ma, se abre otro interrogante consistente en interpretar ante qué órgano cabe presentar el recurso⁴⁸.

Para resolver este asunto debemos de partir, a mi modo de ver, de la regla general prevista en el artículo 82.2 3º LOPJ, que señala expresamente que serán competencia de las Audiencias Provinciales los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil, *“salvo las que se dicten por estos juzgados en incidentes concursales en materia laboral”*. Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 546 TRLC *“contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o, en el caso de los autos, se otorgue expresamente recurso de apelación”*. Por lo demás, el artículo 547 TRLC establece con carácter general que: *“contra las sentencias dictadas por el juez del concurso cabrá recurso de apelación”*. Por lo tanto, de los preceptos transcritos cabe deducir que si lo que dicta el Juez del Mercantil a la hora de resolver acerca de la sucesión de empresa es un auto, cabrá plantear recurso de reposición frente al propio órgano judicial que lo ha dictado.

Hay que dirimir a continuación si el proceso a seguir en este recurso de reposición es el incidente concursal “en materia laboral” o bien el incidente “general” o “común”. Si acudimos al artículo 541 TRLC podemos observar como el incidente concursal “en materia laboral” es el oportuno para conocer sobre todas aquellas *“acciones que los trabajadores o el Fondo de Garantía Salarial ejerciten contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo, así como las de trabajadores que tengan la condición de personal de alta dirección contra la decisión de la administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con estos”*. Tal y como se podrá apreciar, el legislador reformista no ha incluido a la sucesión de empresa dentro de este precepto. En consecuencia, cabe inferir que este proceso se deberá de sustanciar de acuerdo con las reglas propias del incidente concursal “general” o “común”, que es el que cabe cuando el TRLC no prevé expresamente otra tramitación diferente (*vid.* artículo 532 TRLC)⁴⁹. Por su parte, el artículo 551 TRLC establece que el recurso de suplicación ante las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia solo cabe para conocer sobre las impugnaciones colectivas frente al auto que decida sobre el ERE Concursal, así como contra las sentencias que resuelvan un incidente concursal “en materia laboral” (las del artículo 541 TRLC). Subsiguientemente, dado que los artículos 541 y 551 TRLC no incluyen a la sucesión de empresa dentro de los incidentes “en materia laboral” y teniendo en cuenta la *“vis atractiva”* existente a favor del incidente concursal “general” o “común”, los autos de los Jueces de lo Mercantil dictados sobre la sucesión de empresa se impugnarán ante el propio órgano judicial que lo ha dictado, siendo su sentencia re-

⁴⁸ La redacción original del artículo 216 TRLC disponía que contra este tipo de autos no cabía recurso alguno, previsión que fue suprimida tras la aprobación de la Ley 16/2022.

⁴⁹ En el mismo sentido interpretativo: PALOMO BALDA, E. “La sucesión de empresa tras la última reforma concursal, ... *Op. Cit.*, pág. 113.

currible en apelación ante las Audiencias Provinciales (recursos que, tras la reforma de la Ley 16/2022, deberán de tramitarse con urgencia y estar resueltos dentro de los dos meses siguientes a la recepción de las actuaciones para la propia Audiencia: artículo 548 TRLC). No obstante, esta no es una cuestión pacífica, pues algún autor ha sostenido que no es el procedimiento (incidente concursal laboral), sino la materia (acciones sociales cuyo conocimiento corresponde al juez del concurso), lo que determina acceder a los recursos del orden jurisdiccional social.⁵⁰ A esta misma conclusión ha llegado otro sector de la doctrina, si bien, abogando por una “*interpretación amplia, integradora y coherente del artículo 551.1 TRLC*”⁵¹. De tal manera que hay algunos autores que consideran que la decisión que adopte el Juez del Concurso al concretar el alcance de los activos, pasivos y relaciones laborales que se transmiten con la unidad productiva, puede ser objeto de discusión en incidente concursal, y la sentencia que lo resuelva será recurrible en suplicación. Como podrá apreciarse, el tema está por el momento bastante abierto, pues no existe pronunciamiento judicial alguno que pueda orientarnos a la hora de zanjar el debate, si bien, desde mi punto de vista, tal y como he expresado con anterioridad, en estos casos cabe plantear recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial.

6. Bibliografía

- ALTÉS TÁRREGA, J.A. “La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm.10, 2018.
- AZOFRA VEGAS, F. “Enajenación de unidades productivas”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 54, 2020.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Concurso, venta de unidades productivas y aplicación del artículo 44 ET”, *IUSLabor* 2/2016.
- BLASCO JOVER, C. “Tratamiento en la nueva Ley Concursal del personal de alta dirección y de la venta de la unidad productiva”, *Lex Social*, núm. 11 (2), 2021.
- CÓRDOBA ARDAO, B. “El eterno dilema: ¿salvar empresas o al empresario”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Sucesión de empresa y concurso de acreedores: en busca del equilibrio entre la protección de los trabajadores y el interés del concurso”, *Documentación Laboral*, núm. 130, 2023.
- FERNÁNDEZ LARREA, I. “El compromiso de mantenimiento de la actividad en el “pre pack” concursal”, *Revista de Derecho Concursal del ICAV*, núm. 8, 2024.
- FLAQUER RIUTORT, J. “La venta de unidad productiva de la empresa en crisis Especial referencia al mecanismo de prepack concursal”, *InDret*, núm. 3, 2023.

⁵⁰ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “La reforma de la sucesión de empresa tras la refundición concursal y las leyes posteriores”...*Op. Cit.*, pág. 17.

⁵¹ BLASCO JOVER, C. “Tratamiento en la nueva Ley Concursal del personal de alta dirección y de la venta de la unidad productiva”...*Op. Cit.*, pág. 431.

- GONZÁLEZ CALVET, J. *La ejecución dineraria en la jurisdicción social (3ª Edición)*, Ed. Sepín, 2020.
- ETXARRANDIO HERRERA, E. “La enajenación concursal de unidad productiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, 43, 2018.
- LÓPEZ CUMBRE, L. “Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 474, 2023.
- PALOMO BALDA, E. “La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 471, 2022.
- PÉREZ-BUSTOS MANZANEQUE, A. “Venta de unidad productiva. Pre-pack: la gran apuesta”, *Reestructuraciones e Insolvencias* (Zubizarreta, V. y Aznar, E. Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2023.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “La reforma de la sucesión de empresa tras la refundición concursal y las leyes posteriores”, *La reforma de sucesión de empresa desde el orden jurisdiccional civil, social y contencioso-administrativo*, Documentación del Curso del Consejo General del Poder Judicial, 19 a 26 de septiembre 2022.
- RUBIO VICENTE, P.J. “La transmisión de unidades productivas”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 61, 2024.
- TEJERO ALDOMAR, J.F. “La venta de unidad productiva en el concurso de acreedores”, *Reestructuraciones e Insolvencias* (Zubizarreta, V. y Aznar, E. Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2023 (consultado en su versión electrónica: TOL9.421.908).
- TALÉNS VISCONTI, E E. *Aspectos laborales del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

La controvertida aplicación del régimen sancionador sobre el denominado esquirolaje organizativo o comercial

The controversial application of the sanctioning regime on the so-called organizational or commercial scab

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Profesor ayudante doctor

Universitat de València

ORCID ID: 0000-0001-6936-9525

Recibido: 13/6/2024

Aceptado: 9/9/2024

doi: 10.20318/labos.2024.9121

Resumen:

Pese a que la labor del legislador y la aplicación de las normas sancionadoras por parte de la Administración pública está limitada constitucionalmente, en favor de la seguridad jurídica de los ciudadanos (art. 9.3 CE), por los principios jurídicos de legalidad y tipicidad (art. 25.1 CE), en la actualidad, es posible encontrar distintos ejemplos de supuestos de hecho en los que por la Administración se sancionan (y por el poder judicial se confirman) actuaciones empresariales consistentes en el recurso a la subcontratación de las tareas afectadas por la huelga. Con independencia de que exista jurisprudencia favorable al reconocimiento, para ciertos aspectos o manifestaciones, del denominado esquirolaje organizativo o comercial, lo cierto es que estas conductas no se contemplan expresamente en la literalidad del precepto sancionador aplicable al esquirolaje (art. 8.10 LISOS) generándose, por tanto, fundadas dudas sobre la admisibilidad jurídica de las aquellas sanciones.

Con base en este planteamiento, en el presente trabajo se parte del análisis conceptual de los distintos tipos de esquirolaje y de la exégesis jurídica de los preceptos sancionadores que les son aplicables y, tras un detenido estudio de los principales principios que delimitan la actividad sancionadora de la Administración Pública y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, se finaliza con una revisión crítica de las sentencias más significativas que inciden sobre estas cuestiones.

Palabras clave:

Sanciones por sustitución huelguistas, contratas y huelga, infracciones administrativas huelga.

Abstract:

Although the work of the legislator and the application of sanctioning norms by the Public Administrations is constitutionally limited, in favor of the legal security of citizens (art. 9.3 CE), by the principles of legality and typicality (art. 25.1 CE), currently, it is possible to find different examples of cases in

*francisco.rodrido@uv.es

which the Administration sanctions (and the judges confirms) actions in order to subcontracting the tasks affected by the strike. Regardless of whether there is jurisprudence favorable to the recognition, for certain aspects or manifestations, of the so-called organizational or commercial scab, the truth is that these behaviors are not expressly contemplated in the literal wording of the sanctioning provision applicable to scab (art. 8.10 LISOS) generating, therefore, well-founded doubts about the legal admissibility of those sanctions.

Based on this approach, this work begins with the conceptual analysis of the different types of scabs and the sanctioning precepts that are applicable to them and, after a careful study of the main principles that delimit the sanctioning activity of Public Administration, ends with a critical review of the most significant judicial decisions.

Keywords:

Sanctions, substitution of strikers, contracts and strike, administrative infractions strike.

1. Planteamiento general y principales cuestiones problemáticas

Como ha sido reiteradamente reprochado por la doctrina¹, la regulación del derecho fundamental de huelga en nuestro país, transcurridos más de 45 años desde la aprobación de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (CE), sigue en manos de una norma preconstitucional (el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 marzo: RDLRT), sin el debido rango de Ley Orgánica, si bien depurado en cuanto a su constitucionalidad, en un ejercicio interpretativo y didáctico ejemplar, por la STC 11/1981, de 8 de abril. Pero, no sólo la ausencia de una regulación legal adaptada a la realidad moderna de la sociedad, de la economía y de las relaciones laborales actuales que, de paso, cumpla con los requisitos formales que, a nivel constitucional, derivan de los arts. 81 y 53 CE, plantea problemas aplicativos sobre las materias relacionadas con el ejercicio del derecho de huelga. Así, en el caso de las cuestiones que serán objeto de este estudio, con relación a la aplicabilidad del régimen sancionador de la LISOS (Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) sobre supuestas modalidades de esquirolaje que escapan a su noción tradicional, también la existencia de cierta contradicción interna entre las normas que inciden sobre esta materia, habida cuenta de la importancia en sede sancionadora del principio de seguridad jurídica, introduce problemas interpretativos que requieren de criterios jurídicos claros y definidos como los que en este trabajo se tratarán de proporcionar.

Así, de entrada, atendiendo a la literalidad de los preceptos en liza, el hecho de que el art. 6.5 del RDLRT se refiera exclusivamente como modalidad de esquirolaje

¹ Con relación al tema de las relaciones entre huelga y contratas conectado con la materia objeto de este estudio, la doctrina más especializada en esta materia expresa elocuentemente en tal sentido que “la regulación española del derecho de huelga no responde a las necesidades de las relaciones laborales del siglo XXI” (Grau Pineda, 2022, Título).

prohibida a la sustitución de los huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa en el momento de iniciarse la huelga (esquirolaje externo), aun cuando la jurisprudencia haya ampliado —o, más bien, *estirado*— este mandato para dar cabida también a supuestos de esquirolaje interno, no casa bien con que en el art. 8.10 de la LISOS, se tipifiquen directamente, como susceptibles de sanción administrativa, tanto supuestos de hecho de esquirolaje externo como interno (si bien circunscritos a sustituciones de los huelguistas por trabajadores de otros centros de trabajo). La situación regulatoria resultante plantea así, *prima facie*, algunos interrogantes: ¿Cómo es posible que el legislador prohíba, en primera instancia, una conducta más concreta y, ello no obstante, a continuación, a efectos sancionadores, se penalicen conductas más amplias que las prohibidas previamente? ¿Hay que entenderlo como una recepción legal tácita de la jurisprudencia sobre esquirolaje interno? Y, si así fuera, ¿por qué no se sancionan entonces otros supuestos de esquirolaje interno (intra-centro de trabajo) que también la jurisprudencia ha considerado lesivos del derecho de huelga?

Lo cierto es que la redacción actual del art. 8.10 de la LISOS se contenía ya en el texto del mismo artículo de la homónima Ley 8/1988, de 7 abril que es muy anterior en el tiempo a las principales sentencias sobre esquirolaje interno del TS (SSTS de 6 de junio de 2014, Recs. 191/2013, de 18 de marzo de 2016 y de 20 de julio de 2016, Recs. 78/2015 y 22/2016, de 8 de mayo de 1995, Rec. 1319/1994; de 11 de febrero de 2015, Rec. 95/2014 y de 30 de abril de 2014, Rec. 213/2013) y también del TC (SSTC 123/1992, de 28 de septiembre y 33/2011, de 28 de marzo).

¿Hay que entender pues que, por virtud del principio de sucesión u orden normativo la posterior LISOS modificó —ampliándolo—, tácita e indirectamente (al ocuparse de regular el aspecto sancionador), el mandato del art. 6.5 del RDLRT? A este respecto, no pueden obviarse las dificultades que se derivan del principio de especialidad, por cuanto tal modificación tácita de la prohibición general del esquirolaje del RDLRT se vislumbra complicada a la vista del específico objeto (sancionador) de la LISOS.

En cualquier caso, lo cierto es que existe un gran consenso jurídico generalizado sobre la inadmisibilidad de las sustituciones internas durante la huelga, pero sigue sin quedar claro por qué, con cierta falta de coherencia y cohesión interna del ordenamiento jurídico sobre este aspecto, no se sancionan expresamente, entonces, en el art. 8.10 LISOS los supuestos de esquirolaje intra-centro de trabajo.

Si, pese a no venir previstas expresamente en el tipo legal sancionador, de hecho, estas otras conductas de esquirolaje interno se sancionan, todavía resulta más inexplicable —con mayor razón si cabe a la vista de la confluencia de los principios de tipicidad y culpabilidad/responsabilidad que serán objeto de estudio específico en este trabajo— el fundamento jurídico de las sanciones y de sus sentencias confirmatorias sobre supuestos de hecho del denominado esquirolaje organizativo o comercial, sobre los que —ni lejanamente— se atisba rastro alguno en la literalidad del precepto sancionador contenido en el art. 8.10 LISOS.

Este último planteamiento constituirá la base principal sobre la que articularé la investigación y el desarrollo del presente análisis, sin perjuicio de la necesidad de aten-

der y referirme, cuando proceda, a otras cuestiones conexas –como algunas de las ya avanzadas– de indudable interés jurídico. Para ello, partiré del análisis conceptual de los elementos pertinentes dentro del esquirolaje y de la exégesis jurídica de los preceptos que lo regulan, pasando por una referencia necesaria a los principales principios que delimitan la actividad sancionadora de la Administración Pública y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, para finalizar con un juicio crítico de las sentencias más significativas que inciden sobre estas cuestiones. Todo ello con el objetivo de arrojar criterios jurídicos precisos (y constitucionales) que permitan ofrecer un marco ordenado y coherente, *de lege ferenda*, para un tratamiento normativo más adecuado de estas materias, con miras en la redacción de una eventual Ley Orgánica de Huelga que, por fin, el legislador tuviera a bien abordar en el futuro.

2. Marco normativo aplicable

2.1. Regulación legal vigente

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, en su artículo 8.10 tipifica como infracciones muy graves: “Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”.

Por su parte, el art. 19.3.a) de la misma norma considera, en el ámbito de los contratos de puesta a disposición celebrados con empresas de trabajo temporal (ETT), constitutivos de infracciones muy graves de las empresas usuarias: “Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal”².

Si bien las ETT no quedan directamente sujetas a responsabilidad administrativa como consecuencia de hechos constitutivos de esquirolaje, pues –como vemos– la LI-SOS sólo se refiere expresamente a las empresas usuarias, tradicionalmente la doctrina ha considerado subsumible el supuesto en art. 18.2 (infracciones graves de las ETT), cuyo apartado c) se refiere genéricamente a “formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal” (Grau Pineda, 2021, p. 83). A mi juicio, esta expansión del alcance del precepto citado no tiene cabida porque, tratándose

² La doctrina (Göerlich Peset, 2018, pp.10 y 16; Ramírez Martínez, 2014, pp. 3-4) se ha ocupado no sólo de la prohibición de sustitución de los trabajadores de la empresa usuaria en huelga mediante contratos de puesta a disposición, sino que la ha entendido también aplicable a la sustitución de los propios trabajadores cedidos por la ETT que ejerciten el derecho de huelga en solidaridad con los de la usuaria. En el caso de que los trabajadores cedidos por la ETT ejerciten el derecho de huelga por reivindicaciones propias frente a esta y no frente a la empresa usuaria, se admite que esta última pueda recurrir a otras ETT.

de una conducta atentatoria de un derecho fundamental, como es el de huelga, debería ser tipificada como infracción muy grave como ocurre en los casos de los preceptos antes comentados referidos a la empresa usuaria. Asimismo, por virtud de los principios de tipicidad y prohibición de extensión analógica (art. 27.4 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) –a los que me referiré específicamente más adelante–, este tipo de subsunciones extensivas no son admisibles respecto de supuestos de hecho que son objeto de normas sancionadoras. Por último, tampoco cabe tal ampliación porque en el art. 18.2.c) LISOS parece que la intención del legislador es responsabilizar a la ETT de verificar, en el momento de su formalización, que el contrato de puesta a disposición se ajusta a una de las modalidades de contratación temporal permitidas en el art. 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT, pero no parece plausible que pueda exigirse que la diligencia debida de la ETT alcance hasta el punto de vigilar la no utilización por la empresa usuaria de los trabajadores, una vez cedidos, para finalidades prohibidas por el art. 8 de la misma norma.

Por último, en el ámbito penal, el art. 315 del Código Penal (CP), desde antiguo, ha tipificado como delito la conducta de los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, con previsión de un tipo penal cualificado, con penas superiores, cuando las conductas reseñadas se llevaren a cabo con coacciones.

2.2. Los principios constitucionales limitadores de la actividad administrativa sancionadora

Como es bien sabido, del art. 25.1 CE se derivan simultáneamente tres principios limitadores de la actividad administrativa sancionadora: legalidad, tipicidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), los cuales confluyen con otros inspirados también en el orden penal: culpabilidad, proporcionalidad y *non bis in idem* (Pons Carmena, 2022, pp. 132-133).

El principio de legalidad exige que la relación de las infracciones y sanciones, incluidos los criterios para su graduación, y la determinación de quiénes y conforme a qué procedimientos pueden sancionar, se contenga en normas con rango de Ley. De este modo, conforme al principio de legalidad reconocido en el art. 9.3 CE, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ha de ajustarse a lo establecido en una norma legal (SSTC 77/1983 y 25/1984). En aras a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se requiere que sea previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada del incumplimiento de una norma (STS de 25 de mayo de 1997, Rec. 10413/1991), lo cual se obtiene, entre otras garantías que implica la reserva de Ley, a través del principio de publicidad de las normas que aquella lleva aparejado y de la concreción en la identificación de las conductas constitutivas de infracción y en la determinación de sanciones aplicables que el principio de tipicidad impone.

Así, el principio de tipicidad implica que se definan (“otorgando en su descripción la suficiente certeza sobre el ámbito del ilícito sancionable y sobre la sanción imponible”:

STS de 6 de junio de 1997, Rec. 9318/1990) las acciones u omisiones constitutivas de infracción, así como las sanciones que corresponden a cada una de ellas, sin que sea posible en este caso la aplicación analógica de las normas (Vid. arts. 25 y 27 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público).

Asimismo, adquiere gran relevancia, a estos efectos, el denominado principio de culpabilidad (o responsabilidad en terminología del art. 28 de la Ley 40/2015). Este principio actúa de manera muy diferente en el ámbito penal y en el sancionador administrativo, pues para el primero son delitos o faltas, las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, de forma tal que no hay pena sin dolo o culpa, puesto que la culpabilidad se integra en la misma configuración del delito o falta en virtud del conocido aforismo *nulla poena sine culpa*. Como es sabido, la culpabilidad puede entenderse en forma dolosa: conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito o en forma culposa: como imprudencia o negligencia (Pons Carmena, 2022, pp. 136-137).

Por el contrario, en materia de infracciones administrativas laborales, la culpabilidad se interpreta de manera flexible en su vertiente subjetiva. Pese a que el TC (SSTC 55/1982 y 76/1990) ha entendido que la conducta culpable debe concurrir en el sujeto infractor, lo cierto es que la culpabilidad a estos efectos –especialmente, en materia de prevención de riesgos laborales– prácticamente se objetiviza y los elementos volitivos y cognoscitivos se entienden, implícitamente, incluidos en la conducta típica (STS 23 de enero de 1998, Rec. 5397/1992 y 26 de enero de 2002, Rec. 6087/1996).

Pero, el aspecto de este principio que más interesa a este estudio es el relativo a que, desde el punto de vista subjetivo, la imposición de sanciones administrativas exige el respeto al principio de imputabilidad y de personalidad de la pena o sanción que se traduce en que *nadie puede ser responder por infracciones ajenas*.

Adicionalmente, un nuevo problema se deriva de la admisión de las personas jurídicas o de las comunidades de bienes como sujetos responsables de las infracciones administrativas, pues plantean la difícil cuestión de la imputación subjetiva o intencional, al no coincidir el sujeto autor material del ilícito con el responsable legal. Conforme a la doctrina del TC, el principio de personalidad de la sanción no impide que el Derecho administrativo sancionador admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, sin que ello implique, al tiempo, la supresión del elemento subjetivo de culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas (Rodríguez Escanciano, 2009, p. 211).

Finalmente, –como veremos en su momento– la existencia de organizaciones empresariales reticulares, grupos de empresas y, en general, la presencia de vinculaciones especiales entre determinadas empresas implicadas en fórmulas descentralizadas de desarrollo de la actividad empresarial, plantean dificultades en cuanto a la comunicabilidad/imputabilidad de las conductas infractoras, salvo en los supuestos de grupos de empresas en que, por aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, pueda considerarse la existencia de un *grupo laboral* o empleador único en el sentido del art. 1.1. del Estatuto de los Trabajadores (ET).

3. La infracción administrativa tipificada en el art. 8.10 LISOS

3.1. Variantes de esquirolaje subsumibles en el supuesto de hecho tipificado (no extensible analógicamente)

Como punto de partida, cabe afirmar que en la medida en que el art. 8.10 LISOS se refiere literalmente a la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, resulta claro que es sancionable administrativamente la sustitución de trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de convocarse la huelga (art. 6.5 RDLRT), en cuanto resulta evidente que estos trabajadores no estando vinculados a la empresa, tampoco podrían estarlo, obviamente, a ninguno de sus centros de trabajo.

Del mismo modo, parece evidente que legalmente también se autoriza por este precepto la imposición de sanciones sobre los supuestos conocidos como esquirolaje interno en los que los trabajadores huelguistas son sustituidos durante la huelga por otros que, aunque vinculados a la empresa, estaban adscritos a centros de trabajo distintos al tiempo de convocarse aquella. Si bien este supuesto de sustitución de trabajadores huelguistas no está prohibido expresamente por el art. 6.5 del RDLRT, lo cierto es que la jurisprudencia (SSTS de 18 de marzo de 2016 y de 20 de julio de 2016, Recs. 78/2015 y 22/2016) ha entendido que subyace en ellos la misma *ratio legis* que fundamenta la prohibición en tal norma y, con aplicación de cierto criterio analógico, ha extendido su aplicación a estos otros supuestos. No tratándose en este caso de una norma sancionadora (art. 6.5 RDLRT) y a la vista de que la norma sancionadora aplicable (8.10 LISOS) sí que prevé este supuesto expresamente, la *analogía legis* comentada no merece ningún reproche jurídico, sin perjuicio de la procedencia de cierta crítica –ya comentada más arriba– en cuanto a la incoherencia entre estas normas que evidencia la falta de cohesión interna del ordenamiento jurídico en este aspecto.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con otros supuestos que han sido considerados también por la jurisprudencia como esquirolaje interno por interpretación analógica del art. 6.5 RDLRT, pero a los que no se refiere expresamente la norma sancionadora. Se trataría de casos en los que la sustitución del trabajador huelguista se efectúa por otros trabajadores del mismo centro de trabajo, de distinta categoría profesional (SSTS de 8 de mayo de 1995, Rec. 1319/1994; de 11 de febrero de 2015, Rec. 95/2014) e, incluso, de la misma categoría profesional y funciones, pero de distinto turno y programas (STS de 30 de abril de 2014, Rec. 213/2013).

A mi modo de ver, sin perjuicio de que la jurisprudencia precitada pueda tener virtualidad a otros efectos (v. gr.: indemnizaciones por lesión del derecho de huelga), con la redacción vigente del art. 8.10 LISOS, estos supuestos en que los trabajadores sustitutos están vinculados al mismo centro de trabajo que los huelguistas no pueden ser sancionables con fundamento en el mismo, dado que escapan claramente de la literalidad del precepto sancionador (“sustitución de los trabajadores en huelga por otros no

vinculados al centro de trabajo”) y, por virtud del art. 27.4 de la Ley 40/2015, su contenido no es susceptible de extensión analógica.

Con relación a los supuestos del denominado esquirolaje tecnológico se pueden apuntar impedimentos similares derivados de la literalidad de la norma sancionadora, puesto que en ella no se contempla como infracción administrativa el esquirolaje por medios técnicos o digitales, sino únicamente la sustitución de los trabajadores en huelga por otros (trabajadores) no vinculados a su mismo centro de trabajo.

Pero, adicionalmente, es posible aportar razones que permiten dudar de la admisibilidad misma de la categoría del llamado esquirolaje tecnológico³.

3.2. Aplicabilidad a los distintos supuestos relacionados con la subcontratación durante la huelga

De cualquier modo, el objeto principal de este estudio tiene por fin dilucidar la aplicabilidad del precepto sancionador analizado (art. 8.10 LISOS) a los supuestos en que la actividad afectada por la huelga se encarga, durante la misma, a terceras empresas mediante la formalización de contratas o subcontratas.

Excepción hecha de que la contratación mercantil en cuestión se efectúe por medio de ETTs para la obtención de mano de obra sustituyente, que –como se anticipó al principio de este trabajo– es un supuesto que viene expresamente contemplado como infracción administrativa muy grave de la empresa usuaria en el art. 19.3.a) LISOS, la posibilidad de sanción de las demás variantes de contratación mercantil durante la huelga presenta serias dificultades, a la vez que complejas e interesantes cuestiones jurídicas controvertidas, por cuanto además del problema de la falta de tipificación expresa de estas conductas, intervienen otras circunstancias que complican la resolución jurídica del asunto. Así, v. gr., el concurso en el ámbito de la libertad de contratación mercantil empresarial (extraña al ámbito laboral/mano de obra propio de la huelga) de otro derecho constitucional (libertad de empresa: art. 38 CE) o, por ejemplo, la posibilidad de que la empresa que encargue a terceros contratistas la actividad empresarial afectada por la huelga no sea la empresa que la sufre directamente, sino un eventual empresario

³ La jurisprudencia del TS desde sus primeros pronunciamientos rechazó la idea del esquirolaje tecnológico. Así, (salvando la excepción de la STS de 16 de marzo de 1998, Rec. 1884/1997) cabe citar las SSTS de 27 de septiembre de 1999 (Rec. 1825/1998), 4 de julio de 2000 (Rec. 75/2000), 9 de diciembre de 2003 (Rec. 41/2003), 15 de abril de 2005 (Rec. 133/2004) y 9 de diciembre de 2003 (Rec. 41/2003). La irrupción posterior de un grupo de sentencias del TC (183/2006, 184/2006, 191/2006 y 193/2006, de 19 de junio) –cuyo contenido incide tangencialmente en esta materia– parece que influyó decisivamente para un cambio de criterio. Si bien el primer pronunciamiento posterior del TS (STS de 11 de junio de 2012, Rec. 110/2011) todavía se ajustaba al criterio precedente, contenía un voto particular que sirvió de referencia para una nueva perspectiva sobre esta cuestión en la siguiente STS de 5 de diciembre de 2012 (Rec. 265/2011). Finalmente, la STC 17/2017, de 2 de febrero, constituye un hito fundamental en este debate sobre el esquirolaje tecnológico, por tratarse del único pronunciamiento con que contamos hasta la fecha en que el TC aborda frontalmente esta cuestión. En ella se consideró que no concurría esquirolaje tecnológico por la utilización de medios técnicos preexistentes, aunque de uso no habitual.

comitente o principal (con las dificultades de imputabilidad de la conducta que derivan del principio de culpabilidad o responsabilidad arriba estudiado).

De estas y otras cuestiones me ocuparé en lo que sigue, distinguiendo entre los diferentes supuestos fácticos que la realidad empresarial y laboral actual plantea:

3.2.1. La empresa en huelga (en su caso, contratista) subcontrata con otros

Desde mi perspectiva, ya se trate de una empresa que sufre una huelga que no forma parte de una organización productiva descentralizada, como de una contratista en huelga, si decide subcontratar con terceras empresas o autónomos la prestación de los servicios o la producción de bienes afectadas por la huelga, no es esquirolaje sustitutorio sancionable. Pues hubiera podido concurrir en estos casos, eventualmente, el principio de culpabilidad en cuanto a que la actuación, en su caso, podría ser imputable a la empresa que sufre la huelga y que realiza el encargo, pero no el de tipicidad en la medida en que el art. 8.10 de la LISOS prohíbe el esquirolaje externo e interno (entre centros de trabajo distintos), pero no la contratación mercantil con terceras empresas y aunque la jurisprudencia (STS de 25 de enero de 2010, Rec. 40/2009)⁴ lo considere igualmente esquirolaje, este tipo en concreto no está en el precepto sancionador estudiado y –como sabemos– su contenido no puede extenderse analógicamente a otros supuestos no previstos en la norma.

Cuestión distinta sería que, aunque formalmente el encargo se realice en favor de una empresa subcontratista diferenciada, en la realidad, el control de la actividad desarrollada permanezca en manos de la empresa en huelga que realiza el encargo, quedando los trabajadores sujetos al poder directivo y organizativo de ésta. No estaríamos en estos casos ante auténticas contratas reales y legales, sino ante el recurso a empresarios aparentes o interpuestos (cesión ilegal de trabajadores prohibida por el art. 43 ET) y, por añadidura, con que la utilización mediante cesión directa ilegal de estos trabajadores se realizaría con el fin de sustituir, de facto, el trabajo de los huelguistas. Evidentemente, si de acuerdo con el art.19.3.a) de la LISOS, la formalización de contratos de puesta a disposición con ETTs para sustituir a los trabajadores huelguistas ha de reputarse como infracción administrativa muy grave de la empresa usuaria, con mayor motivo lo será obtener la cesión directa de trabajadores con idéntico fin si para ello no se recurre si quiera a tales entidades institucionalizadas para estos fines y dotadas de las garantías necesarias por la Ley 14/1994, de 1 de junio, sino que se contrata directamente para la sustitución prohibida de la actividad de los huelguistas con terceros que ni siquiera reúnen tales garantías mediante un pura cesión ilegal de trabajadores.

En este caso, el principio de tipicidad no será obstáculo jurídico para la imposición de la sanción a la empresa afectada por la huelga que realiza un encargo que reúna los perfiles de una cesión ilegal de trabajadores, puesto que ninguna extensión analógica

⁴ La STS de 25 de enero de 2010, Rec. 40/2009, entendió que “no es lícito emplear en los servicios mínimos a los huelguistas y a otras personas en atender el resto de los servicios, ni, menos aún, contratar con otras empresas que presten servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender”.

del supuesto tipificado legalmente se produce sino mera aplicación directa del contenido del art. 19.3.a) de la LISOS. Pues, en efecto, hay que reparar aquí en que no estamos ante un supuesto no previsto en la Ley, pero similar, para el que se pretenda una aplicación de la técnica de la *analogía legis* por subyacer una ratio semejante, lo cual –como ya se ha expuesto– no es posible con relación a los tipos legales sancionadores. En realidad, se trata aquí del mismo supuesto de hecho contemplado en el art. 19.3.a) de la LISOS (cesión directa de trabajadores para sustituir a trabajadores huelguistas) pero que, mediante un argumento *a fortiori*, *a minori ad maius*, lleva a concluir que si esta misma conducta (no otra no tipificada como infracción) es sancionable cuando se recurre con tal finalidad a una ETT (que si no se pretendiera sustituir a huelguistas y cumplidos los demás requisitos hubiera sido una fórmula admitida legalmente de cesión directa de trabajadores, ex art. 43.1 ET) con mayor razón se estará incurriendo en esta misma infracción tipificada cuando para ese mismo fin ilícito se hace uso de contratas simuladas o aparentes que, constituyendo por sí mismas una cesión ilegal de trabajadores, ponen en riesgo, adicionalmente, otros intereses y derechos asociados de los trabajadores, al no contar con las garantías previstas en la Ley 14/1994, de 1 de junio.

De cualquier modo, todo ello sin perjuicio de que, constatada la existencia de cesión ilegal de trabajadores, adicionalmente se apliquen además de los efectos generales del art. 43 ET, las responsabilidades administrativas específicas previstas también como infracción muy grave en el art. 8.2 de la LISOS.

3.2.2. La empresa principal no está vinculada a la contratista en huelga de ningún modo y recurre a otras contratistas

El caso en que la actividad empresarial se encuentre externalizada y, ante la huelga en la contratista, el comitente (con o sin resolución previa de la contrata con aquélla) recontrate el desarrollo de la actividad con nuevas contratistas o, incluso, la asuma directamente (reversión) si adquiere o ya cuenta con los medios (técnicos y humanos) necesarios para ello, ni está contemplado expresamente por el art. 8.10 de la LISOS ni, por virtud del principio de culpabilidad/responsabilidad hubiera podido imputarse –en caso de apreciarse– la conducta de esquirolaje sobre un tercero (el comitente) que ninguna vinculación guarda con los trabajadores en huelga, ni tiene capacidad de negociación y decisión sobre los intereses en juego en el conflicto colectivo.

De hecho, incluso más allá de los efectos sancionadores que aquí se estudian, estos casos –a diferencia de los que he contemplado en el subapartado anterior– ni siquiera se han considerado incluibles en la prohibición de esquirolaje del art. 6.5 RDLRT por nuestra jurisprudencia. Así, como regla general, se considera que la prohibición legal de esquirolaje no impide que los clientes de empresas contratistas en huelga puedan utilizar los servicios de otras (STS de 16 de noviembre de 2016, Rec. 59/2016, *Altrad Rodisola*), salvo existencia de las vinculaciones especiales entre comitente y contratista a que me

referiré en el siguiente subapartado⁵; siendo admisible, asimismo, el redireccionamiento de los usuarios de la empresa en huelga a otras que se encuentren en plena actividad (STS de 11 de mayo de 2001, Rec. 3609/2000). En este sentido, la STS de 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017, *Indra*) consideró que no existe este tipo de esquirolaje (ni tampoco tecnológico) cuando la empresa principal, contratante del servicio de telefonía (atención de llamadas telefónicas y resolución de averías), utiliza, como es habitual, un dispositivo automático para redistribuir entre los demás contratistas del servicio los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demanda.

Ello no obstante cabe excepcionar de la anterior regla general la doctrina contenida en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre (así como la serie de sentencias de 98/2010 a 112/2010, de 16 de noviembre, *Samoa*) que consideraron inaceptable la irresponsabilidad de la empresa principal (*Samoa Industrial, S.A.*) por actuaciones contrarias al derecho de huelga (incluidas las resoluciones de las contratas correspondientes que pudieran implicar la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por la empresa contratista), so pretexto de una pretendida ajenez respecto a la relación laboral que sólo une a la persona trabajadora y la empresa contratista. En efecto, se entendió lógico que difícilmente se pueda considerar la huelga de los trabajadores de la empresa contratista como una situación ajena al empresario principal pues “es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla”.

Ello no obstante esta última doctrina no debe confundir en absoluto con relación a los efectos sancionadores que en este estudio se analizan, puesto que en la serie de sentencias citadas en ningún caso se apreció la comisión de esquirolaje en sentido estricto ni por la empresa comitente ni por parte de la contratista en huelga sino que la valoración jurídica –por otro lado, muy discutible y enrevesada– del TC tuvo por objeto extender la *ratio legis* contenida en los arts. 42 ET, 168 LGSS y 24 LPRL con el fin de corresponsabilizar al propio empresario contratista que despidió a sus huelguistas de los actos (resolución de la contrata) considerados lesivos del derecho fundamental de huelga imputables a la empresa comitente.

3.2.3. La empresa principal y contratista forman parte de un mismo grupo empresarial, red o mantienen vinculaciones especiales

En este ámbito es preciso distinguir entre aquellas situaciones en que la relación entre la distintas empresas implicadas supone la existencia de ciertos vínculos especiales entre

⁵ La admisión jurisprudencial comentada del recurso a nuevas contratas por parte de las empresas comitentes para suplir las carencias de actividad de las contratistas afectadas por la huelga (salvo en supuestos de especial vinculación, como cuando la empresa principal y la contratista que sufre la huelga pertenecen a un mismo grupo de empresas) ha llevado a la doctrina a plantearse si, de este modo, a la vista de la generalizada expansión del fenómeno de la descentralización productiva, podría llegar a anularse *de facto* la efectividad y, por ende, a medio plazo, la existencia misma de las huelgas (Escribano Gutiérrez, 2011, p. 197) o ser utilizada como arma anti-huelga (Göerlich Peset, 2018, p. 9).

ellas, pero sin llegar a reunirse las características especiales que la jurisprudencia exige para la consideración de la existencia de un empleador único en el sentido del art. 1.1 ET y aquellas otras en que, por aplicación de dicha doctrina, particularmente en los casos de grupos empresariales, el grupo mercantil en cuestión deba ser considerado, a su vez, como *grupo laboral*. Al respecto, es tradicional distinguir distintas tipologías de entramados empresariales que pueden dar lugar a la existencia de “especial vinculación” entre las empresas implicadas: a) La empresa-red que se basa en la existencia de una empresa grande y principal con la que colaboran distintas empresas pequeñas jurídicamente independientes y especializadas en determinadas fases de su ciclo productivo; b) El distrito industrial o conglomerado regional, que es un modelo muy similar al anterior en cuanto supone la subdivisión del ciclo productivo y la colaboración de diversas empresas para la consecución del producto final, pero –a diferencia de aquél– el distrito industrial siempre está localizado y ligado a un territorio determinado, no existe una empresa dominante y puede estar basado en lazos sociales y culturales; c) Otra forma muy parecida a las anteriores es la constituida por la colaboración entre las llamadas empresa cabeza y empresas mano en las que la primera realiza la parte principal y de diseño del ciclo productivo, mientras que las segundas desarrollan las tareas más intensivas en mano de obra; d) El trabajo a distancia (el teletrabajo y el trabajo a domicilio) constituyen variantes de gran expansión y actualidad que pueden formar parte, o no, de los entramados empresariales descritos; y, por último, muy especialmente, e) los grupos de empresas.

Desde el punto de vista jurídico-laboral los elementos a considerar para entender que hay vinculación o control sobre las empresas implicadas que llevaría a la asimilación de la situación a la de la existencia de un único empleador, son:

1. Confusión de patrimonio entre las distintas empresas del grupo (*caja única*). Se comparten beneficios y pérdidas a través de una contabilidad única, o plural pero comunicada o comunicable.
2. Prestación de servicios por los trabajadores de manera indiferenciada para distintas empresas del grupo (*confusión de plantillas o plantilla única*).
3. Las distintas empresas se someten a una *dirección única*. Junto con el anterior, en lo laboral, determina que, aunque los trabajadores de las distintas empresas del grupo o red hayan concertado sus contratos de trabajo con entidades o empresas con personalidad jurídica diferenciada desde el punto de vista formal y mercantil, de facto, quedan sujetos al poder de organización y dirección de todo el grupo o de la empresa matriz. Es por ello que, a efectos de este estudio, el grupo o red recibiría el tratamiento de una sola empresa o empleador único.
4. *Apariencia externa unitaria*: cuando todas las empresas implicadas operan, contratan en el tráfico jurídico o intervienen en el mercado bajo una misma o similar denominación o imagen de marca, etc.

Las SSTs de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*), partiendo de la fundamentación de la STS de 11 de febrero de

2015, Rec. 95/2014, *Grupo Prisa*, contienen una síntesis muy didáctica del tratamiento que la jurisprudencia (en ausencia de reglas legales específicas en el ámbito laboral sobre esta materia) ha otorgado a estas estructuras empresariales. Así, por principio, el hecho de que varias empresas tengan vínculos entre sí, no determina directamente ningún efecto laboral. Es decir, hay que considerar que cada una de las empresas que integran el grupo responde de forma independiente de las obligaciones que contraiga con sus propios trabajadores. “No es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores” (SSTS 21 diciembre 2000, Rec. 1870/1999; 26 de septiembre de 2001, Rec. 558/2001; 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012; 12 de julio de 2017, Rec. 278/2016). En el mismo sentido, las SSTS de 26 de diciembre de 2001 (Rec.139/2001) y 23 de enero de 2002 (Rec. 1759/2001), entendieron que, desde la perspectiva jurídico laboral, la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE ampara la creación de organizaciones empresariales en forma grupal y el hecho de la existencia de un grupo de empresas organizado como tal en nada afecta a las relaciones laborales, conservando cada empresa las suyas propias y las responsabilidades que de ellas deriven, sin que se produzca comunicación de responsabilidades ni de obligaciones laborales. Por tanto, el concepto de grupo de empresas para el ordenamiento laboral es coincidente con el del resto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, al igual que sucede en otras ramas del Derecho, la presencia de determinadas características (confusión de plantillas, intercomunicación de patrimonios...) puede llevar a los órganos judiciales a entender que el grupo puede ser considerado como el verdadero empresario y, en consecuencia, procede comunicar las responsabilidades entre sus integrantes (SSTS de 22 de septiembre de 2014, Rec. 314/2013; 7 de junio de 2016, Rec. 124/2015 y 24 de septiembre de 2015, Rec. 309/2014).

Una vez asentados los criterios anteriores, a su vez, es necesario diferenciar, a los concretos efectos de este estudio, en función de si la subcontratación durante la huelga por tales empresas vinculadas con mayor o menor intensidad por virtud de tales criterios, se realiza en favor de nuevas empresas subcontratistas no controladas por aquéllas o en favor de empresas que sí lo pueden estar porque, a su vez, mantienen vinculaciones especiales con las mimas:

a) Subcontrataciones en favor de nuevas empresas contratistas no vinculadas a ellas

Si bien, para los casos que se acaban de describir en el subapartado anterior, generalmente, se ha admitido el recurso por la empresa principal a nuevas contratas para suplir los déficits de actividad de la contratista en huelga, la jurisprudencia ha excepcionado los supuestos en que exista especial vinculación entre ésta y aquélla, como ocurre en los casos de grupos de empresas (SSTS de 11 de febrero de 2015, Rec. 95/2014, *Grupo Prisa*; de 20 de abril de 2015, Rec. 354/2014, *Coca Cola*; de 3 de octubre de 2018, Rec. 1147/2017,

Grupo Vocento y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*⁶). Esta solución jurisprudencial ha sido de aplicación unívoca, incluyendo también en el ámbito del art. 6.5 RDLRT –a mi modo de ver erróneamente– los supuestos de contrataciones durante la huelga en que la nueva contratista no pertenece al mismo grupo empresarial que la empresa en huelga.

Pero, en cualquier caso, por lo que se refiere a los efectos sancionadores que a este estudio interesan, lo cierto es que la solución aplicable, por virtud del principio de tipicidad debe ser la misma que resultaba para los casos anteriormente analizados. Puesto que, aunque exista vinculación especial entre la comitente inicial y la contratista en huelga, no existe sustitución por trabajadores nuevos sino recurso a contrataciones mercantiles con empresas no controladas, que no constituye esquirolaje en sentido estricto tipificado como infracción en el art. 8.10 LISOS, salvo que también en estos casos no se tratase de una verdadera contrata sino de una cesión ilegal de trabajadores perpetrada con el objetivo adicional de sustituir a los huelguistas.

b) Subcontrataciones en favor de nuevas empresas contratistas vinculadas o pertenecientes a un mismo grupo empresarial

- En estos casos, si existen vinculaciones especiales que puedan llegar a determinar, incluso, la existencia de un grupo societario mercantil, aunque no un *grupo laboral*, en la medida en que la empresa contratista nueva pueda estar controlada por la empresa en huelga (o su grupo), se trataría de un supuesto similar al que he ido advirtiendo sobre el sometimiento de los trabajadores de la nueva contratista al poder de organización y dirección de la empresa en huelga que subcontrata la actividad afectada por la misma y, por ello, considero que debería ser aplicable también aquí –*a fortiori* o mayor abundamiento por sí mismo, sin necesidad de extensión analógica– el art. 19.3.a) de la LISOS.
- Cuando existan vinculaciones especiales que puedan determinar la existencia de un grupo societario mercantil que, simultáneamente, pueda ser considerado como *grupo laboral* (por la concurrencia de los criterios jurisprudenciales que llevan a consideración del grupo como un solo empleador único en el sentido del art. 1.1 ET) resultará directamente aplicable el art. 8.10 de la LISOS, puesto que al considerarse todo el grupo como un único empresario laboral, las subcontrataciones de tareas de empresas afectadas por la huelga en favor de subcontratistas pertenecientes al mismo grupo empresarial, han de ser consideradas sustitución de la actividad laboral de los trabajadores huelguistas por medio de trabajadores adscritos a otros centros de trabajo (empresas integrantes) de una misma empresa (grupo empresarial).

En estos supuestos se cumple con el principio de responsabilidad por cuanto por virtud de la jurisprudencia sobre grupos de empresas y empresario laboral único en el sentido del art. 1.1 ET, estamos en presencia de una misma

⁶ Véanse comentarios a estas sentencias en Vicente Palacio (2019).

empresa y también se incurre en el supuesto tipificado en el art. 8.10 LISOS (principio de tipicidad) por tratarse de un esquirolaje interno por medio de trabajadores de otros centros de trabajo de la que puede considerarse una misma empresa constituida por todo el grupo empresarial.

Finalmente, cabe plantear en estos casos también la posibilidad de imputar responsabilidad administrativa al grupo empresarial como tal cuando, por virtud del artículo 28.1 de la Ley 40/2015 (si se les reconoce “capacidad de obrar a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”) o, en su caso, responsabilidad en cuanto al pago de las sanciones impuestas por esquirolaje a las empresas controladas: “podrán prever supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas” (art. 28.4).

4. Algunos pronunciamientos judiciales relevantes sobre estas materias

En el capítulo que ahora se inicia trataré de ofrecer una visión cenital del tratamiento jurídico que la realidad judicial y administrativa-sancionadora de estos supuestos de responsabilidades administrativas con relación a las subcontrataciones durante las huelgas ha proporcionado en las sentencias relacionadas con actas de infracción de la ITSS. La referida revisión incidirá en los casos que me han parecido más significativos para las cuestiones aquí analizadas, conectadas con la exigencia de responsabilidades sancionadoras por parte de la Administración Laboral, pero sin ánimo de exhaustividad pues, si bien existen numerosas sentencias (incluso del TS) sobre el tema general del esquirolaje en contratas, lo cierto es que el bagaje jurisprudencial sobre el aspecto sancionador, hasta la fecha, es todavía muy limitado y, en su mayor parte, no ha constituido doctrina casacional del TS (salvo en el primero de los casos que serán analizados), apareciendo disperso en diversos pronunciamientos judiciales de instancia o dictados en suplicación.

4.1. La STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014, Coca Cola Iberian Partners)

En primer lugar, merece atención específica, por su adecuado encaje en el último tipo de situaciones analizadas, el supuesto de hecho contemplado en la STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014, *Coca Cola Iberian Partners*). En este caso, las distintas empresas embotelladoras de la marca *Coca Cola* en España, Portugal y Andorra decidieron la formación de un grupo embotellador ibérico único, mediante su integración en una sociedad de nueva creación (*Coca Cola Iberian Partners S.A., CCIP*) que se ocuparía, de manera única y exclusiva, de la fabricación, embotellado, distribución y comercialización de los productos de las marcas propiedad de *The Coca-Cola Company*. El nuevo grupo empre-

sarial resultante presentaba algunas de las características que pueden dar lugar, según la jurisprudencia, a su caracterización como *grupo laboral*, pues supuso la unificación de la tesorería, la imagen de marca (embotellado, etiquetado) y, entre otros, la contratación externa unificada de algunos aspectos de la gestión de recursos humanos. El proceso de integración implicó, asimismo, el cierre de una de las plantas sita en Fuenlabrada, que motivó un expediente de regulación de empleo (*ERE*), frente al cual se convocó una huelga cuyo amplio seguimiento produjo la paralización de la actividad de la fábrica. En previsión de que las existencias de la factoría en huelga fueran insuficientes para atender la demanda, se hizo acopio de parte del *stock* de otras factorías del grupo que fue suministrado a la misma mediante su transporte por camiones.

En efecto, dada la efectividad de la huelga, la producción dejó de desarrollarse en la fábrica de Fuenlabrada y el producto que ésta suministraba fue sustituido por el fabricado en otras embotelladoras de *CCIP* que no abastecían nunca hasta entonces la zona centro. Durante el período de consultas asociado al referido *ERE* se presentaron diversas denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (*ITSS*), la cual inició las actuaciones administrativas oportunas, investigó los hechos y, considerándolos contrarios al derecho fundamental de huelga y constitutivos de infracción administrativa por tal causa, desembocaron en el levantamiento de acta de infracción por vulneración del derecho de huelga durante la tramitación del periodo de consultas que habría de conducir al despido colectivo.

La STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014) descartó que la medida de despido colectivo, al estar programada y ser previa a la huelga, constituyese una reacción empresarial o represalia frente la huelga. Pero esta STS sí que valora como lesión sobre derecho de huelga la “que se produce a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga”. Considera, pues, asimilable a un esquirolaje interno que, ante el paro completo de la embotelladora de Fuenlabrada (cuando cada una de las embotelladoras tenía asignado su propio territorio de fabricación, distribución y ventas) que significaba que en Madrid se produciría un desabastecimiento (un agotamiento de existencias previsto por la propia empresa para el día 20 de febrero), el grupo empresarial reaccionara surtiendo de productos elaborados en otras plantas embotelladoras a la plataforma logística del grupo en Madrid (*Ecoplataform S.L.*) para su distribución en esta Comunidad Autónoma, en plena huelga y durante el desarrollo del complejo periodo de negociación del despido colectivo. Se concluye, así, que con esta conducta se intentó eliminar, minimizar o paliar el efecto de la huelga, lo que constituye una vulneración de ese derecho constitucional que incidió de manera directa y frontal en el proceso de negociación del despido colectivo, hasta el punto de que la minimización o eliminación de los efectos nocivos que el desabastecimiento de productos había de producir con ocasión de esa huelga privó a su vez de cualquier eficacia o fuerza a la posición que en la mesa pudieran tener los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas del *ERE*.

Sin embargo, la sentencia ahora comentada cuenta con un interesante voto particular que formularon los Excmos. magistrados Sres. D. José Manuel López García de la Serrana y D. José Luis Gilolmo López. Junto con otras consideraciones de menor

interés para el objeto de este análisis, el voto particular destaca que la reorganización comercial, la centralización de las ventas y la forma de distribución ya estaba implantada previamente y cada embotelladora servía a la plataforma logística que decidía la empresa matriz. No existía obligación para la plataforma logística *Ecoplataform S.L.* de comprar a la embotelladora de Fuenlabrada, sino que, más bien, el conflicto se originó por lo contrario, por estar implantándose ya un plan de cierre de dicha factoría y la supresión de su producción por la de otras distintas. El voto particular concluye, así, que en la creación jurisprudencial –que no legal– de lo que es esquirolaje se va más lejos de lo que la norma permite y el término indica. Si existe una sola organización productiva con varios centros de trabajo (una única empresa, según el artículo 1.1 ET), la dirección, al estar centralizada la comercialización, puede organizar el reparto de su producción en la forma que estime más conveniente, sin que sea acogible el razonamiento de que *Ecoplataform S.L.*, sociedad independiente, sólo podía servirse de la producción de Fuenlabrada, pues es un argumento voluntarista desprovisto del necesario apoyo fáctico. Por ello, era lícito que el grupo almacenara en *Ecoplataform S.L.* productos producidos en diferentes embotelladoras, dado que el almacenaje era una de las actividades de su filial, sin que con ello se violara ningún derecho fundamental⁷.

En mi opinión, cuando al grupo empresarial debamos dotarlo de un tratamiento de empleador único (en el sentido del art. 1.1 ET) no se podrá sustituir la plantilla del ámbito en huelga (en este caso, el centro de trabajo de Fuenlabrada) con nuevas contrataciones de trabajadores para dicho centro o el incremento de la fuerza de trabajo disponible en el mismo mediante la movilidad de trabajadores desde otros centros o aumentos del tiempo de trabajo (arts. 6.5 RDLRT y 8.10 LISOS). Ahora bien, incluso como en este caso ocurre, tratándose de una huelga de centro de trabajo, la empresa (grupo empresarial) podría tratar de desviar la producción a otros centros distintos que tengan capacidad productiva plena e independiente del centro en huelga e, incluso, acometer la contratación de trabajadores nuevos para la atención de incremento de producción en los mismos. Esto, evidentemente, constituiría una conducta fraudulenta que trataría de eludir la aplicación de la prohibición de esquirolaje que no habría de impedir la aplicación de las normas correspondientes, en el bien entendido que otorgando al grupo empresarial el tratamiento de empleador único la utilización de trabajadores de otros centros de trabajo (aun sin movilidad de los mismos) para hacerse cargo de la producción paralizada por los huelguistas equivale al esquirolaje interno que el art. 8.10 de la LISOS comprende en su tipo legal.

⁷ El citado voto particular expresa, así, literalmente: “La interpretación que hace la mayoría lleva al absurdo de imponer a la empresa única el deber no sólo de no interferir en la huelga del personal de un centro de trabajo, sino, también, el de asegurar el éxito total de la huelga: la aceptación de las propuestas de los huelguistas, o la paralización total de su actividad, para que a ella no se le impute una conducta ilícita porque el 90 por 100 de su plantilla siga trabajando y cubriendo la mayoría de las necesidades del mercado”. “En nuestra opinión en una empresa de este tipo con muchas factorías, el esquirolaje se produciría, si se aumentara la producción de las factorías que no están en huelga acudiendo a nuevas contrataciones o prolongado la jornada laboral del personal que no secunda la huelga, pero no cuando se redistribuyen los stocks existentes”.

Sin embargo, como recuerda el voto particular, —contrariamente al criterio mayoritario de esta sentencia— nada de esto sucedió en el caso *Coca Cola Iberian Partners*, pues no consta que se incrementara la producción en otros centros, sino que, simplemente, el *stock* ya existente se redistribuyó y comercializó de la forma que la empresa estimó más conveniente.

4.2. La STSJ (Comunidad Valenciana) de 12 diciembre de 2017 (Rec. 618/2017)

La sentencia que ahora es objeto de comentario viene referida también a otra empresa afectada por una huelga perteneciente al Grupo empresarial *Coca Cola Iberian Partners* que recurrió al trabajo desarrollado en otras empresas del grupo para suplir la ausencia de producción de los trabajadores en huelga durante la negociación de un despido colectivo, lo cual se consideró que tuvo una incidencia directa en la negociación del período de consultas. Dicha conducta fue sancionada por considerarse constitutiva de infracción administrativa muy grave y la sentencia recurrida, desestimando la demanda interpuesta por la *Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, S.A. (COLEBEGA)*, confirmó la sanción que le había sido impuesta como consecuencia del acta de infracción extendida por la ITSS, en materia de relaciones laborales, por importe de 72.000€, al entenderse que los hechos infringían los art 6.5 del RDLRT, en relación con el art. 28.2 CE y el art. 4.1.e) ET⁸.

La recurrente argumentó que no se puede exigir a ninguna empresa que anticipe un nuevo criterio doctrinal y jurisprudencial sobre el esquirolaje interno en el ejercicio del derecho de huelga, que no hubo sustitución física de trabajadores en *COLEBEGA*, como tampoco hubo alteración de los procedimientos de trabajo en las empresas del grupo, si bien se admitió que se suministró producto de otras embotelladoras.

Obviamente, la sentencia de suplicación ahora comentada se remite a la previa STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014), considerando lógico aplicar ahora al centro de Alicante la misma solución que el Tribunal Supremo consideró procedente para el centro de trabajo de Fuenlabrada, dado que el proceder de la empresa fue muy semejante. Pero, en el caso de esta sentencia, se estimó adicionalmente la concurrencia de esquirolaje interno en sentido estricto al constar como hechos probados que durante los días de huelga la dirección de la empresa ordenó que los *promotores* realizaran el trabajo de los *preventivistas* en huelga. Según la sentencia, el trabajo de estos últimos consiste, fundamentalmente, en visitar a los clientes de la zona que tienen asignada. De tal manera que se recogieron los terminales y los móviles de los *preventivistas* en huelga para que pudieran ser utilizados por los *promotores* cuya tarea consiste en supervisar y controlar la política comercial en su zona. El TSJ de la Comunidad Valenciana fundamentó su decisión respecto a esta segunda conducta en la jurisprudencia sobre el esquirolaje en sentido estricto contenida en la STC 33/2011, de 28 marzo y en las SSTS de 8 de junio

⁸ Repárese en que ninguno de estos tres preceptos tiene carácter sancionador específicamente y que no existe referencia a la LISOS que es la norma que habría de fundamentar la imposición de sanciones.

de 2011 (Rec. 144/2010), 5 de diciembre de 2012 (Rec. 265/2011) y 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014), entre otras. De este modo, la sentencia desarticuló el argumento de la recurrente sobre la imprevisibilidad de las nuevas doctrinas sobre esquirolaje interno, aludiendo expresamente a las fechas de las sentencias citadas y concluyendo que la doctrina del esquirolaje interno ni era nueva en el año 2014 (año de los hechos sancionados) ni supuso ningún cambio doctrinal o jurisprudencial.

No obstante, en mi opinión, si bien esta última afirmación es válida para la sustitución interna de los *preventivistas* en huelga por los promotores (esquirolaje en sentido estricto), no lo es tanto respecto de la asimilación a estos supuestos –y la consiguiente consideración como esquirolaje– del recurso a la producción de otras empresas del mismo grupo empresarial durante la huelga.

Pues, en efecto, aunque de acuerdo con el planteamiento general que he realizado en este estudio, me parece correcta la asimilación al supuesto contemplado en el art. 8.10 LISOS, cuando por aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia proceda la consideración del grupo como un empleador laboral único, lo cierto es que en los casos ahora analizados la sentencias en cuestión no especifican que la operatividad de dicho precepto sancionador deriva, simple y directamente, de dicho tratamiento de empleador único en el sentido del art. 1.1 ET (excluyendo los grupos de empresas o empresas vinculadas en que dicho tratamiento no proceda).

Pero, sobre todo, tampoco concurrió en ellos sustitución física de trabajadores, sino que se asimiló a ella al recurso a la producción por otros centros de trabajo (e, incluso esto parece discutible pues –como ya se anticipó– parece que más bien se produjo una redistribución del stock de productos ya fabricados). Como ya ha sido explicado más arriba, a mi parecer, es adecuado considerar fraudulento el encargo en favor de otro centro de trabajo del mismo grupo empresarial-empleador único, en la medida que, aunque no sean movilizados los trabajadores de otros centros de trabajo, el resultado es el mismo si se aumenta la producción de dichos centros incrementando el tiempo de trabajo de sus trabajadores o se pretende la contratación de nuevos efectivos para los mismos so pretexto de que, tratándose de una empresa formalmente distinta a la afectada por la huelga, no estaría sujeta a la prohibición del art. 6.5 RDLRT.

Sin embargo, aun siendo, en mi opinión, el descrito el planteamiento correcto y la solución propuesta la más adecuada, lo cierto es que debo otorgar la razón en este aspecto a la recurrente, pues la verdad es que, a día de hoy, esta extensión (o especificación) no se contempla expresamente en dicho precepto sancionador (art. 8.10 LISOS) y no fue abordada por la jurisprudencia del TS (en lo que a desviaciones de producción intragrupo se refiere) hasta la sentencia de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014) antes comentada. Con posterioridad, pues, a los hechos enjuiciados.

En efecto, siendo así, –como argumentó la recurrente– no se puede exigir a ninguna empresa –o ciudadano– que anticipe un nuevo criterio doctrinal y jurisprudencial sobre el esquirolaje interno en el ejercicio del derecho de huelga. A lo cual yo añadiría que los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica implican que, precisamente, no sean las sentencias –sino las leyes previamente publicadas– las que innoven sobre los

tipos jurídicos sancionadores. En este sentido, debe exigirse al legislador un esfuerzo de actualización de los preceptos sancionadores y de delimitación precisa de los supuestos constitutivos de infracción para dar cabida a las nuevas realidades concretas que se consideren sancionables en cada momento, evitando interpretaciones y aplicaciones extensivas forzadas de los preceptos vigentes que no pueden admitirse por virtud del principio de prohibición de la *analogía legis* respecto de las normas sancionadoras. En esta tesitura es cuando más se evidencian las carencias de la obsoleta regulación legal vigente sobre la huelga, cuya actualización y acomodación al mandato del constituyente acumula ya más de 45 años de retraso.

4.3. La sentencia del Juzgado de lo Social N.º 1 de Toledo, de 4 de octubre de 2021 (Sentencia 515/2021)

Más recientemente, cabe destacar el supuesto de hecho de esta sentencia de instancia que, además de por su relativa actualidad, resulta muy sugestiva porque ofrece múltiples elementos de interés jurídico con aptitud para poner en práctica gran parte de los criterios desarrollados en los capítulos anteriores.

Aconteció aquí que la ITSS concluyó que la conducta de *Airbus Operations, S.L.* (empresa principal o comitente) de suspender la contrata con la empresa contratista en huelga *ISS Facility Services, S.A.* (ISS) y contratar con tres empresas (*Duralcor, S.L.*, *De la Fuente International Movers, S.L.* y *Aeronáutica Gestión, S.L.*) los trabajos que se tendrían que haber desarrollado por ISS si no se hubiera producido la falta de prestación de sus servicios por el hecho de ser secundada la huelga por la totalidad de sus trabajadores, constituía infracción del art. 28.2 CE, en relación con art. 4.1.e) ET y art. 6.5 RDL 17/1977 de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo. Considerando, asimismo, que dicha conducta era subsumible en el supuesto de hecho tipificado como infracción muy grave en el art. 8.10 LISOS y atendiendo a la intencionalidad en la conducta de la empresa titular del centro de trabajo y al número de trabajadores afectados (55) se graduó en el grado medio proponiendo sanción en cuantía de 25.001 €, si bien, tras el correspondiente recurso de alzada, se dictó resolución estimándolo parcialmente en lo relativo a la aplicación de los criterios de graduación y rebajando la sanción al importe de 6.251 €.

La sentencia comentada, en sus fundamentos jurídicos, describe cómo por parte de la Administración demandada se fundamentó la imposición de la sanción a la empresa *Airbus Operations S.L.* (la empresa principal o comitente que suspende la contrata con la contratista cuyos trabajadores son los que están en huelga) en una pretendida vulneración, con dichos actos, del derecho de huelga de tales trabajadores, en tanto que, con posterioridad a la suspensión de la contrata, procedió a recontractar los trabajos afectados por la huelga con otras tres empresas vinculadas a *Airbus*, (...) “señalando la ITSS que tales hechos constituyen la infracción tipificada en el art. 8.10 LISOS, siendo indiferente que no se trate de la empresa empleadora, tratándose de la sustitución interna de una contrata que debe tener el mismo tratamiento que el esquirolaje interno”.

Creo que el contenido del texto entrecomillado, extraído de la sentencia en su literalidad, merece detenerse para analizarlo con atención. Si bien –como veremos después– existe jurisprudencia que podría llegar a fundamentar, en su caso, la vulneración del derecho de huelga de estos trabajadores (que no el esquirolaje) por la comitente (particularmente, la denominada doctrina *Samoa*), lo cierto es que afirmar –pese a que, como veremos, quedó acreditado que no estábamos ante un grupo empresarial, ni siquiera sin tratamiento de empleador único, sino que lo único que se pretendió fue derivar de la existencia de contratas de otro tipo con las nuevas contratistas la existencia de vinculaciones con la comitente– que constituye una sustitución *interna* asimilable al esquirolaje *interno* el recurso por la comitente a otras contratistas para suplir los déficits de actividad de la contratista en huelga, cuando esta (y sus trabajadores en huelga) constituyen una empresa diferente y las nuevas contratistas ninguna relación guardan tampoco la contratista anterior, resulta cuanto menos exorbitado, si no descabellado. Tildar como sustitución interna digna del tratamiento propio del esquirolaje interno a una situación en la que no nos encontramos ante una sustitución de los huelguistas (incluso contemplando también el desvío de la producción) dentro de la misma empresa o grupo empresarial conduce, por sí mismo, al absurdo y evidencia el voluntarismo de pretender forzar la aplicación del art. 8.10 LISOS a sabiendas de que este tipo de esquirolaje (el interno) es el único al que se refiere expresamente dicho precepto como susceptible de sanción. Pues, aunque a mi juicio, en este caso no concurre ningún tipo de esquirolaje, de ser algo relacionado con el mismo, necesariamente habría de ser externo, dado que en el interior de la empresa afectada por la huelga no se hace absolutamente nada más que padecerla y soportar sus consecuencias negativas sobre el negocio de la misma, al ver cómo se suspende su contrata por la empresa cliente.

A continuación, la sentencia procede a desarrollar los fundamentos de Derecho de su decisión cuyo objetivo explícito, tal y como se expresa literalmente en ella, habla ya, por sí mismo, de lo desacertado del planteamiento mismo: “Siendo estas las indiscutidas circunstancias del caso, se trata de establecer si se ha producido vulneración del derecho de huelga a raíz de la actuación empresarial descrita. Concretamente si la empresa sancionada llevó a cabo acción u omisión que promoviese el esquirolaje interno, sustituyendo sin habilitación y de forma ilícita a los trabajadores en huelga por terceros trabajadores de tercera empresa ya contratada, en intolerable movilidad funcional”. Parece, pues, que llega a admitirse en este planteamiento la posibilidad de que no sólo sea sancionable la comisión del esquirolaje mismo (que ya por sí mismo tiene sus dificultades con base en la dicción literal del art. 8.10 LISOS para estos supuestos en el ámbito de las contratas) sino que, incluso más allá de ello, se acepta como posibilidad sancionable con base al mismo su mera promoción. En efecto, da la sensación de que, al estar latente la dificultad de imputar la sustitución “sin habilitación y de forma ilícita” de los trabajadores en huelga, así como el ejercicio de una “intolerable movilidad funcional” a quien no es empleador de los mismos, sino un tercero, parece sugerirse que el fundamento de la sanción podría encontrarse en que “promoviese” el esquirolaje (¿interno?), cuando en la tipificación operada por el precepto sancionador, evidentemente, no hay referencia alguna, ni distalmente, a tales actitudes de promoción del esquirolaje.

En cuanto a la consideración del esquirolaje como interno, parece que el único atisbo de explicación puede tratar de encontrarse en que pese a concretarse la presunta sustitución a través “*terceros* trabajadores de *tercera* empresa” distinta de la contratista en huelga y de la propia comitente, tales trabajadores supuestamente sustitutos estaban vinculados a una empresa “ya contratada” por la comitente para otras tareas. Entonces, ¿el mero hecho de que una contratista mantenga ya una contrata con una empresa comitente convierte a aquélla en parte de ésta y a ésta en empleadora de los trabajadores de aquélla? Pero, además, ¿constituye esquirolaje interno –como si de una misma empresa se tratase– formalizar una nueva contrata con la misma, cuando son los trabajadores de otra contratista distinta los que están en huelga? Sinceramente, creo que un salto en el razonamiento lógico-jurídico de tal envergadura, sin mayores explicaciones o un hilo argumental adicional, es demasiado aventurado si no se fundamenta en la existencia de un grupo empresarial que haya de ser considerado como empleador único en el sentido del art. 1.1 ET y en el que haya participación, directa o indirecta, de la propia empresa contratista en huelga que pertenezca a dicho grupo empresarial en el encargo a otras empresas del mismo grupo durante la misma.

Por lo demás, entrando ya en la fundamentación jurídica que sustenta el fallo desestimatorio de la demanda interpuesta por la mercantil sancionada y la consiguiente confirmación de las resoluciones sancionadoras impugnadas, la sentencia procede a reproducir la práctica totalidad de la doctrina del TC y del TS sobre esquirolaje (no sólo interno). No termino de entender –aunque, lamentablemente, se haya convertido en costumbre– la necesidad de estas reproducciones cronológicas, extensas y cuasi literales de la jurisprudencia precedente, pero en este caso, a mi modo de ver, todavía está, si cabe, más fuera de lugar. En primer lugar, porque carece de sentido –si lo que se pretende es dilucidar un asunto que, por el propio juzgador, se considera relacionado con el esquirolaje interno– referirse a sentencias que vienen relacionadas con otros tipos de esquirolaje distinto, pero, adicionalmente, incluso respecto del interno, porque de lo que se trataba en este supuesto no era determinar o justificar la existencia misma de la noción de esquirolaje interno, ni si quiera su dificultosa concurrencia o imputabilidad en estos casos en que media la intervención de una tercera empresa comitente en los hechos, sino de fundamentar en el art. 8.10 de la LISOS (u otro precepto sancionador) la pertinencia de la sanción impuesta por unos hechos que no aparecen tipificados específicamente en tal norma.

En este caso, en mi opinión, se acumulan diversas circunstancias de gran trascendencia con relación a la materia objeto de este estudio:

- a) En primer lugar, se imputa a un tercero (a la empresa principal o comitente *Airbus Operations S.L.*) la lesión del derecho de huelga de unos trabajadores (los de la contratista *ISS*) que no están contratados directamente a su servicio. Como ya se ha comentado más arriba, el principio de responsabilidad e imputabilidad de las sanciones implica que nadie deba ser sancionado por actos ajenos. Difícilmente, se puede considerar que el comitente comete esquirolaje de unos trabajadores que no están a su servicio. En este sentido, la empresa de-

mandante alegó la vulneración de los principios de tipicidad y culpabilidad en tanto que la empresa sancionada no tiene una relación de carácter laboral con los trabajadores en huelga, no siendo la empleadora de los mismos, ni siendo en su empresa donde la huelga había sido convocada.

Cuestión distinta es que lo que se impute a la comitente no sea el esquirolaje en sentido estricto sino la vulneración indirecta, minando su efectividad, del derecho de huelga de los trabajadores de la contratista, que es lo que las sentencias del llamado caso *Samoa* (SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, así como la serie de sentencias de 98/2010 a 112/2010, de 16 de noviembre) de una forma un tanto enrevesada y forzada trató de establecer. Pero la doctrina *Samoa*, realmente, no trató sobre esquirolaje directamente, ni de sancionar a la comitente sino de repercutir en la empleadora contratista las consecuencias de los actos de comitente. Estas SSTC –en contra de lo que pudiera intuirse de antemano– no es ya que se planteasen la admisibilidad de que pueda apreciarse corresponsabilidad por vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores (indirecta de la empresa principal motivada por su decisión de rescindir la contrata y directa por la decisión empresarial de extinción de sus contratos de trabajo adoptada por la empresa para la que prestan servicios), sin que para ello sea obstáculo el hecho de que ningún vínculo contractual ligue a dicha empresa principal con los trabajadores despedidos, sino que, yendo más allá de ello, articularon un complicado mecanismo para hacer responsable indirecto a la contratista (que es quien despidió a sus propios trabajadores) de una lesión directa del derecho de huelga de los trabajadores de aquélla que se entendió imputable a la empresa comitente al rescindir la contrata. Para ello, el TC se apoyó en una interpretación extensiva de las normas legales vigentes, superando el juicio sobre su constitucionalidad que le compete. En definitiva, se consideró extensible la misma *ratio* subyacente en el régimen jurídico previsto legalmente en los arts. 42 ET, 168 LGSS y 24 LPRL para la protección de los derechos e intereses de los trabajadores de las empresas contratistas que se vean afectados por las decisiones y actuaciones cuya responsabilidad no corresponda a su empresario directo sino al empresario al empresario principal.

- b) En la sentencia ahora analizada se reconoce expresamente que ninguna de las empresas implicadas forma parte de un grupo empresarial común. Pero, ello no obstante, como fundamento final de su decisión se acude a las SSTS de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*) que, como su predecesora de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014, *Grupo Prisa*), se referían a recontrataciones realizadas por la comitente perteneciente al mismo grupo que sus contratistas habituales en huelga en favor de nuevas contratistas ajenas al mismo. Sin embargo, en el supuesto examinado por estas SSTS de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*), en que se fundamenta la decisión final de la sentencia

ahora estudiada, tuvo lugar “un desvío del auxilio productivo habitualmente prestado por empresa del mismo grupo” pero aunque, en tal grupo –a diferencia de la sentencia del caso *PRISA*– se reconoció expresamente que no están presentes los elementos adicionales a las relaciones societarias y mercantiles que permiten la comunicación de responsabilidades, se atribuyó al fenómeno de descentralización productiva (que produce cierta fragmentación de la actividad empresarial e impone una actuación coordinada que puede repercutir sobre algunos derechos de los trabajadores de cualquiera de las empresas del grupo) la consecuencia de que, aunque no haya comunicación de responsabilidades, sí existe una obligación conjunta de respeto de los derechos de los trabajadores, singularmente de los colectivos.

A mi juicio, si no estamos ante un Grupo empresarial que presente las características especiales que permitan su consideración como grupo laboral o empleador único, estos argumentos adolecen de demasiada vaguedad e inconcreción como para fundamentar las importantes consecuencias que se les pretende asociar. Pero con independencia de mi disconformidad general con esta doctrina del TS, la aplicación que de ella se pretende en la sentencia que es aquí objeto de análisis, a mi juicio, es de todo punto desacertada, pues en ella trata de residenciarse la existencia de vinculaciones especiales y la caracterización como empresas controladas de las contratistas por la empresa principal por el mero de hecho de que esta última esté facultada para decidir la suspensión de la contrata con la empresa en huelga y para encargarles las tareas a otras contratistas con las que ya mantenía otras contratas para otras tareas, en el seno de una estructura organizativa descentralizada.

Se dice así que “(...) la subcontrata *ISS Facility* a la que pertenecían los trabajadores en huelga como los otras tres subcontratas cuyos trabajadores fueron utilizados para realizar los servicios que se habían dejado de prestar por los huelguistas, aunque no conforman un grupo de empresas, actúan coordinadamente bajo la dirección de una empresa principal, *Airbus Operations, S.L.* en unos términos que demuestran una vinculación especial, como lo demuestran las comunicaciones que la principal dirige a las subcontratas en las fechas coetáneas con el ejercicio del derecho a la huelga, imponiendo por un lado la suspensión de la contrata cuyos trabajadores estaban en huelga y a las demás unos trabajos o pedidos extraordinarios fueran del ámbito de sus contratas (...)”. “Con ello se demuestra, siquiera indiciariamente, una situación de hegemonía de hecho sobre las empresas contratistas que nos aleja del marco habitual de libre competencia, propiciando una sumisión de las contratistas a la principal aún cuando les impone actuar fuera del ejercicio regular de los términos de las contratas. Un indicio reforzado si tomamos en consideración que la actividad de la empresa contratista directamente afectada por la huelga está integrada en el ciclo productivo de la empresa principal, sin la cual este ciclo no podría funcionar”.

De ser así, el mero ejercicio de la libertad de contratación mercantil empresarial (derivada de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE) que permite a una empresa tanto suspender o resolver, conforme a lo pactado y a las reglas generales del Derecho civil por incumplimiento de contratos, como realizar nuevas contrataciones mercantiles lícita y libremente (o modificar el objeto de las preexistentes), por el mero hecho de tener lugar en el seno de una estructura productiva externalizada, pasaría a convertirse, automáticamente, en una actuación que se “impone” (término introducido sin justificaciones adicionales por la sentencia comentada⁹) sobre sus contratistas que, por ello, se considerarían como empresas controladas. Y, aun cuando lo anterior se reconociera que, a lo sumo, puede constituir un mero indicio –que no prueba– de la hegemonía de la principal sobre las contratistas implicadas, este indicio sería suficiente –parece ser– no sólo para considerar la existencia entre las empresas implicadas de vinculaciones especiales a los efectos de la vulneración del derecho de huelga que se resolvía también en las SSTS invocadas de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*), sino, incluso, para merecer una especie de tratamiento de empresa única (aun –como en este caso ocurre– sin estar en presencia siquiera de un grupo empresarial) sobre el que fundamentar la aplicación la figura del esquirolaje interno que se sanciona en el art. 8.10 de la LISOS. Debiendo advertirse, además, por cierto, que de la aplicación de este precepto sancionador, que es sobre cuya adecuación jurídica debía resolver la sentencia, sin embargo, no se encuentra referencia expresa en ninguna en las argumentaciones finales que parecen fundamentar el sentido del fallo.

Como ya he referido antes, cada vez más se echa en falta en los razonamientos jurídicos de las sentencias un mayor esfuerzo argumentativo con relación a la *ratio deducendi* que anude adecuadamente a los fundamentos de Derecho (preceptos normativos a aplicar) las consecuencias jurídicas que determinan el sentido del fallo, en lugar de amplias reproducciones de los pronunciamientos judiciales precedentes, en muchos casos muy dispares en fundamentos fácticos y contenido de la pretensión, que por la mera razón de su enorme extensión no justifican en mayor medida decisiones que sólo pueden quedar fundamentadas suficientemente en la aplicación de las normas correspondientes, en las pruebas pertinentes y en el razonamiento lógico-jurídico aplicable al supuesto de hecho concreto de cada caso a enjuiciar.

A mi modo de ver, –como ya fue desarrollado más arriba– si no existe tratamiento de empleador único (en caso de grupos de empresas que reúnan las características exigidas), no es posible considerar que el recurso al trabajo de los

⁹ A fin de cuentas, como argumentó la demandante, la suspensión del contrato mercantil con ISS derivó de las propias cláusulas contractuales que permitían tal suspensión en caso de retraso justificado, y la contratación con terceras empresas en caso de huelga está admitida por la jurisprudencia y depende de estas contratistas el modo de gestionar sus servicios sin injerencia alguna por parte de la comitente.

trabajadores de otras contratistas es equivalente a la sustitución de los huelguistas por trabajadores de otros centros de trabajo de la empresa a que se refiere el art. 8.10 de la LISOS. Y, si de lo que se trata es de dilucidar la licitud de una actuación administrativa sancionadora, es este tipo de enjuiciamiento (verificar la existencia de una norma sancionadora que la justifique) el que procede por virtud del principio de tipicidad, sin entrar en justificaciones exorbitantes referidas más a eventuales vulneraciones del derecho de huelga relacionadas, *in extenso*, con la posible anulación o minoración de la efectividad¹⁰ de la misma que con la regularidad de la sanción administrativa impuesta.

Pero es que, incluso si nos adentramos en este otro tipo de consideraciones, no hay que obviar que en las propias SSTs de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017, *Grupo Vocento*, y Rec. 3365/2016, *Grupo Zeta*) aducidas por la sentencia aquí analizada, el TS reconoce expresamente que la regla general para este tipo de supuestos debe ser entender que las relaciones interempresariales se limitan a un aspecto estrictamente mercantil y cuando no exista especial vinculación, ni otro tipo de circunstancia que obligue a la empresa principal o comitente, no puede entenderse como una vulneración de derecho de huelga si recontrata con otros la producción o la prestación de los bienes o servicios que ya tenía contratadas con la contratista que sufre la huelga. En este mismo sentido, cabría mencionar la STS de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 59/2016, *Altrad Rodisola*) –a la que no se prestó atención en la sentencia comentada– en la que el TS entendió que la decisión de una empresa cliente (empresario principal o comitente de la contratista en huelga *Altrad*) de recontratar con otras contratistas el servicio no prestado por ésta por causa de la huelga no vulnera el derecho de huelga de los trabajadores de *Altrad*.

- c) Por último, llama la atención la tendencia general –no sólo en este caso– por parte de la ITSS en sus actas de infracción, así como en las correspondientes resoluciones administrativas sancionadoras de la autoridad laboral competente, ante las carencias generales de la regulación del art. 8.10 LISOS y, en particular, su insuficiencia para abarcar estos otros supuestos relacionados con el recurso a contratas, a recurrir como fundamento de sus sanciones a la constatación de la vulneración del art. 28.2 CE, del art. 4.1. e) ET (derecho a la huelga entre los derechos básicos de los trabajadores) y del art. 6.5 del RDL-RT. Obviamente, no puede desconocerse que, incluso en el caso de que tales conductas pudieran subsumirse como incumplimiento de los mandatos de estos preceptos (lo cual –como ya ha sido desarrollado– tampoco en este caso de las contratas se deriva directamente del tenor de estas normas), si no se trata de normas sancionadoras, tales incumplimientos podrán tener otras consecuencias jurídicas (indemnizaciones por lesión del derecho de huelga, nulidad de

¹⁰ Con relación a la diferenciación entre eficacia y efectividad de la huelga, véase Escribano Gutiérrez, 2017, pp. 196-198.

eventuales despidos, etc.) pero, si no se han tipificado y calificado previamente por el legislador (principio de legalidad y tipicidad) como infracciones administrativas específicas, acompañando la fijación de los criterios concretos para determinar la sanción asociada y su graduación, la autoridad laboral no puede fundamentar su actividad sancionadora, sin más, en la pretendida vulneración del derecho de huelga con base en preceptos tan genéricos como el art. 28.2 CE, el art. 4.1. e) ET o similares.

Desafortunadamente, nuestra –ya no tan corta– historia democrática da la impresión que no ha sido suficiente para que los principios constitucionales que limitan las actuaciones de los poderes públicos en garantía de los derechos de los ciudadanos estudiados en este trabajo (amén de otros menos directamente relacionados con esta materia pero igualmente relevantes) se hayan aprehendido o asimilado profundamente en el seno de nuestras instituciones públicas, manteniéndose cierta tendencia al cumplimiento prioritario de los objetivos fijados para los organismos correspondientes, bajo criterios de justicia material y/o con simple ánimo recaudatorio, en muchos casos, posiblemente, prescindiéndose del fundamento jurídico formal adecuado (y necesario), con el consiguiente riesgo de arbitrariedad y abuso de derecho (o de poder, más bien en estos casos), que sería inaceptable en el marco de un Estado de Derecho.

Si bien lo cierto es que, en los casos aquí analizados, no es posible afirmar rotundamente ni atribuir a la presencia de este ánimo o finalidades espurias como fundamento de la falta de rigor jurídico en el tratamiento de estas situaciones, puesto que la causa principal muy probablemente sea la indolencia del legislador para acometer una regulación del fenómeno huelguístico completa, moderna y formalmente ajustada a la CE. De modo que, mientras no se disponga de este tipo de normativa, lo justo es reconocer que no podrá determinarse certeramente si este recurso a preceptos no sancionadores (a la extensión analógica del contenido de los sancionadores) por parte de la autoridad laboral (y sus confirmaciones por el poder judicial) es la causa o la consecuencia.

4.4. La STSJ (Comunidad Valenciana) de 23 de mayo de 2023 (Rec. 330/2023)

Al hilo de las últimas reflexiones realizadas al finalizar el subapartado anterior sobre la falta de rigurosidad jurídica en este tipo de actuaciones administrativas sancionadoras (y, en determinados casos, en las subsiguientes en sede judicial), resulta muy oportuna esta reciente sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2023. Pues, en ella, se resuelve sobre un supuesto esquirolaje estimado por la sentencia de instancia sin que, pese a derivarse de hechos reflejados en acta de la ITSS, la empresa en cuestión hubiera sido sancionada por virtud de la misma, y pese a que, adicionalmente, por la

STSJ termina por establecerse que, ni en el acta de la ITSS, ni en los hechos probados de la sentencia impugnada, consta un solo caso de sustitución de un trabajador huelguista (que debe ser de la propia empresa¹¹) por una empresa externa o un autónomo.

De esta sentencia de suplicación se deriva que lo único que parecía desprenderse del acta es que la empresa demandada *Transportes Alonso Salcedo S.A. (TAS)* siguió subcontratando viajes durante la huelga (que no fue por jornadas completas, sino que consistió en paros parciales de unas horas durante dos días a la semana), pero no con nuevos autónomos o empresas externas que no colaborasen con ella de forma habitual antes de la huelga, sino que, simplemente, siguió contratando en un “promedio similar”.

Esta STSJ acepta las argumentaciones de la empresa al entender que esto, por sí solo, no implica que realizase actos de esquirolaje, pues no quedó acreditado que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa ni de su propia plantilla. Y, por ello, no se demostró que el derecho fundamental de huelga se vulnerase, porque este derecho garantiza que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello (lo que así fue), pero “no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial” (STS de 4 de julio de 2000, Rec. 75/2000).

En línea con esto último, se puso de relieve la petición de la empresa apoyando una ponderación del contenido y los límites de dos derechos constitucionales en presencia, como son el derecho fundamental de huelga, consagrado en el artículo 28.2 CE, pero también el de libertad de empresa, que se reconoce en el artículo 38 del mismo texto legal, y que se consideró vulnerado por el fallo de la sentencia impugnada al pretender que, fuera de los días de paros, la empresa *TAS* no pudiera seguir con su actividad normal y ordinaria, incluso incrementarla, si así se lo pedían sus clientes y tenía capacidad productiva para hacerlo, lo que incluía, no solo la realización de transportes con su propio personal, sino también con las empresas externas y trabajadores autónomos habituales con los que venía colaborando desde hace años.

4.5. Otras sentencias de interés tangencial

4.5.1. La STSJ Andalucía (Contencioso-administrativo) de 29 de febrero de 2000 (Rec. 2762/1997)

En este supuesto, el TSJ estima el recurso interpuesto y anula la resolución impugnada por ser contraria a Derecho, recordando –en coherencia con los criterios defendidos en este trabajo– la importancia que, en el orden administrativo sancionador, presenta el

¹¹ Por otro lado, llama poderosamente la atención que la sentencia se refiera con tal contundencia a la necesidad de que la sustitución afecte a trabajadores de la propia empresa, cuando –como hemos comprobado en diversos pronunciamientos judiciales anteriores estudiados– ni siquiera este dato parece ya importar demasiado, puesto que, a través de distintas posibilidades, sin demasiados ambages, se imputa responsabilidad en cuanto al esquirolaje a terceras empresas que no son las empleadoras de los huelguistas.

principio de tipicidad, de modo que, como puso de relieve la STC 127/1990, la descripción del hecho o conductas constitutivas de infracciones administrativas debe ser lo suficientemente precisa como para que quede asegurada la función de garantía del tipo, esto es, de ellos se debe desprender con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida (STC 159/1986).

Asimismo, la sentencia contiene una referencia al principio de culpabilidad –también abordado en este estudio– como otro elemento esencial del Derecho administrativo sancionador, que ha de considerarse como elemento estructural básico de la infracción administrativa. No puede, pues, existir reproche sancionador sin un previo reproche de culpabilidad, al estar desterrada la responsabilidad objetiva del «ius puniendi» estatal, sin que el Derecho administrativo sancionador sea más que una manifestación de aquél. No bastaría, pues, con la constatación de que el día de la huelga fueron o estaban contratados un importante número de trabajadores, sino que hubiera resultado preciso acreditar que dichas contrataciones se hicieron con el propósito buscado de sustituir a los trabajadores en huelga; lo que –según la sentencia– de modo alguno se desprende de la conducta empresarial, lo que en todo caso hace surgir la duda que dado el ámbito en el que nos movemos (sancionador) ha de resolverse a favor del imputado.

El valor de esta sentencia a efectos del presente estudio, si bien sólo está marginalmente relacionada con el objeto del mismo pues no se refiere a contratación mercantil con otras empresas durante la huelga, reside en la importancia de clarificar que el esquirolaje como tal no sólo se define por las características del procedimiento de sustitución empleado (externo, interno, etc.) sino que, resulta fundamental –y condición *sine qua non*– la verificación de la finalidad o propósito de sustitución de los trabajadores huelguistas quedando fuera de la noción esquirolaje y, por tanto, del tipo jurídico sancionable aquellas otras manifestaciones que no compartan estas finalidades de sustitución.

En un sentido parecido, la doctrina (García-Perrote Escartín, 2005, p. 37; García Murcia, 2014, p. 109) ha acudido a la STC 66/2002, la cual admite la contratación de ocho nuevos trabajadores durante la huelga, estableciendo una doctrina favorable a la continuidad de la gestión empresarial durante la misma, que incluiría la contratación de estos nuevos trabajadores, si se acredita que obedece a causas extrañas al ejercicio del derecho fundamental, como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa y no para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.

Si esto es admisible respecto de la contratación directa de trabajadores por la empresa en huelga, con mayor razón debería aceptarse como principio general (por virtud de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE) la posibilidad de contratar con empresas ajenas, tanto por la empresa en huelga como, en su caso, por sus clientes o comitentes, sin ser sancionados por ello, cuando de lo que se trata es de dar continuidad al negocio empresarial y siempre que tal contratación mercantil no tenga por objeto la cesión directa de trabajadores (ya sea mediante ETTs o, si se prescinde de ellas, por cesión ilegal de trabajadores).

4.5.2. La STS (Sala 3ª) de 18 de septiembre de 1997 (Rec. 12078/1991)

La sala de lo contencioso-administrativo del TS en sentencia de 18 de septiembre de 1997 (Rec. 12078/1991) entendió que no concurría la infracción laboral muy grave actualmente tipificada en el art. 8.10 de la LISOS, en los casos de asunción de tareas por el propio empresario, por otros socios de la empresa o por personas de su entorno familiar (Pedrajas Moreno y Sala Franco, 2008, p.6).

El asunto dilucidado en esta sentencia tuvo por objeto una resolución administrativa sancionadora por virtud de acta de infracción contra la estación de servicio de gasolinera *Vista Nevada, S.A.*, un día de huelga a nivel nacional en el sector de gasolinerías, por encontrarse en el centro de trabajo un hijo de un socio y un socio de la sociedad, expendiendo gasolina.

La sentencia resuelve, resumidamente, que es indudable que el artículo 6.5 del RDLRT prohíbe al empresario sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a su organización a lo largo de la duración de la huelga (salvo que se desatendiese el cumplimiento de los servicios a que ese refiere el apartado 7 del mismo artículo) y que, con esa prohibición, se persigue evitar el fracaso práctico de una huelga legal. Pero eso no quiere decir, sin embargo, que cualquier tipo de actividad laboral desempeñada por persona ajena a la plantilla signifique incurrir en la prohibición aludida.

Pues, además, hay que valorar que art. 6.4 RDLRT ordena respetar la libertad de trabajo de aquellos operarios que, formando parte del personal de la empresa, no quisieron sumarse a la huelga; y, en segundo término, concede la razón a la sentencia apelada en cuanto a que cabe extender esa misma facultad a la persona misma del empresario, puesto que ningún precepto le prohíbe asumir voluntariamente el desempeño de la tarea laboral respectiva, siempre y cuando se respete la prohibición de sustituir a los trabajadores de plantilla por otros que no estuviesen vinculados a la empresa: “Sostener lo contrario implicaría tanto como respetar la libertad laboral de cualesquiera trabajadores asalariados, mientras se negaba el derecho del empresario a asumir por sí mismo la tarea propia de la empresa que regenta”. Y, asimismo, la sentencia concluye que cabe extender esta misma consideración cuando la facultad que se acaba de mencionar se ejerce —en caso de persona jurídica titular de la empresa— a través de los socios miembros de la misma, o de sus familiares de grado más próximo. En este último sentido, se considera que las esporádicas actividades realizadas por las dos personas cuya presencia motivó el levantamiento del acta, no pueden ser encuadradas en el ámbito de relación laboral de clase alguna. Incluso en el caso del socio de *Vista Nevada, S.A.* quedó acreditado que se trata de un trabajador con industria propia, afiliado como autónomo a la Seguridad Social, con lo que toda posible relación laboral con la empresa de la que resulta condueño —siquiera fuese esporádica— no resulta verosímil, y sí resulta, por el contrario, innegable su derecho como copropietario de la gasolinera de asumir por libre decisión la realización de las tareas propias del servicio propio de la misma.

La conclusión, pues, para esta sentencia es clara: “La prohibición que el último de los preceptos indicados consagra ha de ser interpretada dentro de su recto sentido: no

cabe sustituir por otros a los trabajadores en huelga; pero, de la misma manera que no se puede privar a aquellos trabajadores que decidan no sumarse a ella de su derecho a continuar trabajando (artículo 6.4 de la misma disposición), tampoco se puede considerar como infractor al empresario individual o colectivo que suple con su actividad, desinteresada económicamente, la labor de los huelguistas, o que apela a los servicios benévolos de sus familiares inmediatos”.

Bajo mi punto de vista, de esta sentencia del TS cabe destacar el hecho de que el dato clave que sobresale en su fundamentación jurídica como relevante, a efectos de integrar la definición de lo que por esquirolaje sancionable deba entenderse, es que las personas sustituyentes han de poder ser encuadradas en el ámbito de una relación laboral que las una a la empresa en huelga. De hecho en el caso del socio de *Vista Nevada, S.A.* el hecho de que quedara acreditado que se trataba de un trabajador con industria propia, afiliado como autónomo a la Seguridad Social, excluyendo “toda posible relación laboral con la empresa de la que resulta condueño –siquiera fuese esporádica–”, determinó la imposibilidad de aplicar la prohibición de esquirolaje a este supuesto. A mi juicio, por esta misma *ratio decidendi*, a mayor abundamiento, si la consideración de un socio de la propia empresa afectada por la huelga como autónomo con industria propia, excluye que su actividad pueda considerarse constitutiva de esquirolaje, con mayor razón habría que considerar que no puede admitirse la figura del esquirolaje, ni –por ende– su sanción, cuando de lo que se trata es de contrataciones mercantiles con personas jurídicas o físicas (autónomos) que no forman parte de la empresa en huelga.

Sin duda podrá aducirse en contra que la sentencia comentada es ya antigua y que podría entenderse superada por la evolución jurisprudencial de la que a lo largo de este estudio se ha ido dando cuenta, pero lo cierto es que el contenido normativo de los preceptos sancionadores que regulan esta materia –como tantas veces ha sido denunciado– no ha sido todavía actualizado y, siendo –en lo fundamental– los mismos mandatos legales los vigentes, sin perjuicio de los ajustes o adaptaciones necesarios (por ejemplo, la existencia de las ETT desde 1994), quizás sería conveniente –a la vista del desbarajuste jurisprudencial expuesto– no distanciarse demasiado de los criterios originales básicos que sirvieron para resolver estos casos.

5. Reflexiones finales

Como hemos visto, de los arts. 9.3, 24 y 25 de la CE se desprenden una serie de principios formales y materiales que han de guiar la labor del legislador en general y, en particular, en el ámbito administrativo-sancionador y penal, delimitan el alcance de las actuaciones de las Administraciones públicas y las de los jueces y tribunales en su tarea aplicativa del Derecho.

Concretamente, los principios de legalidad, culpabilidad/responsabilidad y, en especial, el de tipicidad están al servicio de la seguridad jurídica en una materia tan sensible

para los derechos de los ciudadanos e inciden y determinan los criterios a implementar a través de las técnicas legislativas a emplear en la redacción de las normas.

Pese a la radical importancia de estas cuestiones en el marco de un Estado democrático de Derecho, en el que ha de primar el imperio de la Ley y la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a todo género de eventuales actuaciones arbitrarias por parte de los poderes públicos, llama poderosamente la atención que la propia Ley, y en concreto la norma más paradigmática y ejemplificativa a estos efectos como es nuestro Código Penal, en su art. 315, con potencialidad, incluso, para limitar la libertad misma del individuo (penas de prisión de hasta dos años –o tres años, si media coacción–), limite su esfuerzo de concreción y tipificación del supuesto de hecho punible a una redacción tan genérica como: “Serán castigados (...) los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga”.

Como consecuencia de una redacción tan amplia se abren dos posibilidades principales: O bien, en caso de aplicación del precepto, queda en manos de los criterios de equidad del juez o tribunal la ponderación de las concretas conductas a enjuiciar, emergiendo seriamente el riesgo de arbitrariedad, o bien, ante semejante reto para la interpretación, concreción y aplicación de un mandato legal tan genérico, con tan trascendentes consecuencias potenciales, se termina por rehusar su aplicación convirtiéndose, de facto, en una norma meramente declarativa o enunciativa, pero de nula o escasa relevancia práctica. Es, más bien, esto último lo que está ocurriendo, en el ámbito penal, con el precepto comentado.

Sin embargo, en el ámbito administrativo sancionador, el resultado de estas mismas deficiencias en cuanto a la técnica legislativa empleada en concurrencia con la falta de rigor en la aplicación del principio de tipicidad en el desarrollo de sus actuaciones sancionadoras por parte de la Administración Laboral es justo el contrario, pues deriva en una amplificación inaceptable de las posibilidades sancionadoras del texto de los preceptos legales que sustentan estas actividades. Esto ha llevado a que sean objeto de sanción tanto conductas que, aun tipificadas legalmente en art. 8.10 LISOS, no coinciden con las prohibidas por la literalidad del art. 6.5 RDLRT, como otros supuestos de hecho (como el denominado esquirolaje organizativo o comercial) a los que no se refieren expresamente ni uno ni otro precepto, con la aquiescencia de nuestros jueces y tribunales.

Así, como se deriva de lo expuesto en este estudio, la insuficiente e imprecisa regulación del régimen legal vigente de infracciones y sanciones en materia de esquirolaje (art. 8.10 y 19.3.a LISOS) y las incoherencias con el precepto de la norma preconstitucional (6.5 RDLRT) que regula su régimen sustantivo, tiene como consecuencia no sólo deficiencias en cuanto al tutela del derecho fundamental de huelga, sino, lo que es peor, provoca, además, que la actuación administrativa sancionadora, con el beneplácito del poder judicial, trate de compensar tales carencias penalizando supuestos de hecho que se sitúan más allá de los límites que se derivan del tipo legal descrito en tal norma sancionadora, obviando los condicionantes que la CE impone en este ámbito en garantía del respeto de los derechos de los ciudadanos y, en particular, el principio de tipicidad.

La situación actual descrita, tal vez, se hubiera podido evitar, en junio de 1992, en el *Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y de Medidas de Conflicto Colectivo* (BOCG, Congreso de los Diputados, nº 87-1, de 1 de junio de 1992) o, posteriormente, en noviembre del mismo año, cuando se pactó con las organizaciones sindicales más representativas, UGT y CC.OO., un nuevo texto con importantes modificaciones, el cual no contó con el beneplácito de CEOE. Pero, finalmente, tras haber sido aprobado ya por el pleno del Senado, también este nuevo intento quedó frustrado, por la disolución anticipada de las Cortes Generales en 1993, pocos días antes de la fecha en que estaba prevista la votación definitiva en el Congreso de los Diputados¹².

Transcurridas más de tres décadas desde los proyectos frustrados mencionados, seguimos teniendo ante nosotros una oportunidad para tratar de alcanzar soluciones –a ser posible, más adecuadas y profusas que las que se proponían en aquéllos sobre este particular– que puedan remediar de manera óptima los problemas planteados en este trabajo, en el caso de que se abordara la necesaria aprobación de una futura Ley Orgánica de Huelga. Cabe esperar que dicha norma, algún día, albergue una regulación que delimite con precisión –en palabras de Grau Pineda, 2021– los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje y, en su caso, incorpore un contenido nuevo acorde en su régimen sancionador, o bien, inste la modificación del actualmente vigente en la LISOS, pero conduciendo, en cualquier caso, a una tipificación más concreta, coherente y actualizada de los supuestos sancionables.

Por estos y otros problemas jurídicos perentorios, relacionados no sólo con el ejercicio del derecho fundamental de huelga sino –como hemos visto– también con la garantía de los derechos de los ciudadanos en el marco de un Estado democrático de Derecho, sería deseable que el legislador acometa, por fin, con responsabilidad y determinación, la tarea que, en 1978, le encomendó el art. 28.2 de nuestra Constitución.

6. Bibliografía

- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 110, 2011, 195-206.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. Derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 139, 2017, 217-228.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. Derecho de huelga y libertad de empresa. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 5, 2005, 13-54.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín. Huelga y conflicto colectivo de trabajo. En AA.VV., García Murcia, J. (coord.), *El sistema español de relaciones laborales a la altura del siglo*

¹² Vid. los interesantes comentarios al régimen sancionador de estos Proyectos en Rivero Lamas (1993, pp. 146-147).

- XXI: Representación en la empresa, negociación colectiva, huelga y conflicto colectivo de trabajo: Jornadas*. Ed. Gobierno del Principado de Asturias, 2014, 71-122.
- GÖERLICH PESET, José María. Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018 / coord. por Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1, 2018, 175-201.
- GRAU PINEDA, Carmen. *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- GRAU PINEDA, Carmen. Sobre el impacto de la huelga en las contratas o del por qué la regulación española del derecho de huelga no responde a las necesidades de las relaciones laborales del siglo XXI. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de seguridad social (REJLSS)*, 4, 2022, 208-230.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás. Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga. *Boletín Laboral Abdón Pedrajas*, 2008.
- PONS CARMENA, María. *Manual de Derecho Administrativo Laboral*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2022.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. Sustitución de huelguistas en supuestos de contratas y de empresas de trabajo temporal. *Actualidad laboral*, 6, 2014, 3.
- RIVERO LAMAS, Juan (1993). Infracciones y sanciones laborales y regulación de derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma. Proyecto Social: Revista de relaciones laborales, 1, 1993, 143-188.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral. *Documentación Administrativa*. (282-283: Ejemplar dedicado a: La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II), 2009, 199-239.
- VICENTE PALACIO, María Arántzazu. Esquirolaje en supuestos de externalización empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial (STS, Sala Social, de 3 de octubre de 2018 (Rcud. núm. 1147/2017)). *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 2, 2019, 1-10.

El poder empresarial de control a distancia en Italia

The employers' power of remote control in Italy*

Juan Gil Plana*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-6212-9032

Recibido: 11/7/2022

Aceptado: 4/11/2024

doi: 10.20318/labos.2024.9122

Resumen: A diferencia de lo que durante mucho tiempo ha sucedido en el derecho del trabajo español, caracterizado por una referencia escueta al poder de control en el artículo 20.3 de nuestro Estatuto de los Trabajadores, en el ordenamiento italiano desde la década de los setenta del siglo pasado se han implementado varias previsiones en materia de control empresarial, entre las que se encuentra la posibilidad de utilizar sistemas de control a distancia o remotos. En este ensayo se ofrece una aproximación a la configuración jurídica del control empresarial a distancia contenida en el Estatuto de los Trabajadores italiano, dando cuenta tanto de la versión original como del alcance de su reforma al amparo del *Jobs Act*.

Palabras clave: Poderes de control, control a distancia, instrumentos tecnológicos, datos, intimidad.

Abstract: In the Italian legal system, in contrast to what happened in Spanish labour law, since the seventies of last century, several provisions have been configured in the field of employer control, among which is the possibility of using remote control systems, without there being a similar provision in our legislation. This essay offers an approach to the legal configuration of remote company monitoring contained in the Italian Workers' Statute, giving an account of both the original version and the scope of its reform under the *Jobs Act*.

Keywords: Power of control, remote control, technological tools, data, privacy.

* Este ensayo es fruto de mi estancia de investigación en la Università degli Studi de Padova, actualizado a septiembre de 2024.

** juangil@der.ucm.es

1. Introducción

El objetivo de este estudio es ofrecer al operador jurídico español una aproximación a la regulación del poder de control a distancia del empresario en el ordenamiento jurídico italiano, también (y sobre todo) a la luz de las importantes transformaciones que se han producido recientemente, no sólo a nivel normativo y jurisprudencial, sino también en la práctica, en respuesta a los cambios económicos, sociales y tecnológicos que también han afectado al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; evitaremos la comparación con nuestro ordenamiento porque se ha descartado realizar un estudio comparado en esta primera aproximación.

Sin embargo, este objetivo no puede perseguirse sin un sucinto examen previo de cómo se configura en el Derecho Italiano la relación subordinada entre empresario y trabajador, que –incluso ante la expansión de los tipos de contrato y las nuevas formas de trabajo (incluidas las formas digitalizadas)– sigue siendo el modelo típico¹ de la relación en Italia. El Código Civil italiano (en adelante CCI) no contiene una definición de lo que ha de concebirse como relación laboral por cuenta ajena ni de “contrato de trabajo”. El artículo 2094 del CCI contiene, de hecho, únicamente la definición de “trabajador por cuenta ajena”, identificado como aquel que “se obliga, a cambio de una remuneración, a colaborar en la empresa, prestando su propio trabajo intelectual o manual a la dependencia y bajo la dirección del *empresario*”.² Doctrina y jurisprudencia italiana han identificado unánimemente como rasgo significativo del citado precepto su inciso final referido a los conceptos de “dependencia” y “dirección”, de la que se desprenden los rasgos más destacados de la relación entre las partes del contrato de trabajo.³

En particular –y por lo que aquí interesa– se señala cómo, en el contexto de la relación de trabajo por cuenta ajena, la figura del empresario desempeña un papel crucial y complejo. En efecto, el cumplimiento de las obligaciones que incumben al trabajador implica inevitablemente su inclusión en la organización de la empresa, dentro de la cual el riesgo de afectar –entre otras cosas– la privacidad del trabajador es elevado.⁴

¹ Sobre lo que en Italia se conoce como la “tesis de la indisponibilidad del tipo”, véase SCOGNAMILGIO, Renato: “La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 2, 2001, p. 116; M. PEDRAZZOLI, Mario: “Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato”, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro. Atti delle Giornate di Studio di diritto del lavoro. Salerno, 22-23 maggio 1998*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 95 y p. 138; D’ANTONA, Massimo: “Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 1, 1995, p. 73.

² Es interesante, a este respecto, señalar que el legislador italiano ha incluido esta disposición en el Libro V (“Del lavoro”) del CCI, que se basa en el concepto de empresa, y no dentro del Libro IV (“Delle obbligazioni”), que regula en cambio las principales relaciones de intercambio; ver, por todos, MAGNANI, Mariella: *Diritto del Lavoro*, 1ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2019, p. 5.

³ BALLESTRERO, María Victoria. y DE SIMONE, Gisella: *Diritto del lavoro*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2015, pp. 96 y ss.

⁴ Por lo que respecta específicamente a la intimidad de los trabajadores, véase, por todos PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.

De hecho, el empresario es titular de un poder que va más allá de la mera gestión de la empresa y que le permite incidir directamente en la vida profesional y potencialmente también en la vida personal de los trabajadores. La configuración clásica de la relación de trabajo por cuenta ajena sitúa de hecho al empresario en una posición de preeminencia con respecto al trabajador, reconocida explícitamente por el apartado 1º del artículo 2086 del CCI,⁵ según el cual “el emprendedor es el jefe de la empresa y de él dependen jerárquicamente sus colaboradores”. En línea con lo anterior, el apartado 2º del artículo 2104 del CCI, viene a establecer que el trabajador debe “observar las instrucciones que para la ejecución y disciplina del trabajo imparta el empresario a los empleados de éste los cuales dependen jerárquicamente”.

De las dos disposiciones que se acaban de mencionar se desprende claramente la característica emblemática de la relación de trabajo por cuenta ajena, a saber: la sujeción del trabajador a las directrices del empresario en la realización de la prestación pactada en el contrato. Por lo tanto, el CCI hace hincapié en la forma en que se realiza el trabajo y, en consecuencia, entre los indicios sintomáticos de subordinación se encuentra la obligación por parte del trabajador de realizar su actividad de forma continuada, acatando las directrices dadas por el empresario (al que está jerárquicamente subordinado) en cuanto al tiempo, lugar y forma de realización del trabajo.

Otra norma importante relativa a la figura del empresario es el artículo 2082 del CCI, que define al empresario como “quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con el fin de producir o intercambiar bienes o servicios”. El corolario de esta previsión normativa es, sin duda, el reconocimiento del poder de dirección atribuido al empresario, a través del cual puede coordinar la prestación del servicio y utilizarlo en función de las necesidades de su actividad empresarial. Sin embargo, como ya sabemos dicho poder no es más que uno de los tres poderes reconocidos al empresario, ya que a él se añaden el poder de control y el poder disciplinario.

La tríada de poderes de que dispone el empresario presupone la titularidad de éste de una serie de facultades discrecionales para la persecución de los intereses y fines de la empresa. Este supuesto encuentra su fundamento constitucional en el artículo 41 de la Constitución Italiana (en adelante CI),⁶ que sanciona la libertad de organización empresarial, aunque sujeta a límites externos e internos. En efecto, dicha libertad, por una parte, no debe en ningún caso comprometer ni la dignidad y la personalidad de los trabajadores, ni la seguridad y la salubridad de los ambientes de trabajo (“límites externos”) y, por otra, no puede en modo alguno legitimar actos discriminatorios en virtud de

⁵ VITAGLIANO, Chiara: “Potere di controllo datoriale: nuove tecnologie e tutela dei lavoratori nella società digitale”, en *European Journal of Privacy Law & Technologies*, nº 1, 2022, p. 351.

⁶ El artículo 41 de la CI establece que “la iniciativa económica privada es libre. No puede realizarse en conflicto con la utilidad social o de forma que perjudique la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad o la dignidad humana. La ley determina los programas y controles adecuados para que la actividad económica pública y privada pueda orientarse y coordinarse con fines sociales y medioambientales”.

las disposiciones combinadas de los artículos 2,⁷ 3⁸ y 41 de la Constitución italiana con el artículo 15⁹ del Estatuto de los Trabajadores italiano –Ley nº 300, de 20 de mayo de 1970, en adelante ET– (“límites internos”).

En virtud de las facultades atribuidas a la figura del empresario, la relación laboral difiere de otras relaciones contractuales ordinarias y de las posiciones conocidas por el Derecho civil italiano en la medida en que el empresario dispone de ciertas prerrogativas que exceden de las comúnmente concedidas al contratista. Desde esta perspectiva, las facultades del empresario representan uno de los rasgos distintivos de la subordinación, ya que, en el caso de otros contratos de prestación de servicios, civiles o mercantiles, no se reconocen tales facultades a ninguna de las partes, limitándose el poder de control en estos supuestos a verificar la exacta ejecución de la obra o servicio comprometido.

2. Los poderes empresariales en el Derecho del Trabajo Italiano

2.1. *El poder de dirección*

Entre los poderes reconocidos al empleador, el fundamento del desarrollo de un trabajo por cuenta y organización ajena se encuentra en el poder directivo, respecto del cual los poderes disciplinarios y de vigilancia son subsidiarios, siendo aquél la capacidad del empresario para configurar, dirigir y organizar su empresa. El poder directivo atribuido al empresario incorpora en sí mismo una doble vertiente: una dinámica, en la medida en que tiene el poder de organizar su propia empresa y a sus empleados, proporcionando a estos últimos directrices específicas en cuanto a la forma en que debe realizarse el trabajo, incluida la disciplina del llamado “*ius variandi*”, de conformidad con lo previsto en el artículo 2103 del CCi; y otra estática, expresión de la posición ontológica de superioridad jerárquica en la que se sitúa el empresario con respecto al empleado.

Como ya hemos indicado anteriormente el artículo 2094 del CCi consagra la obligación del trabajador de realizar la prestación bajo la supervisión y dirección del

⁷ El artículo 2 de la CI sanciona que “la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes obligatorios de solidaridad política, económica y social”.

⁸ El artículo 3 de la CI prevé que “todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales. Es deber de la República eliminar los obstáculos económicos y sociales que, al limitar efectivamente la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana, y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

⁹ El artículo 15 del ET contempla que “es nulo cualquier acuerdo o acto encaminado a: a) subordinar el empleo de un trabajador a la condición de que se afilie o no a un sindicato o deje de formar parte de él; b) despedir a un trabajador, discriminarlo en la asignación de calificaciones o tareas, en los traslados, en las medidas disciplinarias, o perjudicarlo de cualquier otra forma por su afiliación o actividad sindical o por su participación en una huelga. Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplica también a los acuerdos o actos directos con fines políticos, religiosos, raciales, idiomáticos o de sexo, discapacidad, edad, nacionalidad o discriminación por motivos de orientación sexual o creencias personales”.

empresario. Por lo tanto, esta disposición también reconoce en manos de este último un poder directivo específico, correspondiendo al trabajador el deber de diligencia previsto en el artículo 2104 del CCI.¹⁰

El poder directivo lo ejerce el empresario en relación con el objeto del contrato de trabajo, es decir, en el ámbito de las tareas que éste conlleva, y se concreta en la posibilidad de que el empresario dé órdenes al trabajador sobre la forma en que debe realizarse el trabajo. Este poder encuentra, de hecho, su límite en la empresa y su organización. El ejercicio del poder de dirección permite al empresario especificar concretamente el tipo y la forma de ejecución de las tareas y funciones asignadas a los trabajadores. Dichas órdenes no podrán ser incumplidas arbitrariamente por el trabajador, salvo en los casos expresamente previstos en la ley –imaginemos el supuesto prototípico de la orden dada por el empresario contrario a la norma vigente–, así como en los casos en que la orden dada por el empresario sea ilegal.¹¹ En efecto, el empresario no está investido de un poder de dirección incondicional e ilimitado por cuanto dicho poder nunca debe ejercerse de manera que pueda atentar contra los derechos o la dignidad del trabajador o ser contrario a las normas imperativas. En particular, nunca debe atentarse contra la integridad psicofísica del trabajador y debe garantizarse un entorno de trabajo protector de su esfera física y moral.

2.2. *El poder disciplinario*

En caso de que el trabajador demuestre haber incumplido las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, entra en juego la segunda facultad atribuida al empresario, la disciplinaria. Esta última consiste en la facultad de imponer sanciones disciplinarias oportunas ante incumplimientos imputables al trabajador, que van desde la amonestación

¹⁰ El artículo 2104 del CCI establece que “el trabajador deberá emplear la diligencia exigida por la naturaleza de la prestación debida, por el interés de la empresa y por el interés superior de la producción nacional. Asimismo, deberá observar las instrucciones que para la realización y disciplina del trabajo le impartan el empresario y los trabajadores de éste de los que dependa jerárquicamente”.

¹¹ Así ocurre, por ejemplo, cuando el empresario incumple gravemente el contrato, o cuando ha cometido un incumplimiento que causa un perjuicio irreparable a las necesidades del trabajador o le expone a una responsabilidad penal. En este sentido véase, por todas, Sentencia de la Corte Suprema de Casación (en adelante STCass) n° 10227/2023, de 18 de abril afirma que “en los contratos onerosos, entre los que se encuentran los contratos de trabajo, si una de las partes invoca el incumplimiento de la otra como justificación de su incumplimiento, el juez debe proceder a una valoración comparativa de la conducta, atendiendo no tanto al mero elemento cronológico como a las relaciones causales y proporcionales existentes entre las prestaciones no realizadas respecto de la función económica y social del contrato, todo ello a la luz de las obligaciones recíprocas de lealtad y buena fe previstas en los artículos 1175 y 1375 del CCI, y conforme al mismo artículo 1460 del CCI, de modo que la alegación de incumplimiento sea conforme a la buena fe y no meramente instrumental a la intención de eludir las propias obligaciones contractuales”. Así, el Tribunal de Casación dictaminó que la negativa del trabajador a cumplir una orden del empresario sólo es legítima cuando la conducta del trabajador está justificada por la equidad y la buena fe, y no es un mero pretexto para eludir las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

verbal hasta el despido, en función de la gravedad del incumplimiento, de forma proporcionada conforme al artículo 2106 del CCi que viene a establecer que “la inobservancia de las disposiciones [...] puede dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias, según la gravedad de la infracción”. Es evidente que con este precepto civil se introduce la regla de la proporcionalidad en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

La normativa relativa a la potestad disciplinaria y, en particular, la determinación de las conductas sancionables, el alcance de la sanción que puede imponerse y el procedimiento disciplinario que debe seguirse, se encuentra en el artículo 7 del ET. En primer lugar, además de las conductas ilícitas, es decir, contrarias a las normas imperativas, son sancionables todas las conductas contrarias al régimen disciplinario de la empresa. Por ello el procedimiento disciplinario previsto en el antecitado precepto estatutario parte del principio de legalidad que supone en el ordenamiento italiano que el empresario está obligado a adoptar un régimen disciplinario que contenga una lista de conductas prohibidas u obligatorias en la empresa y la previsión de las correspondientes sanciones pertinentes en caso de infracción. Este régimen disciplinario debe, necesariamente, estar expuesto en un lugar accesible a todo el personal, y su omisión impide al empresario imponer sanción alguna, no pudiendo ser sustituida su publicidad por otros medios diferentes. No será necesario el previo conocimiento de posibles infracciones si éstas derivan de la contravención de una norma legal o de un deber fundamental.

El artículo 7 del ET, además, proporciona indicaciones precisas sobre el procedimiento disciplinario, sancionando expresamente la imposibilidad de que el empresario adopte una medida disciplinaria contra el trabajador sin haberle notificado previamente por escrito la acusación y haberle citado para un interrogatorio cruzado. A este respecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del ET cabe señalar que deberá concederse al trabajador un plazo mínimo de cinco días para que aporte las justificaciones que estime oportunas sobre los hechos impugnados, que podrán formularse por escrito o verbalmente previa solicitud de audiencia. Transcurrido el plazo mínimo previsto en la norma, el empresario podrá, alternativamente, anular el procedimiento, si considera fundadas las justificaciones formuladas por el trabajador, o, en caso contrario, imponer la sanción, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos imputados. El trabajador puede dentro de los veinte días siguientes a la comunicación de la sanción solicitar que se constituya una comisión de conciliación y arbitraje.

3. El poder del control

Si el poder de dirección se define como la facultad otorgada al empresario de impartir directrices para la realización de la actividad laboral, el poder de control, en cambio, se consagra a la verificación de la correcta realización de esta última. Expondremos con más detalle a continuación esta modalidad de poder, centrándonos específicamente en el control a distancia y el control por medios tecnológicos; no obstante, debemos indicar, como sucede en la doctrina española, también la italiana se encuentra dividida con rela-

ción a la cuestión de si el poder de control es un poder autónomo o es una manifestación del poder directivo. Desde la óptica de la regulación italiana, pueda aceptarse que estamos ante un poder distinto del poder directivo porque persigue verificar el cumplimiento de la prestación laboral por parte del trabajador y se encuentra previsto en preceptos distintos a los que contemplan el poder directivo con la finalidad esencial de garantizar la dignidad y confidencialidad/privacidad del trabajador;¹² funcionalidad muy distinta a la perseguida por el poder de dirección.

El legislador civil italiano no menciona expresamente el poder de control, cuya existencia, sin embargo, siempre se ha reconocido implícitamente, ya que es consustancial al ejercicio tanto del poder directivo, pues sin el reconocimiento de aquel este último sería ineficaz;¹³ como del poder disciplinario, dado que el ejercicio del poder de control permite al empresario detectar conductas ilícitas y recabar información en la que basar una sanción disciplinaria.¹⁴

Pues bien, a la luz de las recientes reformas (incluidas las de origen euro-armonizadoras) que han afectado al mercado de trabajo italiano y de la amplia difusión de la digitalización en el ámbito del Derecho del Trabajo, parece oportuna una reinterpretación de los límites del poder de control del empresario, con el fin de restablecer un adecuado equilibrio de los intereses contrapuestos en juego, que –según algunos–¹⁵ actualmente parece casi volcado a favor de la parte fuerte de la relación laboral, es decir, del empresario.

3.1. La configuración jurídica del poder de control: la contribución del Estatuto de los Trabajadores

La ausencia en el CCI de una disposición que reconociera expresamente el poder de control del empresario y circunscribiera sus posibles límites hizo aún más necesaria la promulgación de una ley que positivizase las normas pertinentes para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores.

¹² SANTORO-PASARELLI, Giuseppe: *Diritto dei lavoratori e dell'occupazione*, ed. Giappichelli, 2015, pág. 238. No sucede lo mismo en la doctrina española donde mayoritariamente se ha considerado incluido el poder de control dentro del poder de dirección, como una manifestación de este último, no tanto por su ubicación sistemática, véase MONTÓYA MELGAR, Alfredo: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 152-153, al afirmar que “el poder de dirección se integra no sólo mediante funciones de decisión ejecutiva y de ordenación, sino que comprende también las funciones de control y vigilancia”, que constituyen “una función absolutamente necesaria para el ejercicio del poder directivo”.

¹³ Ciertamente, el poder directivo presupone necesariamente un poder de control y de vigilancia, ya que sólo a través de este último el empresario puede verificar el cumplimiento de las directivas dadas por él; véase, en este sentido, MAGNANI, Mariella: *Diritto del Lavoro*, cit., p. 89.

¹⁴ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2016, p. 77.

¹⁵ Véase, por ejemplo, DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., pp. 77 y ss.; FERRANTE, Vincenzo: “Controllo sui lavoratori difesa della loro dignità e potere disciplinare a quarant'anni dallo Statuto”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2011, pp. 73 y ss.

El Informe del Ministro Brodolini sobre el Proyecto de Ley que precedió al Estatuto de los Trabajadores ya mostraba la voluntad de eliminar aquellos sistemas de supervisión y control que ya no estaban justificados por las necesidades productivas de la empresa, por ser incompatibles con la Carta Constitucional y, en particular, con lo dispuesto en su artículo 41,¹⁶ que –como ya se ha destacado– trata de ponderar la libertad de iniciativa económica privada del empresario con las exigencias de libertad, seguridad y dignidad humana de los trabajadores. Por lo tanto, el legislador italiano, precisamente para cohonestar las necesidades del empresario de funcionalidad y eficiencia de la empresa, por un lado, y la protección de la dignidad, la libertad y la seguridad de los trabajadores, por otro, introdujo ciertos límites infranqueables al poder de control para que las modalidades de su ejercicio no pudieran ser invasivas ni perjudiciales para el trabajador.

El ET italiano de 1970 fue la primera fuente legislativa que reguló dicho poder empresarial y configuró sus límites mediante la introducción de normas *ad hoc* que siguen constituyendo el marco jurídico (aunque reformado) de referencia en este ámbito.¹⁷ A diferencia de nuestro marco normativo, en el que durante mucho tiempo la única referencia al poder empresarial de control ha venido constituida por la previsión contenida en el artículo 20.3 de nuestro ET, y que sólo más recientemente en el tiempo se ha visto completada con las previsiones contenidas en los artículos 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y sin perjuicio del innegable papel que ha jugado la doctrina constitucional y la jurisprudencia española en la delimitación de los límites de este poder empresarial, en el ET italiano desde su promulgación se han contenido una serie de previsiones que reconocen al empresario la capacidad de control.

La configuración jurídica del poder de control se contiene en el Título Primero del ET italiano dedicado a la “Libertad y dignidad del trabajador”. A través de las disposiciones de los artículos 2 y 3 del ET el legislador italiano ha perfilado los “límites subjetivos” del poder de control del empresario, identificando a las personas autorizadas para ejercer dicho poder; mientras que en los artículos 4, 5, 6 y 8 del ET, en cambio, ha establecido los “límites objetivos” que afectan a las modalidades de control, que pueden ser directas o a distancia (es decir, ejercitables mediata o inmediatamente sobre la persona del trabajador). De este conjunto de previsiones legales debe señalarse que todas ellas se han mantenido inalteradas en su contenido desde su redacción original del año 1970, salvo la referida al control empresarial a distancia contenida en el artículo 4 del ET.

Se establece en primer lugar, la posibilidad de que el empresario pueda utilizar vigilantes privados de seguridad únicamente a efectos de preservar el patrimonio em-

¹⁶ El artículo 41 de la Constitución Italiana establece que “la iniciativa económica privada es libre. No puede realizarse en conflicto con la utilidad social o de forma que perjudique la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad o la dignidad humana. La ley determina los programas y controles adecuados para que la actividad económica pública y privada pueda orientarse y coordinarse con fines sociales y medioambientales”.

¹⁷ Para un estudio de configuración inicial del control empresarial a distancia en ET italiano véase, entre otros, DI PAOLA; Luigi: *Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali*, ed. Giuffrè, 2022, pp. 3-30.

presarial. No pudiendo éstos, por un lado, desplegar sus funciones respecto a acciones o hechos de los trabajadores no relacionados con la salvaguarda de los activos empresariales; y, por otro lado, ser designados por el empresario para el control de la actividad laboral, ni acceder al lugar de trabajo durante el desarrollo de la misma, salvo cuando sea necesario para la preservación del patrimonio empresarial (art. 2).

En segundo lugar, se permite el control, ahora sí, de la actividad laboral directamente, a través del personal de vigilancia. El reconocimiento de esta modalidad se produce de forma indirecta en el artículo 3 del ET al prever que el empresario comunicará a los trabajadores el nombre y las funciones específicas del personal de vigilancia; lo que supone, como presupuesto previo, que se permite esta modalidad de control.

En tercer lugar, partiendo de una doble prohibición dirigida al empresario, quien no podrá controlar ni la idoneidad ni la dolencia por enfermedad o accidente del trabajador, se establece que el control de ausencias por enfermedad pueda ser efectuado solamente a través de los servicios de inspección de las instituciones de protección social competentes, que estarán obligadas a llevarlo a cabo cuando lo requiera el empresario; reconociéndose a este último el derecho de que los organismos públicos y las instituciones especializadas controlen la aptitud física del trabajador (art. 5 ET).¹⁸

En cuarto lugar, el artículo 6 de la ET introduce la prohibición general de efectuar registros personales con fines de control, “salvo en los casos en que sean indispensables para la protección de los bienes de la empresa, en relación con la calidad de las herramientas de trabajo o de las materias primas o productos”. Incluso en los casos en que los registros son indispensables y, por tanto, el control legítimo, el legislador italiano introduce ciertas normas para proteger al trabajador. En este sentido, quizá la garantía más relevante sea la establecida en el párrafo segundo del artículo 6 del ET, según el cual los registros deben efectuarse a la salida de los centros de trabajo, salvaguardando la dignidad y confidencialidad del trabajador y aplicando sistemas de selección automática referidos a la comunidad o grupos de trabajadores. Por otra parte, exige necesariamente la celebración de un acuerdo entre el empresario y los representantes sindicales y, a falta de acuerdo, la comisión interna examinará las hipótesis y modalidades de realización de las visitas de inspección personal (apartado 3º). En caso de que no se llegue a un acuerdo, a petición del empresario, las visitas deberán ser autorizadas por la Inspección de Trabajo, medida que podrá ser impugnada ante el Ministerio de Trabajo en el plazo de treinta días a partir de su notificación (apartado 4º).¹⁹

La siguiente referencia al poder de control empresarial la encontramos en el artículo 8 del ET que prohíbe al empresario realizar actividades de averiguación, tanto en la fase de selección como ya durante la vigencia del contrato de trabajo, ni acerca de las

¹⁸ El Decreto Legislativo n° 81/2008 de 9 de abril, por el que se aprueba el Testo Único sulla Salute e Sicurezza sul Lavoro, que en Italia se ha convertido en una verdadera ley de consolidación en materia de salud y seguridad en el trabajo, estableció la figura del médico competente, asignándole la tarea de realizar controles periódicos de la salud de los trabajadores.

¹⁹ Ver DI PAOLA; Luigi: *Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali*, cit., pp. 247-252.

opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador, ni de otros hechos no relevantes a los efectos de evaluar la aptitud profesional del trabajador.²⁰

La última previsión se contiene en el artículo 4 del ET, objeto de nuestro estudio, dedicado a la posible utilización de sistemas audiovisuales y otros instrumento de control que permiten efectuar un control remoto y a distancia; procediendo a exponer la normativa anterior y posterior a la entrada en vigor de la reforma del Gobierno Renzi, conocida como *Jobs Act*, actuada a través del Decreto-Ley nº 34/2014, de 20 marzo (conocido como Decreto Poletti, por ser éste el Ministro de Trabajo) y la Ley nº 183/2014, de 10 de diciembre, que contenía una serie de delegaciones legislativas, una de las cuales se plasmó en el Decreto-Legislativo nº 151/2015, de 14 de septiembre, que modifica el artículo 4 del ET.

3.2. *La versión original del artículo 4 ET*

Como ya se ha anticipado es el artículo 4 del ET el que procede a ordenar jurídicamente la facultad empresarial de efectuar controles indirectos y remotos, es decir, aquella modalidad específica de control efectuado por el empresario sobre sus trabajadores que se realiza “a distancia”, mediante instrumentos electrónicos, entre otros, las cámaras de videovigilancia o sistemas de geolocalización.

La redacción original del artículo 4 del ET establecía en su primer párrafo una interdicción general de uso de sistemas de control a distancia, de suerte que se decía que “está prohibido utilizar equipos audiovisuales y otros equipos con el fin de supervisar a distancia las actividades de los trabajadores”; a continuación, en su segundo párrafo, se indicaba que “los sistemas y equipos de control que sean requeridos por las exigencias organizativas y de producción o por la seguridad en el trabajo, pero que también prevean la posibilidad de seguimiento a distancia de las actividades de los trabajadores, sólo podrán instalarse de acuerdo con los representantes sindicales de la empresa o, en su defecto, con el comité interno. A falta de acuerdo, a petición del empresario, la Inspección de Trabajo dispondrá las disposiciones, en su caso, para la utilización de dichas instalaciones”. En su tercer párrafo contemplaba el supuesto de la posible la existencia de sistemas de control a distancia ya implantados, respecto de los cuales se establecía que, “a falta de acuerdo con los representantes sindicales de la empresa o con el comité de empresa, la Inspección de Trabajo actuará en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, dictando en su caso los requisitos para la adaptación y los métodos de utilización de las citadas instalaciones”. Por último, el párrafo cuarto del artículo 4 ET concedía al empresario, a los representantes sindicales de la empresa o, en su defecto, a la comisión interna, o a los sindicatos de trabajadores, el derecho a recurrir ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social las medidas a que se refieren los párrafos 2 y 3 adoptadas por la Inspección de Trabajo, en un plazo de 30 días a partir de su notificación.

²⁰ Idem, pp. 253-262.

Desde el punto de vista sancionador debemos apuntar que la infracción del artículo 4 del ET, al igual que para el resto de las disposiciones relativas al poder de control previstas en el ET expuestas anteriormente, conllevaba la aplicación de las sanciones penales previstas en el artículo 38 del ET,²¹ es decir, una multa o el arresto, que en los casos más graves se aplicaban conjuntamente.²²

Aflora de forma evidente que la ratio legis subyacente al artículo 4 de la ET respondía a la necesidad de delimitar los límites y las cargas procedimentales a los que debía someterse la instalación de “sistemas audiovisuales y otros equipos”, con el fin de garantizar una “dimensión humana de la vigilancia”²³ y evitar que la utilización de un instrumento mecánico pudiera dar lugar a un control a distancia continuo, minucioso y, en consecuencia, especialmente insidioso e intrusivo del desempeño del trabajo de los empleado, con el fin de restringir su autonomía y confidencialidad.

Aunque el texto *anterior a la reforma* del artículo 4 del ET, al igual que la versión actual, no identifica directamente el bien a proteger, su ubicación desde el principio dentro del Título I del ET (titulado “De la libertad y dignidad de los trabajadores”) permite afirmar que el bien jurídico protegido era y ha seguido siendo la dignidad humana del trabajador,²⁴ poniendo así de manifiesto el nexo causal entre el artículo 4 del ET y el artículo 41.2 de la CI, que sujeta el ejercicio de la libertad de iniciativa económica privada al respeto de la seguridad, la libertad y la dignidad humana. No debemos olvidar que, tempranamente la doctrina italiana, a pesar de que en el momento de la entrada en vigor del ET el uso de instrumentos tecnológicos de control a distancia estaba aun escasamente extendido, ya advirtió que los controles a distancia estaban llamados inmediatamente a ser potencialmente invasivos de la dignidad humana. Por ello, el reconocimiento legal de la facultad empresarial de control a distancia fue necesariamente acompañado de la introducción de límites específicos con el fin de definir el perímetro dentro del cual el empresario puede verificar la correcta realización del trabajo mediante el uso de instrumentos que le permitan incluso registrar el contenido y el momento de este último.²⁵

²¹ Establece el artículo 38 del ET que las “violaciones de los artículos 2, 4, 5, 6, 8 y 15, primer párrafo, letra a), son castigados, a menos que el hecho ya no constituya delito grave, con multa que oscila entre 100.000 liras y un millón de liras o con arresto de 15 días a un año. En los casos más graves las penas son prisión y multa, aplicados de forma conjunta. Cuando por las condiciones económicas del infractor se establezca la multa en el primer párrafo se puede presumir ineficaz incluso si se aplica en el máximo, el juez tiene derecho a aumentarlo hasta cinco veces. En los casos previstos en el párrafo segundo, la autoridad judicial ordenará la publicación de la sentencia condenatoria penal en las formas establecidas por el artículo 36 del Código Penal”.

²² FLOR, Roberto: “Diritto penale e controlli a distanza dei lavoratori dopo il C.D. Jobs Act”, en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pág. 161-183.

²³ D’ANDREA, Luca y MORICONI, Engles: “Controlli a distanza: la disciplina prima e dopo la riforma”, en *Diritto & Prática del Lavoro.*, nº 9, 2016, p. 569.

²⁴ ALVINO, Ilario.: “L’articolo 4 dello statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, nº 4, 2014, p. 999.

²⁵ *Ibid.*

3.2.1. Prohibición general de uso: control “a distancia” frente a control “en persona”

El párrafo 1º del artículo 4 del ET *antes de la reforma* comenzó sancionando una prohibición general para el empresario de controlar a distancia las actividades de los trabajadores mediante el uso de equipos audiovisuales o de otro tipo, partiendo del supuesto de que el control impersonal y encubierto era lesivo para la persona del trabajador. Dichos controles, considerados por tanto ilegales, se incluyeron en el ámbito de los denominados “preterintenzionali”.²⁶

La expresión “a distancia” utilizada por el legislador italiano implica una duplicidad semántica que corresponde a la doble función de dicha modalidad de control empresarial. Es cierto que la distancia se entendía originalmente (y se sigue entendiendo) en una doble dimensión: espacial y temporal.²⁷ En cuanto a la dimensión temporal, la ejecución “a distancia” del control implica la opción de separar cronológicamente el momento en que se realiza el trabajo del momento en que el empresario ejerce el control, mediante el uso de la información recogida a través de los sistemas audiovisuales y otros equipos informáticos instalados en la empresa. A este respecto, cabe señalar que esa verificación “final” de los datos también puede no tener lugar, ya que queda a la discrecionalidad del empresario no hacer uso de ella. Por supuesto, cuando el empresario opta por ejercer el control a distancia mediante esta modalidad, tiene a su disposición una poderosa herramienta que le permite registrar todos los segmentos ejecutivos del rendimiento laboral de sus empleados, reservándose el derecho de comprobar su conformidad con las obligaciones contractuales y con las directrices que se le impartan en una fase posterior, es decir, incluso a distancia. Esto no entra en conflicto con los principios de garantía, inspirados en el *favor prestatoris*, que establece el ordenamiento jurídico italiano; baste pensar en el necesario respeto del principio de oportunidad en caso de cualquier imputación disciplinaria por parte del empresario, en observancia de la cláusula general de buena fe y equidad. Debe tenerse en cuenta que la oportunidad se exige tanto en la incoación del procedimiento disciplinario como en la imposición de la sanción, ya que el trabajador no puede exponerse a la impugnación del empresario a una distancia considerable. No obstante, a pesar de que la oportunidad de la notificación constituye un requisito indefectible y determinante de la legitimidad de cualquier procedimiento disciplinario en el marco de las relaciones laborales, existe una tendencia jurisprudencial según la cual el requisito de la oportunidad debe entenderse en sentido relativo, dado que la averiguación y valoración de los hechos por parte del empresario puede requerir más tiempo, y que la complejidad de la organización de la empresa puede retrasar la iniciativa del empresario

²⁶ Véase, en este sentido, RUSSO, Alberto y TUFO, Marco: “I controlli preterintenzionali: la nozione” y PASSALACQUA, Pasquale: “I controlli preterintenzionali: la procedura”, ambos en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pp. 53-74 y 75-88; MAIO, Valerio: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 6, 2015, pp. 1189 y ss.

²⁷ ZOLI, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2009, p. 485.

para incoar el procedimiento disciplinario (en este sentido, véase, por ejemplo, STCass n° 12824/2016, de 21 de junio). La jurisprudencia, además, ha aclarado que la oportunidad se aprecia, no en relación con el momento en que el trabajador realizó la conducta ilícita, sino en relación con el momento en que el empresario tuvo efectivamente conocimiento de la misma, pues solo en ese momento se verifican los presupuestos para apreciar la procedencia de iniciar un procedimiento disciplinario contra el trabajador. La expresión “a distancia” también implica una dimensión espacial, en el sentido de que el uso de equipos y herramientas informáticos permite realizar un control desde un lugar distinto de aquel en el que el trabajador está prestando sus servicios.

La formulación de esta prohibición genérica contenida en este precepto, al emplear la expresión “otros equipos”, permitió –con el paso del tiempo– incluir en el ámbito de la prohibición también el uso de nuevos instrumentos tecnológicos, que aún no se conocían en el momento de la entrada en vigor del ET.

En un examen más detenido, el artículo 4 del ET, ya en su redacción original, presentaba algunas características que lo distinguían de las disposiciones de los artículos 2 y 3 del ET. En efecto, dicha disposición no prohibía los “controles en persona” ejercidos mediante guardias de seguridad, personal de vigilancia o superiores jerárquicos, sino el “control a distancia” ejercido mediante la utilización de sistemas e instrumentos informáticos. Además, el artículo 4 del ET no se limitaba a introducir protecciones subjetivas, sancionando no solo el tipo de conocimiento de la actividad de los empleados por parte del personal encargado del control, sino que también intervenía sobre la forma en que se realizaba el control.

Resulta interesante resaltar en este momento que el ámbito de aplicación esbozado por el artículo 4 del ET era más amplio que el contemplado en el artículo 3 del ET, ya que, al utilizar la expresión “actividades de los trabajadores” en lugar de “actividad laboral”, permitía ampliar la prohibición e incluir no sólo el control sobre la realización de la prestación laboral estipulada en el contrato, sino también el control sobre toda la conducta del trabajador en el lugar de trabajo, entendida en sentido amplio.²⁸ Este aspecto es también dirimente a los efectos de la necesaria y necesitada distinción entre controles a distancia y controles presenciales, y sirve, además, para delinear una peculiaridad que caracteriza ontológicamente a los primeros respecto de los segundos y que consiste en su potencial continuidad y afectación en la esfera de los derechos del trabajador; pudiendo estos mecanismos de control a distancia estar siempre operativos; mientras que, por el contrario, los controles presenciales se realizan, por regla general, en un lapso de tiempo determinado. Tampoco debemos olvidar que, cuando el empresario emplea métodos de control a distancia, los trabajadores sólo son informados, en el mejor de los supuestos, de la existencia del instrumento mediante el cual se efectúa el control, pero no de los momentos precisos en que se utilizará.²⁹

²⁸ Es decir, aquellos lugares no dedicados estrictamente al trabajo (como la zona de comedor, las taquillas o los vestuarios), así como la actividad realizada por el empleado durante las pausas.

²⁹ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit. p. 77.

Éstas —entre otras—³⁰ fueron las razones que impulsaron al legislador italiano a prohibir, en un primer momento, la posibilidad de utilizar instrumentos tecnológicos para vigilar a distancia las actividades de los trabajadores, salvo en determinadas hipótesis obligatorias que se analizarán con más detalle ulteriormente.

3.2.2. La excepción a la regla general de prohibición

Antes de la reforma, a la prohibición general establecida en el párrafo primero del artículo 4 del ET sobre la utilización de sistemas audiovisuales y otros equipos para el control a distancia de la actividad de los trabajadores, se añadía la posibilidad, prevista en el párrafo segundo del artículo 4 del ET, de instalar “sistemas y equipos de control exigidos por necesidades de organización y producción o por la seguridad en el trabajo, pero que también permitan el control a distancia de la actividad de los trabajadores”, ante determinadas necesidades consideradas dignas de protección que, mediante la implantación de distintas formas de control, como los controles presenciales realizados por personas, no quedarían adecuadamente protegidas de otro modo. Todo ello, no obstante, previa autorización de la representación sindical de la empresa o, en su defecto, de la comisión interna.³¹

Cabe señalar, a este respecto, que una parte de la doctrina no consideró que el texto original del párrafo segundo del artículo 4 del ET que acabamos de mencionar constituyera una verdadera derogación de la prohibición consagrada en el párrafo primero; por el contrario, sostenía que cada disposición regulaba un caso autónomo y que el párrafo segundo corroboraba de algún modo la prohibición del control a distancia. De hecho, a pesar de que dicho control se permitía en presencia de requisitos obligatorios especiales, la conducta del trabajador seguía escapando al control directo del empresario.³²

Por lo tanto, antes de la entrada en vigor del *Jobs Act*, el control a distancia sólo era admisible cuando tenía por objeto, no directamente la verificación de la correcta realización de las actividades de los trabajadores, sino más bien la consecución de otros fines que se encontraban principalmente en el cumplimiento de requisitos de organización, producción y seguridad en el trabajo. Es decir, se trataba de controles autorizados por el legislador en interés del empresario para la organización de la actividad empresarial, la protección del patrimonio o el cumplimiento de obligaciones de primordial importancia, como la seguridad en el trabajo.³³ No en vano, la doctrina y la jurisprudencia había definido tradicionalmente estos supuestos como controles “preterintenzionali” o “indi-

³⁰ ALVINO, Ilario: “L’articolo 4 dello statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica”, cit., p. 999.

³¹ ZOLI, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, cit., p. 485.

³² En este sentido, CARINCI, María Teresa: “Il controllo a distanza sull’adempimento della prestazione di lavoro”, en TULLINI, Patrizia (ed.): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Turín, 2017, p. 45, 60.

³³ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, pp. 513, 546.

rectos”, que se consideraban lícitos siempre que la posibilidad de controlar la actividad de los trabajadores derivada de la instalación del equipo estuviera, por un lado, justificada por otros fines empresariales y, por otro, sea una mera consecuencia accidental (y no la finalidad directa) de su utilización.

Por otra parte, el régimen previsto en el art. 4 del ET preveía una garantía procedimental, que sigue existiendo en la actualidad, consistente en condicionar la instalación de equipos audiovisuales u otros instrumentos a la realización de un trámite como era y es la previa negociación con la representación de los trabajadores, a fin de alcanzar un acuerdo con éstos o, en su defecto, con las comisiones internas. Además, la falta de acuerdo podía sustituirse por la intervención subsidiaria de un tercero imparcial, como la Inspección de Trabajo, a la que el empresario podía dirigirse para obtener la autorización. La disposición también otorgaba a la Inspección la facultad de dictar instrucciones sobre la forma en que debían utilizarse dichas instalaciones.

De este modo, el legislador confió a estos sujetos la tarea de verificar la existencia real de una necesidad digna de protección que pudiera justificar la instalación de los sistemas y equipos solicitados, garantizando así que fuera un tercero el que alcanzara el equilibrio de los intereses contrapuestos en juego: el del empresario, por un lado, en la persecución de las exigencias organizativas, productivas y de seguridad en el trabajo, y el del trabajador, por otro, de no sufrir excesivas e injustificadas restricciones en su dignidad y libertad,³⁴ ante el riesgo de que la instalación incontrolada de equipos difuminase cualquier margen de autonomía en el desempeño del trabajo.³⁵

En línea con lo anterior, se encontraba la previsión según la cual la verificación por parte de los representantes sindicales de empresa o comisiones internas debía realizarse con carácter previo a la instalación de los sistemas o equipos; excluyéndose así la legitimidad de un consentimiento del sindicato posterior a la instalación, que operaría con efecto sancionador *ex tunc*. Además, se otorgaba al sindicato la posibilidad de inspeccionar los locales de la empresa con posterioridad a la concesión de la autorización, a fin de comprobar el correcto cumplimiento de la misma en la instalación y utilización de los sistemas y equipos autorizados. A este respecto debe señalarse que atribuir tal facultad al sindicato podía resultar no ser del todo plausible porque el artículo 4 del ET no mencionaba expresamente tal facultad.

Llama la atención que, desde el punto de vista formal y de eficacia subjetiva y temporal, el acuerdo celebrado con los representantes de los trabajadores de la empresa con arreglo al artículo 4.2 del ET no es un mero acto unilateral de autorización, sino un verdadero acuerdo colectivo de empresa y, por tanto, una vez celebrado, deviene vinculante para todos los trabajadores de la empresa, aunque uno de los sindicatos presentes en la empresa no lo hubiera suscrito y los trabajadores no estuvieran afiliados a los sindicatos firmantes del acuerdo.

³⁴ ZILIO GRANDI, Gaetano y PETTINELLI, Roberto: “A 50 anni dallo Statuto. «El artículo 4 ha muerto. Viva l’art. 4!»”, cit., p. 65.

³⁵ BELLAVISTA, Alessandro: “I poteri dell’imprenditore e la privacy del lavoratore”, en *Il dir. lav.*, nº 1, 2002, pp. 157 y ss.

Por tanto, sobre la base del análisis de los dos primeros párrafos de la versión original del artículo 4 de la ley ET, puede afirmarse que estas normas trazaban dos límites: “un límite externo” y un “límite interno”. El primero, constituido por la prohibición general del control a distancia de las actividades de los trabajadores, era infranqueable salvo si se daban necesidades dignas de protección y previa autorización sindical o administrativa. El segundo, contemplaba sujetar el control a la autorización antes mencionada; de suerte, que una vez obtenido permitía ejercer el poder de control a distancia en función de necesidades de organización, producción o seguridad, identificadas en el proceso de negociación de la autorización.³⁶

3.2.3. La inadecuación del modelo estatutario original: las principales zonas grises.

Expuesta la configuración original del artículo 4 del ET que, a pesar de la disruptiva evolución tecnológica, se ha mantenido durante más de cuarenta años, debemos plantearnos si a lo largo de este periodo temporal, en el ordenamiento jurídico italiano, la ponderación de los intereses contrapuestos de las partes en lo relativo al control empresarial a distancia se ha preservado o no a lo largo del tiempo, máxime teniendo en cuenta la atracción, dentro del perímetro de aplicación de la norma en cuestión, de distintas formas de control a distancia derivadas de la utilización de nuevos instrumentos de trabajo, incluidos los digitalizados. En efecto, las principales zonas grises del artículo 4 del ET surgieron desde los años ochenta y se han puesto cada vez más de relieve a la luz, sobre todo, de la evolución tecnológica, denotando, si no la inadecuación de la norma en cuestión, al menos la necesidad de su revitalización para adaptarla al contexto actual y poder “regular lo nuevo que avanza”.³⁷

Debemos tener presente, en primer lugar, que el efecto inmediato de la primera fase de la transición tecnológica en la interpretación y aplicación del artículo 4 del ET –a pesar de que en aquella época el desarrollo tecnológico era sensiblemente distinto del que actualmente se está produciendo en la sociedad y el mercado de trabajo– vino caracterizada por su aplicación extensiva derivada de la amplitud de la expresión “otros equipos” utilizada por el legislador estatutario que permitía extender el ámbito aplicativo a las incipientes herramientas tecnológicas de control que comenzaban a emplearse en el ahora informatizado mundo del trabajo y en el que los controles presenciales resultaban cuando menos anacrónicos.

La segunda zona gris de la norma en cuestión derivaba del hecho de que había sido introducida para regular la utilización por el empresario de instrumentos no nece-

³⁶ Ver LAMBERTUCCI, Pietro: “Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a “distanza” tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, n° 255, 2015; CARINCI, Maria Teresa: *Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, en *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n.º 1., pp. 3, 4.

³⁷ SALIMBENI, María Teresa: *La reforma del artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores: la ambigua resolución del legislador*, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.4, 2015, p. 589.

sarios para la realización de las actividades de los trabajadores, de los que podía derivarse la posibilidad de control a distancia de los mismos. Sin embargo, ante la evolución tecnológica, la frontera entre “instrumentos de control” e “instrumentos de trabajo” se ha iba difuminando cada vez más, puesto que ya no era posible adscribir a la primera categoría únicamente los instrumentos “externos” a la realización del trabajo,³⁸ dado que afloraron muchas de las herramientas de trabajo puestas a disposición de los trabajadores por el empresario que son a su vez potenciales instrumentos de control de la actividad de éstos. En efecto, desde hace ya bastante tiempo, el control de los trabajadores se realiza principalmente mediante la recogida y posterior consulta de los datos registrados por medio de “instrumentos de trabajo”, es decir, instrumentos confiados al trabajador y utilizados por éste para realizar su trabajo³⁹ y, por consiguiente, inseparables del sistema de producción —a modo de ejemplo, el almacenamiento automático del historial ofrece al empresario la posibilidad de conocer innumerables datos sobre los tiempos de trabajo y de inactividad—.⁴⁰ Sin embargo, al no poder calificarse de instrumentos de control, acabaron quedando exentos de la prohibición establecida en el artículo 4 del ET.

La dinámica anteriormente descrita hacía que el artículo 4 del ET resultara obsoleto e inadecuado para garantizar una protección eficaz de la privacidad de los trabajadores frente a una transformación radical de la forma de trabajar, dado que el uso en el lugar de trabajo de ordenadores, teléfonos inteligentes, tarjetas de identificación, correo electrónico e internet para la realización del trabajo que se había convertido ahora en algo esencial y usual, quedaba al margen del necesario acuerdo con la representación de los trabajadores; al tiempo que, desde un punto de vista contrapuesto, resultaba impensable que la utilización de tales herramientas se supeditase a la obtención de una autorización sindical o administrativa previa que se traduciría en una fuente de cargas exorbitantes y adicionales para el empresario y representaría un impedimento injustificado al flujo normal de la producción.⁴¹ Era necesario, pues, volver sobre la configuración jurídica del control empresarial para dar un nuevo perfil al equilibrio de intereses en juego.

Esto significaba que, en la práctica, las empresas, a pesar de la sanción penal que acompañaba a la infracción del artículo 4 del ET, no pedían autorización antes de asignar a los empleados herramientas de trabajo de las que pudiera derivarse la posibilidad de control; lo que daba lugar al ejercicio de facto de un control a distancia sin restric-

³⁸ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. Lav.”, en TULLINI, Patrizia (ed.): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2017, p. 1.

³⁹ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, en *Labour & Law Issues*, vol. 2, nº 1, 2016, pp. 2421, 2695; SALIMBENI, María Teresa: *La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore*, cit., p. 589.

⁴⁰ ICHINO, Pietro: “Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2017, p. 525 y ss.

⁴¹ Véase ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695; DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., p. 77.

ciones.⁴² De ahí la necesidad de circunscribir el acceso del empresario a la información recogida a través de las herramientas de trabajo, identificando nuevas prohibiciones y límites, ya que la referencia a los “sistemas audiovisuales” y a los “sistemas y equipos de control” no permitía incluir los nuevos supuestos y modalidades de control a distancia en cuanto se derivaban de herramientas tecnológicas de trabajo.

La consolidación de una nueva realidad empresarial que permite al empresario controlar a los trabajadores a través de la información registrada por las herramientas de trabajo hizo surgir otra zona gris de la norma objeto de revisión en relación con la utilización de los datos recogidos por el empresario a través de las herramientas de trabajo tecnológicas.⁴³ La redacción original del artículo 4 del ET guardaba silencio con respecto a la crucial cuestión de la posibilidad de usar la información recopilada a través de los llamados controles “preterintenzionali”. Con el devenir del tiempo se planteó la posibilidad de que el empresario utilizara dichos datos para sancionar al empleado por incumplimientos contractuales (como el uso indebido y ajeno a la empresa de las herramientas de trabajo que se le habían confiado), así como por conductas que fueran perjudiciales para la imagen de la empresa o sus activos.⁴⁴ Debe señalarse, no obstante, dada la ponderación de intereses perseguida por el precepto estatutario, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia descartaron que pudieran ser utilizadas por el empresario para cuestionar directamente la conducta del trabajador por incumplimientos, y por tanto a efectos disciplinarios,⁴⁵ al quedar fuera de los objetivos fijados *ab origine* por el legislador estatutario al regular el control a distancia.

Debe apuntarse otra zona gris del artículo 4 del ET en relación con la posibilidad de utilizar los datos obtenidos de las herramientas de trabajo, consistente en la falta de coordinación entre esta disposición y las normas generales –de indudable origen comunitario– sobre protección de datos personales (ahora contenidas en el *Codice della Privacy* en virtud del Decreto Legislativo 196/2003). Se ha resaltado por la doctrina que, además de la falta de coordinación entre los dos textos normativos, éstos propugnan dos lógicas diferentes: por un lado, el artículo 4 del ET se ocupa de regular y establecer límites a la instalación y el uso de instrumentos de control; por otro, el *Codice della Privacy* regula el tratamiento de datos. No cabe duda, en efecto, de que la adquisición de información mediante instrumentos de trabajo constituye una forma de recogida de datos personales de los trabajadores que ciertamente entra, en virtud del artículo 4, apartado 1º, letra a), del *Codice della Privacy*, dentro de la noción de “tratamiento”.⁴⁶

⁴² CARINCI, María Teresa: “Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito”, cit., p. 6.

⁴³ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2015, p. 589.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ CARINCI, María Teresa: “Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito”, cit., p. 4.

⁴⁶ CARINCI, María Teresa: “Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito”, cit., p. 4.

El artículo 4 del ET *anterior a la reforma* no regulaba el tratamiento posterior de los datos adquiridos por control remoto, ni siquiera en presencia de equipos legítimamente instalados. En este sentido, el legislador estatutario dejó que los dos textos normativos “gravitaran en sus respectivos ámbitos, sin desarrollar interacciones particulares”.⁴⁷ Como ya se ha mencionado, estas innovadoras herramientas de vigilancia permiten al empresario, a través, por ejemplo, de la lectura de los correos electrónicos, el examen de las páginas web visitadas o la comprobación de los lugares a los que ha acudido el empleado mediante el GPS instalado en el vehículo de empresa, reconstruir la actividad realizada por el empleado durante el horario laboral. Ello supone un acceso indiscriminado a la *intimidad* del trabajador y el tratamiento de una pluralidad de datos sensibles del trabajador a través de los cuales el empresario puede también adquirir información sobre la persona del trabajador.⁴⁸ Por lo tanto, han surgido nuevos supuestos que hacen aflorar nuevos intereses en juego dignos de protección y, en particular, la necesidad del trabajador de ser protegido en su ámbito inviolable de intimidad cuando se utilizan instrumentos que permiten un control especialmente omnipresente, como las herramientas tecnológicas.

Debemos apuntar, por último, que las disfuncionalidades advertidas en la aplicación de la regulación jurídica del control a distancia obedecen también a causas no relacionadas con el devenir tecnológico sino a las dinámicas advertidas en las partes de la relación de trabajo. Ciertamente, no se puede ignorar la consolidación en la práctica de un comportamiento poco proactivo de empresas y sindicatos. Las empresas, por un lado, no iniciaban negociaciones para la celebración de un acuerdo con arreglo al artículo 4.2 del ET; los sindicatos, por otro lado, no mostraban ningún particular descontento y confrontación por estas omisiones; de suerte que, las negociaciones muchas veces no se producían o si se desarrollaban no resultaban fáciles de gestionar. En esta dinámica, paradójicamente, el trabajador individual podía incluso beneficiarse de esta inercia, dado que, si éste había cometido una falta disciplinaria, incluso muy grave, las pruebas de la misma obtenidas con los sistemas de control a distancia no podían ser utilizadas por el empresario para demostrar su responsabilidad ante los tribunales, ya que se adquirirían mediante un control que no se ajustaba a las previsiones del artículo 4.2 del ET. Es por ello que la doctrina llegó a afirmar que el precepto estatutario en lugar de proteger el interés de los trabajadores sometidos a controles a distancia en cuanto a su privacidad parecía casi exaltar, por el contrario, su utilización como “escudo individual” para contrarrestar las medidas disciplinarias adoptadas por el empresario.⁴⁹

⁴⁷ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit. p. 77.

⁴⁸ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695; ZILIO GRANDI, Gaetano y PETTINELLI, Roberto: “A 50 anni dallo Statuto. «El artículo 4 ha muerto. Viva l’art. 4!»”, cit., pág. 65.

⁴⁹ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546.

3.2.4. El “remedio” jurisprudencial de los llamados “controles defensivos”: breve excursus de las sentencias más significativas

Las aporías inherentes al artículo 4 del ET fueron, en parte, subsanadas por la jurisprudencia mediante la creación de los denominados controles defensivos, que resultaron necesarios para hacer frente a las preclusiones probatorias que, de otro modo, se derivaban de la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 4 del ET.⁵⁰ El denominado control defensivo se trata de una categoría elaborada por la jurisprudencia para conciliar la necesidad del empresario de controlar el uso que el trabajador hace de la herramienta de la empresa con la protección de la dignidad y la privacidad del trabajador.⁵¹ Esta categoría, hasta la reforma del artículo 4 del ET por el *Jobs Act*, llenaba en cierta medida el vacío de protección relativo al control a distancia realizado con el fin de proteger los activos de la empresa. De hecho, la elaboración de esta categoría ha permitido a la jurisprudencia afirmar la inaplicabilidad a los controles defensivos del artículo 4 del ET y de los límites que de él se derivan y, por tanto, la consiguiente legitimidad de que tales controles tengan por objeto no solo la actividad laboral, sino posibles conductas ilícitas del trabajador durante la prestación del servicio,⁵² calificables como ilícito extracontractual.

La consecuencia directa, sin embargo, de la declaración de legitimidad de estos controles fue el reconocimiento implícito de la facultad del empresario de realizar controles encubiertos. En efecto, no existía ninguna posibilidad de establecer la legitimidad de dichos controles antes de su realización efectiva.⁵³ Si el control no sacaba a la luz la irregularidad del trabajador, dicho control permanecería desconocido e impune; en cambio, si el control sacaba a la luz la irregularidad del trabajador, éste se revelaba cuando el empresario utilizaba la información así adquirida contra el trabajador con fines probatorios, y el control oculto resultaría “legítimo a posteriori”.⁵⁴

Se construyó entonces una triple distinción en lo referido a las posibles modalidades de control, a saber: a) los controles a distancia destinados a supervisar el rendimiento laboral, que seguían estando prohibidos en virtud del artículo 4.1 del ET; b) los denominados controles “*preterintenzionali*”, que se permiten en las condiciones establecidas en el artículo 4.2 del ET; c) los controles defensivos destinados a averiguar un posible comportamiento ilícito del trabajador, que constituyen un caso intermedio entre la prohibición absoluta establecida en el apartado 1º del artículo 4 ET y los casos de admisibilidad contemplados en el apartado 2º del artículo 4 del ET. No obstante, los controles

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421-2695; DI PAOLA, Lauigi: “Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali”, cit., pp. 173-196.

⁵² MARESCA, Arturo: *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 ET*, cit., pp. 513, 546.

⁵³ ZOLI, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, cit., p. 501.

⁵⁴ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., p. 77; TULLINI, Patrizia: “Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2009, p. 329.

defensivos representaron y representan una categoría difícil de difícil delimitación, ya que no siempre es fácil distinguir entre la vigilancia permitida de la conducta ilícita del trabajador, justificada por la necesidad de proteger el patrimonio de la empresa, y la vigilancia prohibida dirigida a controlar la realización exacta del servicio, que se traduce en una injerencia indebida en la esfera íntima del trabajador.⁵⁵

El Tribunal de Casación italiano en la importante sentencia nº 4746/2002, de 3 de abril, afirmó la exclusión total del ámbito de aplicación del artículo 4 del ET de los controles destinados a reprimir cualquier comportamiento ilícito, incluso contractual, del empleado. En consecuencia, el empresario no estaba obligado a obtener una autorización previa para el ejercicio del control a distancia y la información así recogida era plenamente utilizable. Así pues, la jurisprudencia incluyó también entre los controles defensivos los destinados a verificar cualquier incumplimiento contractual del trabajador.

Desde el principio, la jurisprudencia dominante sobre el control defensivo discrepó de la solución inicialmente adoptada en la citada sentencia de 2002. El Tribunal de Casación volvió sobre sus pasos y cambió de orientación en la sentencia nº 15892/2007, de 17 de julio, afirmando la imposibilidad de excluir de plano los controles defensivos del ámbito de aplicación del artículo 4 del ET, a fin de evitar que la necesidad del empleador de reprimir conductas ilícitas justifique la cancelación total de cualquier forma de protección de la libertad, la dignidad y la intimidad del trabajador. De esta forma el Tribunal de Casación, en primer lugar, confirmó la exclusión del ámbito de aplicación del artículo 4 del ET de los controles defensivos destinados a detectar conductas ilícitas de los trabajadores capaces de poner en peligro “bienes ajenos a la relación laboral”; y, en segundo lugar, sancionó indirectamente que el uso de la información adquirida, incluso con fines disciplinarios, sólo estuviera permitido en caso de que existiera un acuerdo con la representación de los trabajadores y, en su defecto, una autorización administrativa previa.⁵⁶

A esta sentencia siguió otra, la STCass nº 4375/2010, de 23 de febrero, en la que el Tribunal de Casación declaró inservible a efectos probatorios la información que atestiguaba el acceso injustificado a internet del trabajador en horas de trabajo. No obstante, el valor de este pronunciamiento se encuentra en que expresamente se admite también la posibilidad de llegar a una conclusión distinta que llevaría a reconocer la legitimidad del control efectuado y la consiguiente utilidad de la información recabada, si dicho control a través de accesos a los registros de internet se pudiera vincular a la existencia de una posible afectación, por el uso de las herramientas tecnológicas, de un bien ajeno a la relación laboral poniendo en peligro el patrimonio de la empresa.

⁵⁵ RICCOBONO, Alessandro: “Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, nº 458, 2022, pp. 30 y ss., donde el autor subraya la imposibilidad de que un ilícito extracontractual no integre al mismo tiempo una negligencia en el cumplimiento contractual.

⁵⁶ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., p. 77; ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695.

Precisamente sobre la base de este requisito, en la sentencia n° 2722/2012, de 23 de febrero, el Tribunal de Casación, que resolvió el despido “por justa causa” de un directivo de una entidad bancaria por haber sido responsable de la divulgación por correo electrónico a terceros de información confidencial sobre un cliente, habiendo realizado además, aprovechándose del contenido de la información, determinadas operaciones financieras de las que se había beneficiado personalmente, afirmó la legitimidad de la vigilancia por el empleador de los correos electrónicos del empleado, en primer lugar, porque no estaba sujeta a los límites establecidos en el artículo 4 del ET y, en segundo lugar, porque estaba justificada por el hecho de que el empleador tenía sospechas de conductas irregulares sobre el empleado en cuestión.

En la Sentencia n° 16622/2012, de 1 de octubre, sólo unos meses después, apartándose de la ya mencionada sentencia n.° 15892/2007, el Tribunal de Casación sancionó la imposibilidad de utilizar con fines disciplinarios la información recabada a través de un control defensivo, aunque el empresario hubiera obtenido autorización sindical o administrativa. El asunto versaba sobre el despido de un teleoperador basado en el hecho de que, mediante un programa informático, el empresario detectó que realizaba innumerables llamadas personales en horario laboral. El Tribunal Supremo afirmó que “la prohibición de los controles a distancia ex art. 4, del l. n° 300 de 1970, implica, por tanto, que los controles defensivos realizados con el sistema informático Bluès 2002, entran en el ámbito de aplicación del l. n° 300 de 1970, art. 4, apartado 2°, y, siempre que se respeten las garantías procedimentales previstas, no pueden incidir en la esfera de la prestación laboral de los trabajadores individuales; cuando existe injerencia en esta última, y el empresario no ha adoptado sistemas de filtrado de las llamadas telefónicas que no permitan, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1°, localizar la identidad del trabajador, los datos correspondientes no pueden utilizarse para probar el incumplimiento del contrato por el propio trabajador”.

En el contexto de este breve examen de las orientaciones jurisprudenciales sobre el tema de los controles defensivos que se han sucedido en el tiempo, debemos mencionar la STCass n° 10955/2015, de 27 de mayo, en la que se dio respuesta a un despido ordenado por el empleador contra un empleado que utilizó las redes sociales durante el horario de trabajo; conocimiento de los hechos imputados que la empresa obtuvo mediante la creación de un perfil femenino falso utilizado para chatear con la empleada en horario laboral; declarando la legitimidad del control a distancia efectuado, en la medida en que se dirigía a constatar la comisión de una supuesta conducta ilícita por parte de la empleada, que una vez acreditada se derivó en su despido.⁵⁷

La incertidumbre y la falta de una clara evolución de la orientación jurisprudencial a lo largo de los años han sido constatadas desde el principio por la doctrina que, por diversas razones, se ha mostrado más prudente a la hora de identificar los controles defensivos como una categoría autónoma. Entre las razones de este posicionamiento doctrinal se

⁵⁷ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit. p. 77.

encontraba, en primer lugar, la amplia locución utilizada por el artículo 4.1 ET, es decir, “*attività dei lavoratori*”, que le permitía incluir la conducta global del trabajador en el lugar de trabajo, y, en consecuencia, también los controles defensivos;⁵⁸ en segundo lugar, porque un control destinado a averiguar una conducta ilícita permitiría inevitablemente una comprobación concomitante de la correcta realización del trabajo.⁵⁹ Por lo tanto, era difícil distinguir entre controles defensivos y controles de la actividad laboral y, en consecuencia, existía el riesgo de que cualquier control del trabajador se considerara defensivo.⁶⁰ Consideración confirmadas por la jurisprudencia en materia de control de la actividad de los trabajadores que ha excluido del ámbito de aplicación del antiguo artículo 4 del ET, por ejemplo el control efectuado por el empresario sobre los datos registrados por el GPS instalado en el vehículo de empresa de un trabajador que varias veces, en horas de trabajo, había acudido a lugares de interés personal y no relacionados con el trabajo; o la extracción del historial de sitios web visitados en horas de trabajo, de la que resultaba que el trabajador había consultado sitios de internet no relacionados con su trabajo.⁶¹

Los casos que se acaban de exponer son sólo algunos ejemplos de hechos que demuestran cómo un control realizado para constatar una conducta ilícita se traduce inevitablemente también en un control directo sobre la actividad laboral, dando así testimonio de las aporías de la teoría de los controles defensivos desarrollada por la jurisprudencia. No es de extrañar que una de las finalidades perseguidas por la reforma del artículo 4 del ET introducida por el *Jobs Act*, fuera abordar la cuestión abierta de los controles defensivos, incluso mediante la introducción de la “protección de los activos de la empresa” entre los motivos que vendrían a justificar el control a distancia de las actividades de los trabajadores.⁶²

3.3. La reforma introducida por la *Jobs Act*: perfiles de continuidad y discontinuidad con la regulación anterior

El artículo 4 del ET, tal y como estaba estructurado en la normativa anteriormente reseñada, se antojaba cuando menos insuficiente ante la evolución tecnológica que estaba afectando transversalmente a todo el mundo del trabajo.⁶³ La reforma del artículo 4 del

⁵⁸ LAMBERTUCCI, Pietro: “Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a “distanza” tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. *Jobs Act*)”, cit.

⁵⁹ ZOLI, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, cit., p. 491.

⁶⁰ AMOROSO, Giovanni, DI CERBO, Vincenzo, MARESCA, Arturo: *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 47 y ss.

⁶¹ RICCOBONO, Alessandro: “Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, n° 458, 2022, cit., pp. 31 y ss.

⁶² *Ibid.*

⁶³ LEVI, Alberto: “La ridefinizione dell’assetto regolativo dei controlli a distanza. Quale tassello di una più complessiva riforma del diritto del lavoro”, en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pp. 1-20.

ET operada en virtud del mandato contenido en la Jobs Act –independientemente del mayor o menor acierto de la nueva configuración introducida– representó, en este sentido, el reconocimiento de la necesaria reforma del precepto estatutario con la finalidad de responder a las nuevas realidades que iban surgiendo con la intensificación del desarrollo tecnológico. Al respecto hay quien no deja de subrayar cómo el ordenamiento jurídico italiano se ha caracterizado a menudo por una mayor dificultad y tardanza en la transposición de los cambios que afectan al mercado de trabajo, posicionándose así –junto con el español– entre los ordenamientos jurídicos más conservadores respecto a tal proceso de modernización e informatización.⁶⁴

La Ley n.º 183/2014, de 10 de diciembre, aprobada bajo el Gobierno Renzi, otorgó al Gobierno la delegación para proceder a una reforma que modernizara el Derecho italiano en línea con la normativa europea y los convenios internacionales, entre cuyos objetivos, previsto en el artículo 1.7 f) estaba “la revisión de la disciplina de los controles a distancia a través de equipos e instrumentos de trabajo, teniendo en cuenta la evolución tecnológica y conciliando las exigencias productivas y organizativas de la empresa con la tutela de la dignidad y privacidad del trabajador”. La delegación fue ejecutada por el Gobierno con la adopción de ocho decretos legislativos y un decreto de corrección de errores, haciendo referencia expresa al objetivo consagrado en la ley habilitante en el artículo 1.7 f) como criterio rector de la reforma, lo que demuestra la voluntad no sólo de renovar el art. 4 del ET, sino también de excluir de su ámbito de aplicación –especialmente del procedimiento contemplado en el apartado 2º de la versión original del citado precepto estatutario– a los “instrumentos de trabajo” entregados al trabajador de los que, en virtud de sus características técnico-funcionales, pudiera derivarse también la posibilidad de control a distancia, tanto sobre la realización de la prestación laboral como sobre la persona del trabajador.⁶⁵ En lo atinente al artículo 4 del ET, La delegación fue ejercida por el artículo 23 del Decreto Legislativo núm. 151/2014, de 14 de septiembre, relativo a las disposiciones para la racionalización y simplificación de los procedimientos y obligaciones de los ciudadanos y las empresas y otras disposiciones relativas a las relaciones laborales y la igualdad de oportunidades, uno de los decretos de desarrollo del *Jobs Act*, que intervino en la regulación del control a distancia reformando íntegramente el artículo 4 del ET.

La reforma introdujo importantes innovaciones respecto de la anterior disciplina,⁶⁶ preservando el objetivo de garantizar un adecuado equilibrio entre las facultades del empresario y los derechos constitucionalmente protegidos de los trabajadores. El análisis de la nueva configuración del artículo 4 del ET permite adelantar ya al menos tres aspectos

⁶⁴ TROJSI, Anna: “Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del Lavoro dell’era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori”, en *Biblioteca “20 Maggio”-Volumenes Colectivos*, 2022, pp. 91-94.

⁶⁵ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4a dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589.

⁶⁶ MARESCA, Arturo: “Jobs Act, how to reconcile power of control and protection of worker dignity and privacy”, en *Forum Tuttolavoro*, Ipsoa, 2016.

que ponen de relieve los elementos de continuidad y discontinuidad con respecto a la redacción anterior. Un primer perfil, que se sitúa en una perspectiva de continuidad con la versión anterior a la reforma, se refiere a la previsión de límites específicos destinados a circunscribir el ejercicio del poder de control del empresario. Por otra parte, la nueva versión difiere de la anterior en que ya no considera que el acuerdo sindical previo a la instalación de los instrumentos sea condición suficiente para proteger la privacidad del trabajador, sino que exige, en primer lugar, como se expondrá con más detalle a continuación, que el trabajador sea informado adecuadamente de la forma en que se utilizarán los instrumentos y se llevarán a cabo los controles y, en segundo lugar, que el control a distancia se realice respetando las disposiciones del *Codice della privacy*. Por último, la nueva versión aclara las condiciones en las que puede utilizarse la información recogida mediante control remoto, aspecto sobre el que la versión original del artículo 4 del ET guardaba silencio.⁶⁷

El nuevo texto del art. 4 ET se estructura en tres apartados en lugar de los cuatro con los que contaba la versión original.⁶⁸ En el primer apartado se establece que “los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los que se derive también la posibilidad de seguimiento a distancia de las actividades de los trabajadores podrán utilizarse exclusivamente para necesidades organizativas y de producción, para la seguridad en el trabajo y para la protección de los bienes de la empresa, y podrán instalarse con sujeción a un convenio colectivo estipulado por la representación sindical unitaria o por los representantes sindicales de la empresa. Alternativamente, en el caso de empresas con unidades de producción situadas en diferentes provincias de la misma región o en varias regiones, dicho acuerdo puede ser celebrado por los sindicatos comparativamente más representativos a nivel nacional. A falta de acuerdo, las instalaciones e instrumentos a que se refiere la primera frase podrán instalarse previa autorización de la sede territorial de la Inspección Nacional del Trabajo o, alternativamente, en el caso de empresas con unidades productivas situadas en las zonas de competencia de varias oficinas territoriales, de la sede de la Inspección Nacional del Trabajo. Las medidas a que se refiere la tercera frase serán definitivas”.

En el segundo apartado se efectúa una excepción a la regla general en tanto en cuanto se señala que “no se aplicará a los instrumentos utilizados por el trabajador para realizar el trabajo ni a los instrumentos para registrar el acceso y la asistencia”.

Cerrándose el precepto con la previsión relativa a que “la información recogida en virtud de los apartados 1 y 2 podrá utilizarse para todos los fines relacionados con la relación laboral siempre que se proporcione al trabajador información adecuada sobre cómo utilizar las herramientas y realizar los controles y en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Legislativo nº 196, de 30 de junio de 2003[el *Codice della privacy*]”.

⁶⁷ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

⁶⁸ Véase DI PAOLA; Luigi: *Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali*, cit., pp. 31-61; LANOTTE, Massimo: “La ridefinizione dei limiti al potere di controllo a distanza”, en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pp. 21-51.

3.3.1. ¿Derogación o potenciación de la prohibición de uso de los instrumentos de control a distancia?

Un primer aspecto a destacar es que el apartado 1º del artículo 4 del ET ha procedido a derogar la prohibición general de utilizar instrumentos tecnológicos para controlar a distancia las actividades de los trabajadores. A primera vista, podría parecer que la supresión de esta prohibición iría en detrimento de los trabajadores, otorgando al empresario una mayor libertad para realizar controles a distancia. De hecho, tanto la doctrina como los sindicatos han criticado este cambio desde el principio. Ante ello, fue necesaria la intervención del Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, que negó la liberalización de los controles y aclaró que el objetivo de la reforma era, en cambio, “clarificar el concepto de instrumentos de control remoto y los límites de uso de los datos recogidos a través de estos instrumentos, en línea con las indicaciones que el Garante de la Privacidad ha proporcionado en los últimos años”.⁶⁹

La doctrina científica⁷⁰ ha señalado la posibilidad de derivar indirectamente la prohibición derogada del nuevo artículo 4.1 del ET, que en todo caso exige la observancia de especiales cautelas en la utilización por el empresario de instrumentos idóneos, por sus características técnico-funcionales, para permitir el control a distancia de la actividad de los trabajadores.⁷¹ A este respecto, se considera que la intención del legislador italiano no ha sido liberalizar la facultad de control a distancia del empresario, cuyo ejercicio sólo está permitido en todo caso para los fines expresamente sancionados por la ley. Se trata más bien de un cambio de enfoque por parte del legislador, quien, con el fin de flexibilizar la legislación ante futuros desarrollos tecnológicos, en lugar de regular los supuestos prohibidos, aclara cuáles son las autorizadas, sustituyendo la prohibición originaria por un permiso.⁷² No es distinto el posicionamiento de la jurisprudencia italiana dado que la STC n° 25732/2021, de 22 de septiembre, afirma que, incluso tras la reforma, “el control como fin en sí mismo, eventualmente dirigido a constatar el incumplimiento del trabajador, sigue estando prohibido”.

De la nueva configuración jurídica del poder de control a distancia contenida en el artículo 4 del ET, debemos realizar una serie de consideraciones. Por un lado, el primer apartado se refiere a “los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los que

⁶⁹ Circular del Ministerio de Trabajo y Política Social de 18 de junio de 2015.

⁷⁰ En este sentido, SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589; PISANI, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, en PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022, pp. 439 y ss., afirma que el uso de equipos que tengan la función exclusiva de controlar a distancia a los trabajadores, el denominado “control por sí mismo”, debe considerarse siempre prohibido.

⁷¹ Ver EMILIANI, Simone Pietro: “Il ruolo del sindacato nella disciplina dei controlli sul lavoratore”, en PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana: *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milán, 2022, pp. 613 y ss.

⁷² RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, in *Labour & Law Issues*, vol. 2, n° 2, 2016, pp. 2421 y ss.

también se derive la posibilidad de controlar a distancia las actividades de los trabajadores”. Se reintroduce así la categoría de los denominados controles “preterintenzionali”, anteriormente regulados en el apartado 2º del artículo 4 del ET, categoría relativa a los controles a distancia no destinados a controlar la actividad laboral, pero justificados por necesidades objetivas del empresario,⁷³ lo que supone, indirectamente, la prohibición de que el empresario utilice equipos e instrumentos destinados directa y exclusivamente a controlar la actividad laboral.

En segundo término, lo que se desprende de una primera lectura del nuevo apartado 1º del artículo 4 del ET es un cambio léxico evidente consistente en la sustitución del término “equipo” por “instrumento”. Se considera que este cambio garantiza una mayor apertura interpretativa, ya que el nuevo término utilizado resulta más adecuado, sobre todo desde una perspectiva de *iure condendo*, para incluir en el ámbito de aplicación de la disposición examinada todo posible y eventual avance tecnológico.⁷⁴

En tercer lugar, el ámbito de aplicación del apartado 1º del artículo 4 del ET es más amplio tras la reforma en virtud del uso del adverbio “también”, con el que el legislador se refiere a los instrumentos en los que su funcionalidad de control no sea el objetivo principal perseguido por estos, contrariamente a la versión *anterior a la reforma*, que prohibía el uso de instrumentos cuyo único objetivo fuera el control directo de las actividades de los trabajadores. En otras palabras, mientras que la antigua prohibición general sólo abarcaba los instrumentos de control, hoy en día el nuevo primer apartado del artículo 4 del ET se aplica a todos los instrumentos de los que “también” pueda derivarse el control a distancia,⁷⁵ con excepción de los contemplados en el segundo apartado que son los instrumentos de trabajo.

De este modo se delinea un primer límite a la facultad de control a distancia del empresario, dado que ésta facultad deberá ser siempre instrumental y estar justificada. En efecto, aun manteniendo en términos generales los requisitos previstos en el apartado segundo anterior, la nueva redacción del apartado primero somete también a dos condiciones acumulativas la utilización de equipos o instrumentos de los que pueda derivarse el control a distancia de la actividad laboral. Dado que las dos condiciones se reputan acumulativas, la ausencia de una de las dos no permite la realización de los controles a distancia contemplados en el artículo 4.1 del ET, aunque, por ejemplo, el acuerdo sindical se hubiera celebrado.⁷⁶

La primera es una condición de carácter finalista al requerirse la existencia de una de las necesidades específicas de la empresa expresamente enumeradas por la norma:

⁷³ VENEZIANI, B.: “Commentario al art. 4”, en Giunti, G. (ed.): *Lo Statuto dei Lavoratori, Commentario*, Giuffrè, Milán, 1979, pp. 17, 32.

⁷⁴ D’ANDREA, Luca y MORICONI, Engles: “Controlli a distanza: la disciplina prima e dopo la riforma”, cit., pp. 573 y ss.

⁷⁵ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

⁷⁶ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546.

necesidades de organización y producción o seguridad en el trabajo, a las que se añade el reconocimiento de la necesidad de proteger también los bienes de la empresa, es decir, de evitar, por ejemplo, cualquier acto de daño, vandalismo, robo, hurto. Con respecto a la necesidad de proteger los activos de la empresa, sólo adquiere relevancia la conducta de los trabajadores que no esté relacionada en modo alguno, ni siquiera indirectamente, con el desempeño de su actividad laboral.⁷⁷ Tales necesidades delimitan, no tanto lo que puede ser objeto de control, sino las razones que justifican el ejercicio de la facultad de control a distancia del empresario y, por tanto, la instalación de equipos audiovisuales u otros instrumentos que sean necesarios.⁷⁸ La segunda condición, a la que está sujeta la instalación de instrumentos de los que también se deriva la posibilidad de control, es de carácter procedimental y consiste en la necesaria celebración de un convenio colectivo previo con los representantes sindicales unitarios o con los representantes sindicales de empresa; en ausencia de convenio que lo prevea, es necesario obtener la autorización de la Inspección de Trabajo.

La ampliación del ámbito de control permitido, lograda gracias a la inclusión de la protección del patrimonio empresarial entre los presupuestos justificativos, ha permitido incluir en el ámbito de aplicación de la norma en cuestión, también los denominados controles defensivos, superando así la orientación jurisprudencial que sustraía tales controles del perímetro aplicativo del artículo 4 del ET antes de la reforma de éste. Orientación esta última a la que, como ya se ha expuesto, la doctrina siempre se ha opuesto, considerando que no existe referencia normativa expresa para amparar la antecitada interpretación jurisprudencial.⁷⁹ El corolario de ello es la necesidad de concluir que resulta necesario, incluso para los llamados controles defensivos realizados por razones de protección del patrimonio empresarial, el acuerdo sindical previo o de obtener la autorización administrativa, generando un endurecimiento, en comparación con la versión anterior a la reforma de las condiciones necesarias para legitimar el ejercicio del poder de control por parte del empresario.⁸⁰

3.3.2. La reforma de los procedimientos de negociación y de autorización

Otro de los aspectos que han sido objeto de la acción reformista del legislador es el relativo al acuerdo sindical y, en defecto de éste, a la autorización administrativa necesarias

⁷⁷ EMILIANI, Simone Pietro: “Il ruolo del sindacato nella disciplina dei controlli sul lavoratore”, cit., pp. 616 y ss.

⁷⁸ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546.

⁷⁹ LAMBERTUCCI, Pietro: “I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l’attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 3, 2016, pp. 514 y ss.

⁸⁰ MAIO, Valerio “I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale”, en PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana: *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022, pp. 412 y 417.

para que puedan instalarse legítimamente en las empresas sistemas u otros instrumentos de los que también pueda derivarse la posibilidad de control a distancia.

En primer lugar, por lo que se refiere al procedimiento de negociación sindical, en comparación con la versión anterior, las comisiones internas han sido sustituidas por la representación sindical unitaria interna de la empresa (RSU) o, a falta de esta última, por los representantes sindicales de empresa (RSA), como sujetos con los que se puede concluir el acuerdo si son los únicos presentes en la empresa o representan a una mayoría. Se trata, sin duda, de un cambio significativo que, sin embargo, no parece haber alterado la opción de política legislativa que caracterizaba la versión original de la disposición. El legislador, tras la reforma, confirma la voluntad de confiar la concesión de la autorización a personas que tengan un conocimiento directo y profundo de la realidad empresarial individual, para poder contrarrestar, de la manera más adecuada y en relación con las necesidades específicas de cada contexto productivo individual, la necesidad de proteger, por un lado, la libertad y la dignidad de los trabajadores, y, por otro lado, las necesidades de los empresarios, por otra.

Una primera cuestión respecto de la cual la norma guarda silencio se refiere al quórum necesario para la celebración del acuerdo con la representación de los trabajadores. El art. 4.1 del ET no regula si es necesaria la unanimidad, debe alcanzarse al menos con la mayoría de los representantes sindicales o si es suficiente con que el acuerdo sea suscrito incluso por un solo RSA o RSU. La doctrina considera adecuado aplicar el principio mayoritario, especialmente porque permite evitar cualquier comportamiento obstruccionista por parte de los sindicatos minoritarios o de cada sindicato individual dado que, si se exigiera la unanimidad, se estaría reconociendo un poder de veto total.⁸¹

Una segunda duda interpretativa se plantea en torno a la eficacia subjetiva del acuerdo con la representación de los trabajadores. Dado que la nueva configuración del artículo 4 del ET no ofrece ningún elemento innovador respecto a la regulación precedente, debe mantenerse la opinión mayoritaria de la doctrina italiana respecto de la versión anterior, según la cual la eficacia no se limita a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales firmantes, sino que se extiende a todos los trabajadores empleados en las unidades productivas a las que se refiere el acuerdo.

Finalmente una tercera duda se planteó en relación con la posible eficacia de los acuerdos sobre control a distancia previamente celebrados a la entrada en vigor, especialmente los concluidos por comisiones internas y aún vigentes en el momento de la reforma legislativa, sobre los que la norma guarda silencio. Se ha afirmado, por un lado, la vigencia continuada de tales acuerdos hasta su expiración, cuando son de duración determinada, o hasta la entrada en vigor de la modificación legal en el caso de acuerdos de duración indefinida, en virtud del principio *tempus regit actum*; y, por otro, la razonable imposibilidad de que las comisiones internas, una vez sustituidas, pudieran proceder a su revisión.⁸² La pauta interpretativa más plausible sería la de mantener la vigencia de

⁸¹ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695.

⁸² MAIO, Valerio: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 1189 y ss.

dichos acuerdos siempre que pudieran acomodarse a la nueva regulación contenida en el artículo 4 del ET; en caso contrario, deberían entenderse decaída su vigencia en favor de la regulación legal, lo que obligaría a negociar un nuevo acuerdo.⁸³ En este sentido, por ejemplo, si el acuerdo celebrado anteriormente no permitía el uso con fines disciplinarios de la información recabada por los instrumentos de control a distancia, para poder hacer pleno uso de la nueva previsión contenida en el apartado 3º del artículo 4 del ET –que sanciona el uso de dicha información para todos los fines relacionados con la relación laboral–, el empresario debe rescindir el acuerdo e iniciar un procedimiento de renegociación con los representantes sindicales.

La principal novedad se refiere a la simplificación introducida en el caso de las empresas “*multilocale*”, es decir, aquellas con varias sucursales en distintas provincias o regiones, que adoptan los mismos sistemas de control remoto en diferentes unidades de producción. El legislador ha querido garantizar el mismo trato a todos los trabajadores de una misma empresa, cualquiera que sea la ubicación geográfica de la unidad de producción en la que trabajen, superando la práctica anterior que exigía un acuerdo sindical para cada unidad de producción distinta. El nuevo artículo 4.1 ET regula, de hecho, que en tales casos el acuerdo podrá celebrarse también con las “asociaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional”,⁸⁴ organismos que sin duda permiten garantizar la mejor persecución del interés colectivo. No obstante, aunque esta novedad se ha introducido para obviar ciertas dificultades de aplicación del artículo 4 del ET, no parece estar totalmente en consonancia con la opción de política legislativa ya mencionada, ya que no son capaces de garantizar el equilibrio correcto de los intereses contrapuestos y de tener en cuenta adecuadamente los requisitos específicos de cada contexto de producción individual al que se refiere el apartado 1º del artículo 4 del ET.

El acuerdo con la representación de los trabajadores deberá precisar las exigencias organizativas, de producción, de seguridad del empleo o de protección del patrimonio de la empresa que justifiquen, en el caso concreto, la legítima realización del control a distancia. Los sindicatos también podrán plantear modalidades particulares de utilización del instrumento o posibles limitaciones. Aunque se ha planteado la posibilidad de admitir que el acuerdo sindical pueda celebrarse tácitamente, el Tribunal de Casación, en su sentencia n.º 9904/2016, de 13 de mayo, ha sancionado el necesario cumplimiento de la forma escrita.

En ausencia de acuerdo con la representación de los trabajadores, para comprobar la existencia de las necesidades empresariales que justifican la instalación de los instrumentos de control, el empresario podrá presentar una solicitud ante un órgano administrativo, a saber, la Inspección de Trabajo, con el fin de obtener la autorización. La

⁸³ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513 y 546, quien considera que los acuerdos sindicales celebrados bajo el supuesto de vigencia del antiguo texto del art. 4 del Estatuto de los Trabajadores deben considerarse extinguidos, pues constituían un cumplimiento debido a la norma originariamente vigente.

⁸⁴ RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., pp. 2421 y ss.

expresión “*en su defecto*” utilizada por el legislador en el nuevo texto del apartado 1º del artículo 4 del ET deja claro que la autorización administrativa no puede ser una alternativa a la negociación con la representación de los trabajadores. El empresario sólo puede presentar la solicitud al órgano administrativo en caso de que no se alcance un acuerdo sindical. Dicho acuerdo puede no alcanzarse debido a la ausencia de representantes autorizados para celebrarlo, o existiendo éstos se niegan a celebrarlo, por ejemplo, por discrepar sobre el contenido ofertado por el empresario.⁸⁵ Por lo tanto, es necesario y obligatorio intentar una negociación previa con la representación de los trabajadores. Por este motivo, el empresario debe adjuntar siempre a la solicitud presentada ante el órgano administrativo la falta de acuerdo o la documentación que acredite que se ha convocado a los representantes sindicales; salvo en los supuestos de empresas que no superen los 15 trabajadores y carezcan de representantes de los trabajadores, en cuyo caso deberán necesariamente solicitarlo directamente a la Inspección de Trabajo.

El órgano administrativo competente para conceder la autorización y ante el que debe presentarse la solicitud del empresario es la jefatura territorial de la Inspección Nacional de Trabajo. Por lo que respecta, en cambio, a las empresas “*multilocale*”, el artículo 4.1 ET ha introducido una novedad, a saber, la posibilidad de solicitar la expedición de una autorización única a la sede de la Inspección Nacional de Trabajo.⁸⁶

En la redacción de la solicitud que debe presentarse para obtener la autorización, el empresario debe especificar las indicaciones técnicas y la forma en que se instalarán los equipos de control, a fin de que el órgano administrativo pueda comprobar la existencia de las necesidades empresariales específicas que lo justifiquen. La instalación también debe ajustarse a los principios de proporcionalidad y necesidad. En caso contrario, la Inspección deberá motivar siempre la denegación, para permitir al empresario adaptarse a las indicaciones facilitadas y, en su caso, presentar una nueva solicitud.

De importante trascendencia resulta tener claro, por un lado, que la concesión de la autorización debe preceder siempre a la instalación del equipo, de suerte que cualquier acuerdo o autorización obtenida *a posteriori* no otorga validez a la instalación del instrumento de control, ni siquiera cuando el equipo sólo se ha instalado y aún no se ha puesto en funcionamiento; y, por otro lado, que el preaviso dado a los trabajadores tampoco exime al empresario de obtener la solicitud.⁸⁷

Otra novedad se refiere a la derogación en el artículo 4 de la ET de la previsión, contenida en cambio en la redacción anterior, que atribuía a la Inspección de Trabajo la función de dictar las disposiciones necesarias para la adecuación de las instalaciones a la normativa y los procedimientos para su utilización. Por tanto, si bien los sindicatos podrán legítimamente limitar el uso de los datos adquiridos o dictar otras medidas

⁸⁵ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546; RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., pp. 2421 y ss.

⁸⁶ Para ser exactos, la referencia a dicho órgano fue incluida en el artículo 4.1 ET posteriormente por el decreto corrector del Jobs Act, Decreto Legislativo nº 185/2016, de 24 de septiembre.

⁸⁷ *Ibid.*

correctoras, la falta de previsión expresa de tal facultad en la nueva redacción impide a las Delegaciones Territoriales y a la Inspección Nacional de Trabajo dictar disposiciones específicas en tal sentido.⁸⁸

En cuanto a la posible impugnación de la decisión administrativa, partiendo de la idea del legislador de otorgar firmeza a las medidas de la Inspección de Trabajo, excluyendo la posibilidad de recurso administrativo ante el Ministerio de Trabajo, como se desprende de la última frase del apartado 1º del artículo 4, se dispone que si los legitimados —es decir, el empresario en caso de denegación de la solicitud o los trabajadores individuales— consideran lesiva la medida dictada, sólo podrán recurrir en el plazo de 60 días ante el Tribunal Administrativo Regional, alegando los vicios típicos del acto administrativo.⁸⁹

3.3.3. El ámbito derogatorio del apartado segundo del artículo 4 del ET

Quizás el cambio más significativo introducido en el régimen jurídico del poder empresarial de control a distancia se encuentra en la nueva redacción del apartado 2º del artículo 4 del ET que al establecer que lo dispuesto en el apartado 1º “no se aplicará a los instrumentos utilizados por el trabajador para realizar el trabajo ni a los instrumentos para registrar el acceso y la asistencia”, supone una ruptura con el texto anterior, excluyendo del procedimiento de acuerdo y, en su defecto, de autorización a los “instrumentos utilizados por el trabajador para realizar su trabajo” y los “instrumentos de registro de acceso y presencia”.

Este cambio se había apuntado como necesario, como ya se ha señalado anteriormente, para evitar que el empresario tuviera que solicitar autorización o celebrar un acuerdo sindical cada vez que deseara equipar al trabajador con cualquier herramienta informática, so pena de sanción penal. Ahora se permite al empresario instalar y utilizar determinadas herramientas informáticas con independencia de la existencia de una de las tres finalidades reguladas por el primer párrafo, así como utilizarlas sin necesidad de obtener un acuerdo sindical o administrativo previo, siempre que dichas herramientas entren dentro de la noción de herramientas de trabajo o de registro de acceso y asistencia, constituyendo así la única excepción a las normas generales del apartado 1º del artículo 4 del ET.

El resultado de esta modificación no es tanto la exclusión de tales categorías de instrumentos de la prohibición, que se sigue considerando vigente, de utilizar instrumentos para el control a distancia de las actividades de los trabajadores, sino más bien la posibilidad de utilizar tales instrumentos con una finalidad primaria —a saber, desarrollar la prestación o el control y acceso— en los casos en que, debido a sus características

⁸⁸ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546. De otro modo, RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., justifica la no repetición sobre la base del deseo del legislador de evitar “superfetaciones”.

⁸⁹ MAIO, Valerio: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 1189 y ss.

técnico-funcionales, también permiten recoger información que también pueda utilizarse para controlar a distancia la realización de las actividades de los trabajadores. En definitiva, esta disposición representa simplemente la toma de conciencia por parte del legislador del hecho de que las herramientas de trabajo también pueden utilizarse como instrumentos de control, a veces sin que el propio trabajador sea consciente de ello.

En cualquier caso, existe un nexo causal entre la legitimidad de estos controles y las necesidades subyacentes que justifican su utilización, que queda garantizada esencialmente por la evaluación efectuada por el legislador *ex ante*, que –de hecho– sustituye al acuerdo sindical o a la autorización administrativa.⁹⁰ Lo anterior no es óbice para reconocer que el nuevo apartado 2º del artículo 4 del ET, al no exigir la obtención de un acuerdo o autorización, ha reducido el papel de las organizaciones sindicales respecto a este tipo de instrumentos. En el estado actual de las cosas, es efectivamente el legislador el que ha venido a establecer el equilibrio entre los intereses opuestos de empresarios y trabajadores, que antes se confiaba al procedimiento de negociación con los representantes de los trabajadores o a la autorización administrativa.⁹¹

Se perfila así un doble régimen en lo que respecta a la instalación de instrumentos electrónicos articulados en los dos primeros apartados del artículo 4 del ET. El primero es el establecido en el segundo apartado, que parece referirse a los instrumentos que permiten *in re ipsa* la recogida de información sobre las actividades de los trabajadores, ya que el control se activa en el mismo momento en que el empleado utiliza el instrumento para realizar su trabajo, por tratarse de instrumentos que son portadores inseparables de formas de control que en sí mismas se consideran justificadas y legítimas. El segundo régimen es el señalado en el apartado 1º, que se aplica a los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los que también pueda derivarse la posibilidad de control a distancia de la actividad de los trabajadores, que sólo podrán instalarse en presencia de los requisitos específicos previstos en la ley y previa celebración del acuerdo con la representación de los trabajadores u obtención de la autorización administrativa. Esta última es una regulación residual, en el sentido de que opera cuando no se cumple el supuesto contemplado en el apartado segundo.⁹²

No obstante, el principal problema interpretativo de la modificación operada por la reforma del apartado 2º del artículo 4 del ET se encuentra en la ausencia en la legislación de una definición de lo que debe entenderse como “instrumentos de trabajo”, lo que no permite identificar fácilmente los instrumentos a los que no se aplican las limitaciones del apartado 1º del artículo 4 del ET.

En un correcto entendimiento, para que una herramienta pueda ser catalogada como “instrumentos de trabajo” y entre en el ámbito de aplicación del artículo 4.2 del

⁹⁰ En tales casos, la justificación es, por así decirlo, *in re ipsa* PISANI, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, cit. pp. 439 y ss.

⁹¹ EMILIANI, Simone Pietro: “Il ruolo del sindacato nella disciplina dei controlli sul lavoratore”, cit., pp. 628 y ss.

⁹² ZILIO GRANDI, Gaetano y Biasi, Marco: *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, Cedam, Padua, 2016, pp. 719, 720.

ET se requieren dos elementos. En primer lugar, la herramienta debe ser “utilizada por el empleado”; se requiere, por tanto, la participación activa del empleado que debe usarla en el desempeño de las funciones que le han sido asignadas. En otras palabras, el empleado debe tener la disponibilidad operativa del instrumento y utilizarlo en la prestación del servicio. Por el contrario, en el caso de los instrumentos de control –a los que se aplica el apartado 1º del artículo 4 del ET–, el empleado asume siempre una función meramente de espectador, el empleado siempre asume un papel meramente pasivo.⁹³ En segundo lugar, el instrumento debe utilizarse “para la prestación del trabajo”, es decir, debe ser necesario y funcional para la correcta realización de la prestación encomendada por el empresario,⁹⁴ hasta el punto de justificar la no aplicación de las limitaciones y garantías previstas en el artículo 4.1 del ET.

En consecuencia, las herramientas que no puedan calificarse de herramientas de trabajo por no reunir las características enumeradas anteriormente estarán sujetas a lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 4 del ET, por lo que podrán utilizarse siempre que su uso esté justificado por exigencias de producción, de organización o de seguridad en el trabajo o por la protección de los bienes de la empresa, y a reserva de la celebración de un acuerdo sindical o de la obtención de una autorización administrativa.

3.3.4. Los instrumentos de acceso y registro de asistencia como instrumentos de control

El régimen simplificado establecido en el apartado 2º del artículo 4 del estatuto ET se aplica ahora no sólo a las herramientas de trabajo, sino también a las “herramientas de registro de acceso y asistencia”, a pesar de que en un principio se descartó que el control de la mera presencia en la empresa pudiera constituir un control de la actividad de los trabajadores.⁹⁵

Se superaba así la orientación jurisprudencial, también aceptada por el Tribunal de Casación, entre otras en la sentencia nº 15892/2007, de 17 de julio,⁹⁶ que, partiendo del supuesto de que estos instrumentos permitían al empresario controlar a distancia el

⁹³ VENEZIANI, Marco: “Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, nº 300, 2016, pp. 297 y ss.

⁹⁴ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695.

⁹⁵ RIZZI, Roberta y VENTURA, Alessandro: *La tutela della privacy del lavoratore controllato a distanza, alla luce della nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Fondazione Nazionale del Commercialisti, en (<https://www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it/node/1413>), pp. 25, 26.

⁹⁶ El Tribunal de Casación se pronunció en este sentido en relación con un caso en el que el empresario, utilizando los datos recogidos mediante la tarjeta de identificación, había acusado a un empleado de no respetar las horas de trabajo y le había sancionado. En concreto, el Tribunal, basándose en el supuesto de que, mediante el uso de un instrumento de registro de acceso y asistencia, el empresario puede comprobar la cantidad de trabajo realizada, había considerado que este caso entraba en el ámbito de aplicación del apartado 2º del artículo 4 del antiguo ET. En consecuencia, la infracción en cuestión habría implicado no sólo la inutilización de la información recogida, sino también la imposición de una sanción penal *en virtud* del artículo 38 del ET. El empresario, por tanto, fue –en el presente caso– condenado a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo y, además, también fue condenado penalmente por haber infringido el artículo 4.2 del ET.

tiempo durante el cual se realizaba el trabajo, los incluía en el ámbito de aplicación del artículo 4 del ET, para cuya instalación era necesario que fuera precedido de un acuerdo sindical o una autorización administrativa.⁹⁷

La disposición vigente en la actualidad, al equiparar los instrumentos de control de acceso y asistencia con herramientas de trabajo a las que no se aplican las limitaciones y garantías establecidas en el apartado 1º del artículo 4 del ET ha permitido superar esta cuestión, aunque no ha cesado el debate sobre su legitimidad y la posibilidad de utilizar, incluso con fines disciplinarios, la información sobre el tiempo de trabajo recabada a través de ellos, a pesar de que en la actualidad se consideran actividades previas al cumplimiento de la obligación laboral principal.

Otra cuestión interesante es la falta de acuerdo doctrinal en relación con lo que se ha de entender con el término “asistencia”. Una mera interpretación literal del precepto no aclara si el legislador pretendía referirse únicamente a la entrada y salida de la empresa o también al acceso, durante la jornada laboral, a zonas específicas del centro de trabajo reservadas, por ejemplo, por razones justificadas de seguridad, sólo a determinados trabajadores. Sobre este punto la doctrina es controvertida. Por un lado, hay quien considera que tales controles pueden incluirse en el ámbito de aplicación del art. 4.2 del ET, argumentando que es prerrogativa del empresario identificar las áreas de acceso limitado y sujeto a autorización por razones de seguridad o confidencialidad.⁹⁸ Por otro lado, parte de la doctrina considera oportuno excluirlas del régimen simplificado porque teme que ello pueda traducirse en un control constante del empresario sobre los movimientos de los trabajadores dentro de la empresa.⁹⁹

Se plantea también la duda, advertida por la doctrina italiana, de la posible inclusión entre las herramientas de registro de acceso y asistencia, de aquellas que permiten registrar el acceso a zonas específicas de la empresa, con la consiguiente inaplicación del artículo 4.1 del ET. Partiendo de que el uso de este tipo de instrumentos de registro y

⁹⁷ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546; PISANI, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, cit., pp. 455 y ss.

⁹⁸ Véase VENEZIANI, Marco: “Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)”, cit., pp. 295 y ss.; ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit. pp. 2421, 2695; DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., pp. 77 ss.; MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., 513, 546.; RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., pp. 2421 y ss.

⁹⁹ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risoluzione del legislatore”, cit., p. 589, quien sostiene que el legislador pretende referirse exclusivamente a los sistemas de control a la entrada y salida de la empresa necesarios para verificar el cumplimiento de la jornada laboral; Nuzzo, Valeria: *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018, pp. 116 y ss. según el cual, al incluir entre los instrumentos de registro de acceso y asistencia también aquellos que permiten registrar el acceso a un área específica de la empresa, se correría el riesgo de liberalizar el uso de todos aquellos instrumentos que permiten registrar el comportamiento de los trabajadores dentro de la empresa durante el desempeño de su trabajo.

acceso no puede confiarse totalmente al arbitrio del empresario, éste debe respetar el principio de finalidad, de suerte que deberá existir un interés de la empresa en registrar el acceso a un área específica y limitar, en la medida de lo posible, el tratamiento de los datos personales de los trabajadores recogidos mediante tales herramientas.¹⁰⁰

Hemos de resaltar finalmente que esta novedosa previsión se encuentra actualmente superada¹⁰¹ por el devenir del desarrollo tecnológico que está propiciando la aparición de nuevas herramientas que permiten registrar el acceso y la asistencia como, por ejemplo, mediante sistemas biométricos o huellas dactilares. No cabe duda de que estos nuevos sistemas conllevan un riesgo aún mayor de atentar contra la privacidad de los trabajadores, ya que permiten registrar información especialmente sensible sobre la persona del trabajador y, en particular, sobre su patrimonio genético. En virtud de la función desempeñada por tales instrumentos, parece difícil excluirlos de la categoría de instrumentos de registro de acceso y presencia; revelándose una brecha que puede afectar de forma intolerable a la intimidad de los trabajadores.

3.3.5. El uso de los datos adquiridos a través de instrumentos de control a distancia

Delimitados en los apartados 1 y 2 del artículo 4 del ET las reglas destinadas a garantizar la legitimidad tanto de la instalación de los instrumentos de control como del registro de la información recabada a través de ellos. Ahora es necesario examinar las disposiciones que regulan, en cambio, el momento lógicamente posterior, que se sitúa a continuación del control, es decir, el uso de los datos adquiridos.

La versión originaria del artículo 4 del ET guardaba silencio sobre este punto y —debido a la ausencia de una reglamentación *ad hoc*— se había generalizado la práctica según la cual la autorización de instalación excluía el uso a efectos disciplinarios de la información recogida. Además, esta laguna también había dado lugar al desarrollo jurisprudencial de la categoría ya mencionada de los llamados controles defensivos, que permitían a los jueces suplir las carencias de la antigua disciplina¹⁰² y desarrollar el juicio necesario para equilibrar la necesidad de dignidad y confidencialidad de los trabajadores con el interés del empresario en controlar el rendimiento, lo que sólo era posible mediante la consulta de la información recogida a través de las herramientas de trabajo.¹⁰³

En este contexto, el legislador del *Jobs Act* consideró necesario introducir una normativa que dictara los límites dentro de los cuales se pueden utilizar los datos reco-

¹⁰⁰ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

¹⁰¹ PISANI, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, cit. p. 459.

¹⁰² ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695.

¹⁰³ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risoluzione del legislatore”, cit., p. 589.

dos.¹⁰⁴ De hecho, uno de los principales retos a los que tuvo que hacer frente la reforma no fue tanto evitar que los trabajadores se vieran sometidos a una vigilancia constante y encubierta, sino impedir que los empresarios abusaran de sus poderes en el uso de los datos recogidos.¹⁰⁵

El alcance innovador de la modificación despliega sus mayores efectos precisamente en la nueva redacción del apartado 3º de artículo 4 del ET, que establece que “la información recogida en virtud de los apartados 1 y 2 podrá utilizarse para todos los fines relacionados con la relación laboral siempre que se proporcione al trabajador información adecuada sobre cómo utilizar las herramientas y realizar los controles y en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Legislativo nº 196, de 30 de junio de 2003 [el *Codice della privacy*]”. Se ha de apuntar que el *Codice della privacy* contiene una referencia muy sucinta al control a distancia en su artículo 114 para establecer que “se mantiene sin cambios las disposiciones del artículo 4” del ET, sin realizar ninguna otra referencia al posible tratamiento de datos obtenidos a través del control empresarial, siendo, en consecuencia, la norma de referencia lo previsto en el artículo 4.3 del ET y sin perjuicio de la aplicación del resto de previsiones sobre el tratamiento de datos contenidas en el *Codice della privacy*.

De este modo, es posible escindir el ejercicio del poder de control del empresario en una triple fase: la primera, relativa a la adquisición de los datos mediante la utilización de instrumentos de control legítimamente *instalados*; una segunda fase de conservación, y por tanto de almacenamiento, en los servidores de la empresa de los datos recogidos; y, por último, la tercera fase, relativa a la utilización de los datos “para todos los fines relacionados con la relación laboral”.¹⁰⁶

En cuanto al significado de la expresión utilizada por el legislador de la reforma “para todos los fines relacionados con la relación laboral”, al ser tan amplia parece entenderse en el sentido de autorizar el uso de los datos recogidos con fines disciplinarios, de evaluación del desempeño e incluso judiciales,¹⁰⁷ siempre dentro de los límites establecidos por la legislación pertinente. Así pues, los datos recogidos pueden utilizarse tanto con fines negativos, como disciplinarios, pero también con fines positivos, es decir, para el desembolso de indemnizaciones e incentivos a la productividad.¹⁰⁸ Esta innovación introducida por la reforma ha ampliado considerablemente el poder del empresario para conocer y utilizar los datos registrados por el instrumento instalado.

¹⁰⁴ Véase CALAFÀ, Laura: “I limiti derivanti dalla disciplina della tutela della riservatezza”, en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pp. 145-160.

¹⁰⁵ VITAGLIANO, Chiara: “Potere di controllo datoriale: nuove tecnologie e tutela dei lavoratori nella società digitale”, cit., p. 360.

¹⁰⁶ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

¹⁰⁷ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589.

¹⁰⁸ RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., pp. 2421 y ss.

Sin embargo, esto no significa que el legislador haya concedido al empresario una libertad absoluta para consultar los datos almacenados. Es cierto que, si el empresario desea hacer uso de ellos, sólo podrá hacerlo cumpliendo tres condiciones, dos de las cuales se establecen expresamente en el nuevo apartado tercero, al que se añade una tercera, de carácter implícito.¹⁰⁹ En primer lugar, aunque no se regule expresamente, se exige el necesario cumplimiento de la normativa laboral y, por tanto, el cumplimiento de los apartados 1 y 2 del artículo 4 del ET. Es decir, la información que el empresario pretende utilizar debe haber sido adquirida en aplicación de los dos primeros apartados, es decir, con el previo acuerdo sindical o autorización administrativa cuando sea de aplicación el primer apartado, o, sin que éstos sean necesarios, siempre que los datos hayan sido recabados mediante herramientas de trabajo o de registro de acceso o asistencia por aplicación del apartado 2º.¹¹⁰ Además, la posibilidad de utilizar los datos también está sujeta a dos límites explícitos. En primer lugar, el empresario debe haber informado adecuadamente al trabajador de cómo se van a utilizar los instrumentos en cuestión y cómo se van a llevar a cabo los controles pertinentes; el trabajador debe ser informado de los términos y límites de los controles a los que puede ser sometido. Por consiguiente, un control activado por el empresario que no haya informado previamente al trabajador a este respecto será ilegal.¹¹¹ En segundo lugar, se exige el necesario “cumplimiento de las disposiciones del Decreto Legislativo nº 196 de 30 de junio de 2003”, el denominado “Codice della Privacy”. El incumplimiento de cualquiera de las tres condiciones acumulativas anteriormente expuestas tendrá como consecuencia que los datos recabados no puedan ser utilizados a todos los efectos relacionados con la relación laboral.

Como ya se ha dicho, la utilización de los datos es una fase, totalmente posible, que surge a raíz del ejercicio del poder de control del empresario. Por lo tanto, puede afirmarse que el empresario debe cumplir las condiciones establecidas en el apartado 3º del artículo 4 del ET sólo si decide analizar y, eventualmente, utilizar los datos recogidos mediante instrumentos de control a distancia, ya que sólo en esta hipótesis se realiza la conexión con la persona del trabajador.¹¹²

Algunos autores subrayan cómo, al autorizar la utilización “para todos los fines vinculados a la relación laboral” de los datos recogidos, el legislador de la reforma ha neutralizado esencialmente las disposiciones del apartado 1º del artículo 4 del ET, que permite la utilización de equipos audiovisuales y otros instrumentos que también pueden utilizarse para controlar a distancia a los trabajadores únicamente con fines de orga-

¹⁰⁹ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695; Borsari, Ricardo: “La tutela penale del diritto alla riservatezza nel rapporto di lavoro”, en PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana: *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022, p. 753.

¹¹⁰ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit. pp. 77 y ss.

¹¹¹ ZILIO GRANDI, Gaetano y Biasi, Marco: *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, cit., p. 721.

¹¹² MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

nización y producción, seguridad en el trabajo o protección de los bienes de la empresa. El tercer apartado, en cambio, parece contradecir los límites sancionados por el primer apartado, corriendo el riesgo de ser contrario a los principios constitucionales de dignidad y privacidad del trabajador.¹¹³ En este sentido, el legislador quizás debería haber utilizado un término diferente (y más apropiado),¹¹⁴ especificando que los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los que también se deriva la posibilidad de controlar a distancia las actividades de los trabajadores pueden “instalarse”, y no emplearse, exclusivamente para las necesidades expresamente enumeradas.

En conclusión, sin negar los aspectos positivos introducido por la reforma del artículo 4 del ET, la ausencia en la nueva disposición de normas precisas sobre los límites a la facultad del empresario de recoger y, sobre todo, eventualmente utilizar *a posteriori* los datos del trabajador recibidos a través de las herramientas de control, parece reintroducir los viejos problemas aplicativos e interpretativos.¹¹⁵ En este sentido, ciertas elecciones del legislador italiano se exponen a una fácil crítica, pero la reforma de *la Jobs Act* asume sin duda un cierto valor heurístico para el estudioso y el jurista de otro ordenamiento jurídico en la investigación del poder empresarial de control a distancia, que, frente a la constante introducción de nuevas herramientas tecnológicas en el mundo del trabajo¹¹⁶ y la continua evolución de la normativa comunitaria sobre privacidad, cuestiona los límites de este poder, que representan cada vez más una “fuente de incertidumbre para las empresas y de escasa protección para los trabajadores”.¹¹⁷

4. Conclusiones

En el Derecho italiano, mientras que los poderes empresariales de dirección y sancionador venían expresamente reconocidos en el Código Civil italiano, no sucedía lo mismo con la facultad empresarial de control, de suerte que habra que esperar a la aprobación en 1970 del Estatuto de los Trabajadores para que, de forma expresa, se configurase esta última en sus artículos 2 a 6 y 8.

Uno de los aspectos del poder empresarial de control, el contemplado en el artículo 4 del ET, fue la posibilidad de llevar a cabo esta facultad de forma remota mediante el uso de instrumentos técnicos. Partiendo de que la ratio legislativa subyacente en el artículo 4 del ET fue la necesidad de establecer límites y obligaciones procedimentales al poder

¹¹³ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695.

¹¹⁶ VITAGLIANO, Chiara: “Potere di controllo datoriale: nuove tecnologie e tutela dei lavoratori nella società digitale”, cit., p. 363, 364; LAMBERTUCCI, Pietro: “I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l’attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione”, cit., pp. 514 y ss.

¹¹⁷ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., pp. 77 y ss.

empresarial de control se formuló una prohibición general de uso de medios audiovisuales y otros instrumentos para supervisar la actividad de los trabajadores; permitiéndose únicamente, como excepción, la utilización de dichos sistemas exigidos por razones organizativas, productivas o de seguridad, siempre que se hubiera obtenido un acuerdo con la representación de los trabajadores o la autorización de la Inspección de Trabajo.

La configuración de la prohibición de uso de sistemas de control a distancia operada en el artículo 4 del ET produjo una aplicación expansiva de la misma debido, por un lado, a que el precepto establecía la prohibición respecto a cualesquiera “otros equipos”, expresión que permitió incluir las innovaciones tecnológicas que iban apareciendo de naturaleza informativa y digital; y, por otro lado, porque al dirigirse la prohibición a no controlar “la actividad de los trabajadores” se incluía tanto la actividad laboral como a la conducta desarrollada durante la jornada de trabajo que no constituía propiamente actividad laboral.

Frente a la vis expansiva de la prohibición de usar dispositivos de control a distancia para controlar la actividad laboral se establecieron dos matizaciones. La primera derivada de la aplicación de la excepción legal a la prohibición –permisiva de la instalación de estos sistemas por razones organizativas, productivas o de seguridad–, que dio lugar a la admisión de los controles “preterintenzionali” o indirector, en virtud de los cuales se podía dar validez al control de la actividad de los trabajadores mediante sistemas de control a distancia instalados por las razones empresariales antecitadas y siempre que dicho control haya sido accidental y no la finalidad directa al utilizar dichos sistemas de control. La segunda procedió de la construcción jurisprudencial del denominado control “defensivo” que supuso admitir la utilización de sistemas de control a distancia para averiguar posibles conductas ilícitas del trabajador.

El transcurso del tiempo hizo aflorar una serie de disfuncionalidades en la configuración jurídica del control empresarial a distancia que obedecían a varias causas. Desde luego una de ellas fue el desarrollo disruptivo y acelerado de tecnología –gracias, primero a la informatización, después a la digitalización y robotización– que provocó que cada vez más herramientas de trabajo permitían controlar también la actividad de los trabajadores, difuminándose la frontera entre “instrumento de trabajo” e “instrumento de control”. En segundo lugar, las propias lagunas del artículo 4 del ET, señaladamente en lo referido a la utilización de los datos obtenidos por el empresario, así como la falta de coordinación entre la norma laboral sobre control a distancia y la normativa sobre protección de datos. Finalmente, las propias dinámicas de empresarios y representantes de los trabajadores consolidaron en la práctica un comportamiento poco proactivo de ambos a la hora de alcanzar el acuerdo exigido en el precepto estatutario.

La nueva configuración de la facultad de control a distancia, producida en 2015 a través del Jobs Act parte de una regla de admisibilidad de esta potestad empresarial exclusivamente para necesidades organizativas, productivas y de seguridad, siempre y cuando se contemple en convenio colectivo y, en su defecto, por autorización judicial. A tenor de esta regla de permisibilidad, a sensu contrario, debemos concluir que se ha mantenido la prohibición de uso de dispositivos a distancia con la única finalidad de controlar la actividad de los trabajadores.

Como primera novedad se introduce una referencia expresa a los instrumentos de trabajo y acceso y asistencia para excepcionarlos de la regla general de permisibilidad, de manera que la utilización de instrumentos tecnológicos no requiere el previo acuerdo via convenio o, en su defecto, autorización de la Inspección de Trabajo. Novedad que ya ha producido importantes problemas aplicativos porque la norma no contiene una definición de lo que se ha de entender, por ejemplo, por “instrumento de trabajo”, de suerte que toda herramienta que tenga por finalidad el desarrollo de la prestación laboral puede ser utilizada con independencia de su mayor o menor capacidad para poder controlar la actividad del trabajador. Problemas que también se han originado con los sistemas de acceso y asistencia y la validez de su utilización, no al acceder al centro de trabajo, sino dentro del mismo.

La otra novedad que presenta menor conflictividad interpretativa viene relacionada con el tratamiento de datos al establecerse una pauta de coordinación al remitirse que el tratamiento se tendrá que hacer con observancia en la norma sobre protección de datos, al tiempo que se establece de forma singular que solo podrá utilizar los datos obtenidos en virtud de un control indirecto por razones organizativas, productivas o de seguridad ex artículo 4.1 ET o del uso de instrumentos de trabajo ex artículo 4.2 del ET y siempre que se haya proporcionado información adecuada al trabajador sobre cómo utilizar dichos instrumentos y cómo se van a realizar los controles.

La nueva regulación del poder de control a distancia ha tratado de resolver algunas de las ineficiencias de la anterior configuración, en algun aspecto con acierto en otros no tanto; pero ha silenciado otros, como la validez del llamado control defensivo construido jurisprudencialmente y del que nada se ha dicho, lo que llevará a su mantenimiento via jurisprudencial. Al tiempo la actual regulación ya muestra alguna ineficiencia, por ejemplo, derivada de la licitud sin limite alguno del uso de herramientas tecnológicas para fines laborales, que no por ser destinadas a esta finalidad dejan de poder incidir en la esfera de intimidad de los trabajadores; lo que obligará también a la jurisprudencia a establecer limites a ese aparente uso incondicionado de instrumentos de trabajo.

5. Bibliografía

- Alvino, Ilario.: “L’articolo 4 dello statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, nº 4, 2014.
- Alvino, Ilario.: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’ intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, en *Labour & Law Issues*, vol. 2, nº 1, 2016.
- Amoroso, Giovanni, Di Cerbo, Vincenzo, Maresca, Arturo: *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2014
- Ballestrero María Victoria y De Simone, Gisella: *Diritto del lavoro*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2015.
- Bellavista, Alessandro: “I poteri dell’imprenditore e la privacy del lavoratore”, en *Il dir. lav.*, nº 1, 2002.

- Borsari, Ricardo: “La tutela bore del diritto alla riservatezza nel rapporto di lavoro”, en Pisani, Carlo, Proia, G Giampiero y Topo, Adriana: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Calafà, Laura: “I limiti derivanti dalla disciplina della tutela della riservatezza”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Carinci, Maria Teresa: “Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito”, en *Labour & Law Issues*, vol. 2, nº 1, 2016.
- Carinci, Maria Teresa: “Il controllo a distanza sull’adempimento della prestazione di lavoro”, en Tullini, Patrizia (ed.): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Turín, 2017.
- D’Andrea, Luca y Moriconi, Engles: “Controlli a distanza: la disciplina prima e dopo la riforma”, en *Diritto & Práctica del Lavoro*, nº 9, 2016.
- D’Antona, Massimo: “Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 1, 1995.
- Del Punta, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2016.
- Di Paola, Luigi: *Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali*, ed. Giuffrè, 2022.
- Emiliani, Simone Pietro.: “Il ruolo del sindacato nella disciplina dei controlli sul lavoratore”, en Pisani, Carlo, Proia, G Giampiero y Topo, Adriana: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Ferrante, Vincenzo: “Controllo sui lavoratori difesa della loro dignità e potere disciplinare a quarant’anni dallo Statuto”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2011.
- Flor, Roberto: “Diritto penale e controlli a distanza dei lavoratori dopo il C.D. Jobs Act”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Ichino, Pietro: “Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2017.
- Lambertucci, Pietro: “I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l’attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 3, 2016.
- Lambertucci, Pietro: “Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a “distanza” tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, nº 255, 2015.
- Lanotte, Massimo: “La ridefinizione dei limiti al potere di controllo a distanza”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Levi, Alberto: “La ridefinizione dell’assetto regolativo dei controlli a distanza. Quale tassello di una più complessiva riforma del diritto del lavoro”, en Levi, Alberto:

- Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Magnani, Mariella: *Diritto del Lavoro*, 1° ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2019.
- Maio, Valerio: “I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale”, en Pisani, C. Proia, G. y Topo, A.: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Maio, Valerio: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 6, 2015.
- Marazza, Marco: “Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, nº 300, 2016.
- Maresca, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. Lav.”, en Tullini, Patrizia (ed.): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2017.
- Maresca, Arturo: “Jobs Act, how to reconcile power of control and protection of worker dignity and privacy”, en *Forum Tuttolavoro*, Ipsoa, 2016.
- Maresca, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2016.
- Montoya Melgar, Alfredo.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956,
- Nuzzo, Valeria: *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018.
- Passalacqua, Pasquale: “I controlli preterintenzionali: la procedura”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milán, 2016,
- Pedrazzoli, Mario: “Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato”, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro. Atti delle Giornate di Studio di diritto del lavoro. Salerno, 22-23 maggio 1998*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Pisani, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, en Pisani, Carlo, Proia, G Giampiero y Topo, Adriana: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Pisani, Carlo, Proia, G Giampiero y Topo, Adriana: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Riccobono, Alessandro: “Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, nº 458, 2022.
- Rizzi, Roberta y Ventura, Alessandro: *La tutela della privacy del lavoratore controllato a distanza, alla luce della nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Fondazione Nazionale del Commercialisti (<https://www.fondazioneNazionalecommercialisti.it/node/1413>).
- Russo, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, in *Labour & Law Issues*, vol. 2, nº 2, 2016.

- Russo, Alberto y Tufo, Marco: “I controlli preterintenzionali: la nozione”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016
- Salimbeni, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2015.
- Santoro-Pasarelli, Giuseppe: *Diritto dei lavoratori e dell’occupazione*, ed. Giappichelli, 2015.
- Scognamiglio, Renato: “La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 2, 2001.
- Trojsi, Anna: “Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del Lavoro dell’era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori”, en *Biblioteca “20 Maggio”-Volúmenes Colectivos*, 2022.
- Tullini, Patrizia: “Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2009.
- Veneziani, B.: “Commentario al art. 4”, en Giunti, G. (ed.): *Lo Statuto dei Lavoratori, Commentario*, Giuffrè, Milán, 1979.
- Vitagliano, Chiara: “Potere di controllo datoriale: nuove tecnologie e tutela dei lavoratori nella società digitale”, en *European Journal of Privacy Law & Technologies*, nº 1, 2022.
- Zilio Grandi, Gaetano y Biasi, Marco: *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, Cedam, Padua, 2016.
- Zilio Grandi, Gaetano y Pettinelli, Roberto: “A 50 anni dallo Statuto. «El artículo 4 ha muerto. Viva l’art. 4!»”, en *Lavoro Diritti Europa*, nº 2, 2020.
- Zoli, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2009.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

Familias monoparentales y permiso por nacimiento y por cuidado de hijo o menor. Oportunidad de los pronunciamientos de las dos salas del Tribunal Supremo

Single-parent families and leave for birth and care of a child or minor. Timeliness of the pronouncements of the two chambers of the Supreme Court

M. Begoña García Gil

*Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

ORCID ID: 0000-0003-1282-9687

Recibido: 5/11/2024

Aceptado: 14/11/2024

doi: 10.20318/labos.2024.9123

Resumen: Estudio y análisis comparativo de los argumentos jurídicos que las Sala de lo Social y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo han utilizado para dictar sentencias contrarias respecto del permiso por nacimiento o por cuidado de hijo menor en el caso de familias monoparentales. A los efectos de la posible acumulación en el progenitor del permiso del otro progenitor si existiera como sucede en las familias biparentales.

Palabras clave: Monoparentalidad, acumulación y disfrute de los dos permisos de paternidad en un solo progenitor. Límites y deberes en la interpretación judicial.

Abstract: Study and comparative analysis of the legal arguments that the Labour Chamber and the Contentious Administrative Chamber of the Supreme Court have used to issue contrary rulings regarding leave for the birth or care of a minor child in the case of single-parent families. For the purposes of the possible accumulation in the parent of the permission of the other parent if it exists, as is the case in two-parent families.

Keywords: Single-parent, accumulation and enjoyment of the two paternity leaves in a single parent. Limits and duties in the judicial interpretation.

1. Introducción

La cuestión objeto de análisis se refiere al permiso por nacimiento y por cuidado por hijo o menor que conforme a la configuración normativa de del Estatuto de los Trabajadores (ET), artículos 45.1.d) y 48, el Real Decreto-ley 6/2019, de Medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo

y la ocupación y la Ley 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a los efectos de realizar un análisis comparativo de los pronunciamientos de la Sala de lo Social¹ y de la Sala de lo Contencioso Administrativo² del Tribunal Supremo (TS) cuyos fallos son opuestos.

Tras la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de hijo, operada por RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, cada uno de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción de las familias biparentales puede ejercer este derecho indistintamente, con la misma duración y sin posibilidad de transferencia.

Con el objetivo de impulsar la corresponsabilidad se unifican prestaciones de maternidad y paternidad para avanzar en la igualdad de trato entre hombres y mujeres y no discriminación por motivos familiares.

La reforma operada se produce mediante un periodo transitorio de tres años (de 2019 a 2021), previsto en la Disposición transitoria 13ª del ET, desde el día uno de enero de 2021, cada uno de los progenitores tiene derecho a dieciséis semanas de descanso (o el tiempo superior que corresponda en supuestos de ampliación por parto o adopción múltiple, discapacidad del hijo y, en su caso, hospitalización), siendo las seis primeras semanas de carácter obligatorio, tanto para los hombres como para las mujeres. Con el mismo propósito, las dos semanas adicionales establecidas en casos de parto o adopción múltiple o discapacidad del menor deben repartirse equitativamente.

La suspensión del contrato de trabajo tendrá una duración de dieciséis semanas para cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después del hecho causante. Las diez semanas restantes se podrán disfrutar en periodos semanales, de forma acumulada o interrumpida hasta que el menor cumpla doce meses.

Cabe la ampliación de la duración cuando se produzca situación de parto múltiple añadiendo 2 semanas adicionales por cada hijo a partir del segundo. En el caso de discapacidad del hijo o menor acogido se añaden 2 semanas adicionales para cada progenitor. En el supuesto de hospitalización prolongada del neonato se pueden ampliar hasta 13 semanas adicionales.

En ningún caso un mismo menor dará derecho a varios periodos de suspensión en la misma persona trabajadora ya que como indica la redacción del artículo 48 del ET: “Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor”.

El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos periodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. La suspensión de estas diez semanas se podrá ejercitar en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora afectada, en los términos que reglamentariamente se determinen. En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país

¹ STS Sala de lo Social, 2 de marzo, número 169/2023.

² STS Sala de lo Contencioso Administrativo, 15 de octubre, número 4948/2024.

de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto para cada caso podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Por tanto, se trata de una suspensión contractual que cumplidas las exigencias normativas opera *ope legis* y permite la cesación de las obligaciones mutuas básicas del contrato de trabajo –prestación salarial por prestación de servicios– pudiendo reincorporarse las personas trabajadoras al finalizar el periodo de suspensión.

La actual regulación se construye con el objeto de fomentar la corresponsabilidad entre ambos progenitores y facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar. Con una duración de 16 semanas para cada uno, garantiza que los trabajadores puedan atender adecuadamente al nuevo miembro de la familia sin perder derechos laborales ni económicos.

Debemos poner de relieve, por la importancia que reviste en este análisis que, el TS³ ya se pronunció sobre la corresponsabilidad con el resto de los permisos disponibles para ambos progenitores respecto de un supuesto en el que el hijo se encontraba gravemente enfermo. El TS reconoció el derecho de ambos progenitores a disfrutar del permiso de manera conjunta, cuando sea posible, para garantizar el mayor cuidado al menor. La clave de esta decisión fue la consideración del interés superior del menor y la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado del niño, abogando por la interpretación favorable de los derechos de conciliación.

Hasta el momento, la acomodación de este permiso respecto de las familias monoparentales solo consiste en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)⁴ ha establecido que las familias con un solo progenitor o progenitora tienen derecho a disfrutar de las dos semanas adicionales de permiso retribuido por nacimiento y cuidado de hijo o menor con discapacidad o en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, y no solo de una⁵.

Sobre esta premisa general el objeto de este estudio es analizar las posturas diferenciadas que respecto a este derecho de las personas trabajadoras en caso de tratarse de un progenitor monoparental comparando principalmente las sentencias de la Sala de lo Social y de la Sala del Contencioso Administrativo del TS que ya adelante son contrarias.

En las dos sentencias, con fallos contradictorios, se resuelve la cuestión de si en caso de ser una familia monoparental es posible que, una vez disfrutada la correspondiente suspensión del contrato y prestación por nacimiento y cuidado del hijo, la misma persona beneficiaria pueda solicitar el reconocimiento de una nueva suspensión y prestación por los mismos motivos en esta ocasión por el tiempo que le correspondería al otro progenitor como sucede con las familias biparentales.

³ STS 245/2020, de 17 de junio.

⁴ Criterio del INSS 16/2019, de 13 de julio de 2019 (JUR\2019\251513).

⁵ Véase: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La ampliación de los permisos parentales en familias monoparentales: análisis jurisprudencial.”, *Revista de Derecho Social*, 97, 2022, págs. 45-60; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: “Familias monoparentales y derechos laborales: el caso de los permisos por nacimiento y cuidado de menor.”, *Actualidad Laboral*, 28 (3), 2022, págs. 15-27; MARTÍNEZ MORENO, L.: “El permiso parental en familias monoparentales: ¿una discriminación indirecta?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 242, 2022, págs. 89-104 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, J.: “Equiparación de los permisos parentales en familias monoparentales: una necesidad social.”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 39(2), 2021, págs. 77-92.

Téngase en cuenta también que se trata de jurisdicciones distintas cuyas competencias se refieren a trabajadores con vinculación diferente.

2. Visión panorámica de la realidad de las familias monoparentales en España

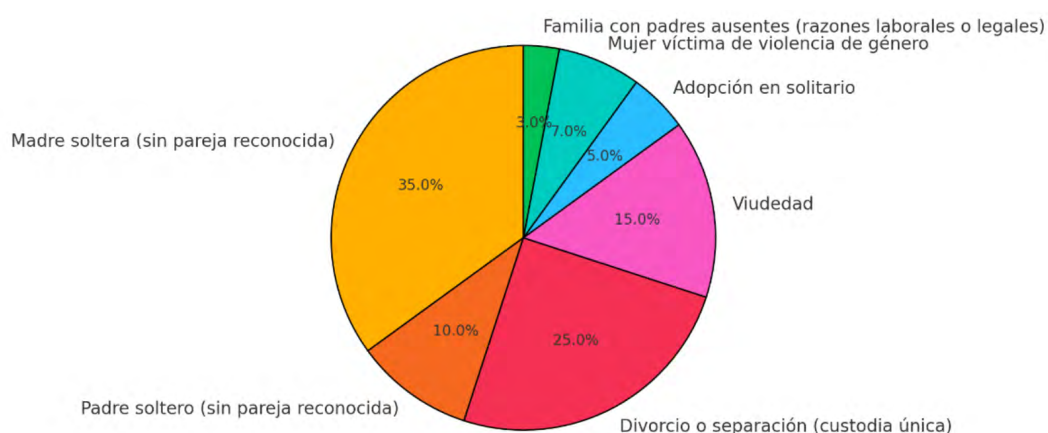
A los efectos de poder ubicar la importancia del reconocimiento de la acumulación del permiso regulado en el art. 48.1 d) del ET para las familias monoparentales tenemos que poner de relieve la situación en la que social y económicamente se encuentran estas familias.

Nos parece importante establecer que, si bien la normativa todavía no tiene en cuenta la situación de los descendientes de familias monoparentales con respecto del ejercicio de sus derechos en la misma situación que en las familias biparentales es indispensable, más pronto que tarde, que los responsables públicos aborden esta cuestión como ya han indicado los especialistas en la materia⁶.

Partimos de la base de que la realidad de la monoparentalidad en nuestro país es una realidad consciente⁷ que afecta a un 10% de las familias españolas.

Aunque es un hecho que la mayoría de las familias monoparentales están encabezadas por mujeres tampoco podemos ignorar las diferentes morfologías que presentan este tipo de familias que, reflejamos en la figura siguiente y que ponen de relieve las diferentes configuraciones que adoptan. No perdiendo de vista la especial consideración al colectivo de mujeres, en concreto, madres solteras, mujeres víctimas de violencia de género, adoptantes en solitario o bien viudas (de los datos correspondientes al año 2020⁸, aproximadamente el 80% de las personas viudas son mujeres, mientras que el 20% son hombres. Esto implica que en nuestra sociedad hay cuatro veces más mujeres viudas que hombres viudos):

Tipos de familias monoparentales en España



Fuente: Elaboración propia.

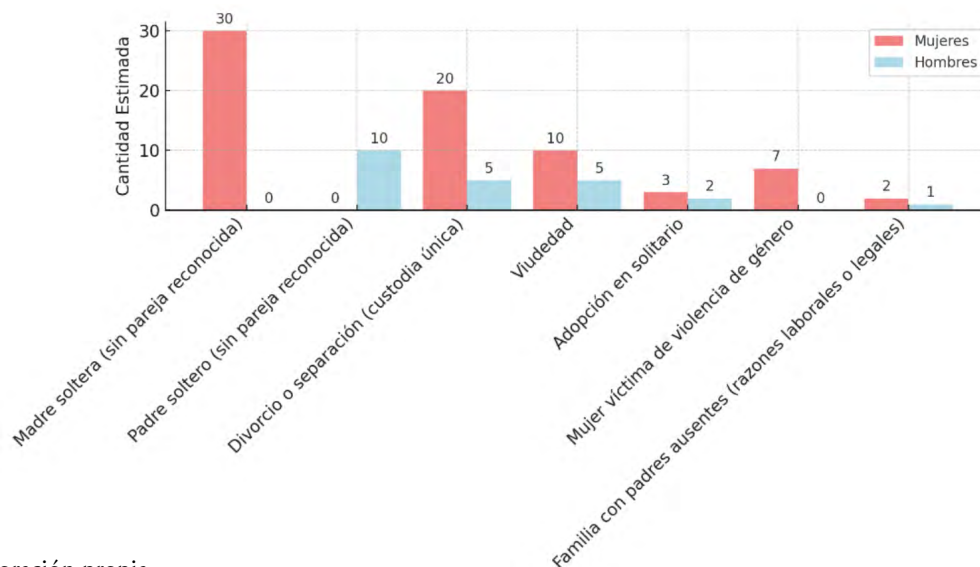
⁶ BLASCO JOVER, C.: "La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales", Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 451, 2020, págs. 109-148.

⁷ AAVV La realidad de la monoparentalidad en España: un análisis multidisciplinar (directora M. Begoña García Gil), Sepin, 2022.

⁸ Fuente: INE.

El número de mujeres que son responsables de estas familias es sustancialmente mayor en todas las circunstancias como a continuación se puede observar:

Tipos de familias monoparentales por género.



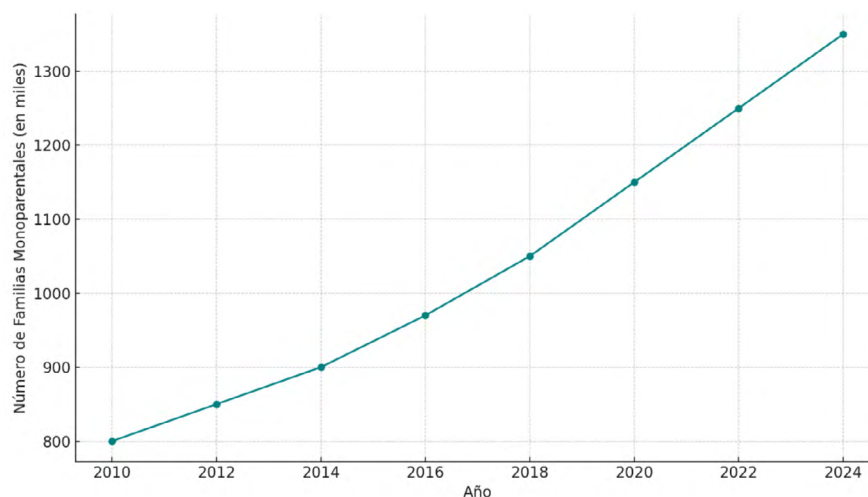
Fuente: Elaboración propia.

La realidad es que las familias monoparentales muestran una clara tendencia al alza en nuestro país, en 2024 alcanzan alrededor de 1,944,800 lo que evidencia la necesidad de modificar algunas normas que pueden resultar claramente perjudiciales por su limitación normativa a los efectos de su aplicación a estas familias.

Estas cifras reflejan cambios en la estructura familiar y en la sociedad española en general ya que representan aproximadamente el 10,4% del total de los hogares, en su gran mayoría encabezadas por mujeres estimándose que implica, como ya hemos indicado, el porcentaje del 80%.

La realidad de estas familias es que tienen serias dificultades para el mantenimiento de su situación económica y social, de entre sus problemas uno de los principales es la

Incremento de familias monoparentales en España (2020-2024).



Fuente: Elaboración propia.

conciliación de la vida profesional, laboral y familiar⁹. Esta situación excepcional, como ya ha indicado la doctrina, debe ser abordada con identidad y sustantividad propia dentro de las políticas sociales (familia, empleo, inclusión social)¹⁰ con el fin de establecer una corresponsabilidad entre el Estado y los progenitores de estas familias¹¹.

Es una evidencia que, en términos generales, la carga de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado recae predominantemente en las mujeres, pero en el caso de las familias monoparentales los datos son clarificadores de esta situación ya que alcanza el 80% de los supuestos.

Las políticas de conciliación actuales, aunque buscan fomentar la corresponsabilidad, no están diseñadas específicamente para el contexto de las madres solteras, lo cual implica que estas mujeres se enfrenten a serias dificultades¹² para equilibrar el trabajo remunerado con el cuidado de sus hijos.

Los hombres también se enfrentan a desafíos de conciliación, aunque generalmente cuentan con un mayor apoyo institucional y menos expectativas sociales sobre su rol como cuidadores. Sin embargo, cuando un padre soltero necesita conciliar, suele encontrar menos apoyo en las políticas laborales debido a que muchas de las medidas de conciliación se diseñan pensando en las mujeres.

La desfavorable situación económica de estas familias es, sin duda, un problema incipiente que impacta en la conciliación y en el cuidado de sus hijos. Las mujeres al

⁹ Sobre esta cuestión vid: ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: Familias monoparentales y relaciones laborales en AA.VV. La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar, Sepin, 2022, págs. 80 y ss; GONZÁLEZ, M. T. (2015). "Conciliación laboral y familiar en las familias monoparentales: Retos legales". Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, (115), 145-162 y LÓPEZ LÓPEZ, M. T. (2018). "Familias monoparentales y desigualdad de género en el ámbito laboral". Cuadernos de Relaciones Laborales, 36, págs. 277-295. Y desde una perspectiva más política: GÁLVEZ, L., & RODRÍGUEZ, M.: "Impacto de las políticas de conciliación en las familias monoparentales: Una perspectiva comparada". Política y Sociedad, 57(1), 2020, págs. 123-140.

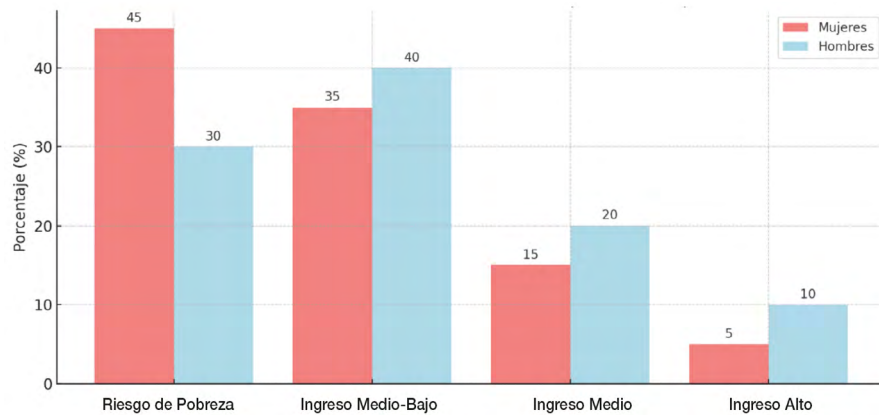
¹⁰ GOÑI SEIN, J.L.: "La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer", Temas Laborales, núm. 82, 2005

¹¹ Respecto de la materialización del concepto de corresponsabilidad en el caso de las familias monoparentales desarrollando la obligación del Estado en esta materia ver: LÓPEZ LÓPEZ, M. T.: "La corresponsabilidad del Estado en la protección de las familias monoparentales". Revista de Derecho de Familia, 68, 2016, págs. 23-45 donde se analiza la obligación del Estado a los efectos de asumir un rol activo en la protección y apoyo a las familias monoparentales; SÁNCHEZ, M.: "La obligación de corresponsabilidad del Estado frente a las familias monoparentales". En Gómez, J. (Ed.), Políticas familiares y derecho. Madrid, 2017, Marcial Pons, págs. 101-120 se estudian las obligaciones legales y morales del Estado hacia las familias monoparentales y propone reformas legislativas; FERNÁNDEZ, A.: "Corresponsabilidad social y monoparentalidad: desafíos actuales". Cuadernos de Trabajo Social, 32(2), 2019, págs. 211-223, donde realiza un estudio de los desafíos que enfrentan las familias monoparentales y cómo la corresponsabilidad social, incluyendo la del Estado, puede abordarlos; MARTÍNEZ, P.: "La protección jurídica de las familias monoparentales en el derecho español". Anuario de Derecho Civil, 73(1) 2020, págs. 159-182, analiza la legislación española en relación con la protección de las familias monoparentales y las obligaciones estatales correspondientes, entre otros.

¹² AGRA VIFORCOS, B.: "Dificultades para la integración laboral de las familias monoparentales", en AA.VV.: La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, págs. 65 y ss.

frente de familias monoparentales suelen representar mayores tasas de pobreza (45%) debido a la persistente brecha salarial de género y a una mayor precariedad en el empleo.

Situación económica de las familias monoparentales por género.



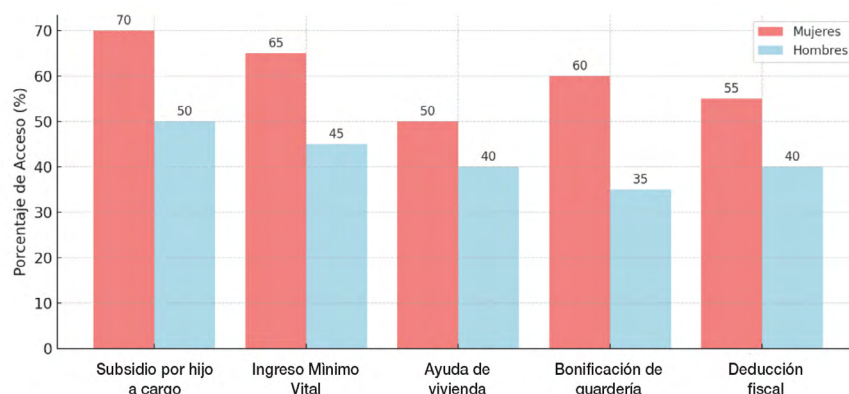
Fuente: Elaboración propia.

Por un lado, las políticas actuales de apoyo económico a estas familias vulnerables, como el Ingreso Mínimo Vital o las ayudas por hijo a cargo, muchas veces no logran cubrir todas las necesidades debido a los bajos umbrales de ingresos exigidos para acceder a estas ayudas. Esto lleva a que muchas mujeres con ingresos bajos queden excluidas de determinadas ayudas. Una aproximación más personalizada y un mayor apoyo a las madres pueden contribuir a mejorar su calidad de vida, promover la igualdad de oportunidades y garantizar el bienestar de sus hijos.

Por otra lado, los hombres responsables de las familias monoparentales suelen tener mejores niveles salariales y mayor estabilidad en el empleo, lo que los sitúa en una mejor posición económica. Sin embargo, el acceso a las prestaciones puede ser complicado, ya que muchas ayudas se diseñan pensando en las mujeres como principales cuidadoras, lo cual puede llevar a una falta de visibilidad de los padres solteros en el sistema de prestaciones.

Es por esta razón por la que, de nuevo, encontramos una importante brecha de género.

Acceso de ayudas para familias monoparentales por género del progenitor.



Fuente: Elaboración propia.

Si observamos la figura, en una primera vista podemos deducir que las mujeres perciben mayor número de ayudas que los hombres, pero si comparamos el número de mujeres cabeza de este tipo de familia respecto a los hombres las cifras resultan beneficiosas para los hombres.

En otro orden de cosas, la situación de desigualdad entre familias monoparentales y biparentales es llamativa en considerables aspectos del entorno familiar como ya hemos ido indicando, principalmente: prestaciones sociales y económicas, beneficios fiscales, acceso a la vivienda, subsidios y ayudas específicas a las familias, falta de reconocimiento de familia monoparental, disparidad de políticas regionales, estigmas sociales, problemas de conciliación y derecho a permisos.

De todos ellos y desde una perspectiva analítica nos vamos a centrar en la posible acumulación del periodo de permiso regulado en el art. 48.1 d) en el caso de las personas progenitoras de familias monoparentales.

3. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo número 169/2023

A los efectos de realizar un análisis que contemple cronológicamente la materia corresponde abordar, en primer lugar, la STS de la Sala de lo Social 169/2023, de 2 de marzo, relativa al alcance interpretativo que cabe realizar de la nueva regulación laboral y de seguridad social que por motivo de nacimiento y cuidado de menor introduce el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación en el caso de una familia monoparental.

3.1. Resumen del caso

En esta sentencia se plantea el supuesto de una madre biológica de una niña que, siendo la única progenitora y constituyendo, de esta manera una familia monoparental, tras disfrutar de la correspondiente suspensión del contrato por prestación por nacimiento y cuidado de menor, presenta una nueva solicitud ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a efectos de que le sea reconocida una nueva prestación por los mismos motivos por el tiempo que le correspondería al otro progenitor en caso de tratarse de una familia biparental.

En contestación a la solicitud presentada por la interesada, el INSS la denegó por lo que interpuso reclamación previa administrativa conforme al artículo 69 de la Ley de Régimen de la Jurisdicción Social (LRJS) que también se desestimó.

La solicitante, seguidamente interpuso la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, alegando la existencia de una discriminación por razón de género fundada en la diferencia de trato entre familias monoparentales y biparentales, además de una discriminación por razón de estado civil y por la desprotección provo-

cada al menor por la vulneración normativa en relación con la especial protección a los intereses de éste.

El juzgado de lo social, en resumen, desestimó la pretensión con el argumento principal de que la prestación de nacimiento y cuidado de menor es un derecho intransferible de cada progenitor, por lo que al existir solo uno de ellos no concurría ninguna prestación más.

Recurrido en suplicación el fallo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco¹³ revocó la sentencia de instancia, declarando el derecho de la demandante a disfrutar de ocho semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de menor, condenando al INSS y a la TGSS a su abono.

3.2. Argumentación del TSJ del País Vasco, Sala de lo Social

Los argumentos de la demandante, que fueron acogidos por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco al estimar el recurso de suplicación presentado, se fundamentan en la apreciación de que la configuración legal de la prestación genera un trato desigual hacia las familias monoparentales en comparación con las biparentales.

La Sala entiende que, de no reconocerse el período adicional de prestación por nacimiento y cuidado de menor, se estaría creando una situación discriminatoria entre los niños nacidos en familias biparentales y aquellos nacidos en familias monoparentales. Esto se debe a que los primeros dispondrían de una mayor intensidad de cuidados, ya que cada progenitor cuenta con una prestación por nacimiento y cuidado de menor, mientras que, en el caso del progenitor de una familia monoparental, sólo se dispone del tiempo de cuidados referido a la prestación que le corresponde a ese único progenitor.

En este caso el TSJ consideró varios aspectos para su fundamentación jurídica.

En primer lugar, valoró que la denegación de la ampliación de la suspensión a los efectos del cuidado del menor del contrato suponía una vulneración de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, basándose en el interés superior del menor, en tanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado sufrirían una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados en una familia biparental, reciben.

En segundo lugar, que esto supone discriminación indirecta respecto a la madre trabajadora, cabeza de familia, y a los fundamentos centrales de la conciliación de la vida familiar partiendo de la realidad social de que la mayoría de las familias monoparentales están constituidas por mujeres. Así mismo, porque la redacción del propio art. 48 ET se refiere a que el disfrute de la suspensión del contrato incorpora al varón o el otro progenitor. Con ello se produce de forma indirecta, un perjuicio a la mujer trabajadora.

Aunque esta pueda parecer que es la línea seguida por los TSJ tenemos que traer a colación, posturas contrarias ya que el TSJ CV¹⁴ con una argumentación que no se basa

¹³ STSJ PV 6 de octubre, 396/2020.

¹⁴ STSJ CV de 19 de octubre 4451/2021.

en el interés del menor sino en el principio de contributividad, conforme a las contribuciones realizadas al sistema de seguridad social, determinó que se produciría una desigualdad de trato en el caso de que en el supuesto monoparental se reconociese el derecho a una prestación de duración más prolongada y, por tanto, de mayor cuantía en relación a las cotizaciones efectuadas al sistema, ya que a las familias biparentales se les exigiría que, conforme a la norma vigente, ambos progenitores debieran cumplir, para acceder a la prestación contributiva, con las exigencias de alta y cotización previstas en la norma, mientras que en la familia monoparental sólo se exigirían estos requisitos a un progenitor.

Conforme a esta tesis, si no se han producido a cuenta del beneficiario las correspondientes aportaciones al sistema durante el periodo de carencia exigido en la norma, no puede causarse el derecho a la prestación, regla que con carácter general es aplicable¹⁵.

3.3. Fallo de la Sala de lo Social del TS

Posteriormente se presentó recurso de casación ante la Sala de lo Social del TS conforme al art. 219.3 LRJS. Admitido el recurso, la Sala se pronunció en sentido contrario al TSJ denegando la extensión de la duración de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor en el caso de familias monoparentales argumentando que no supone una discriminación indirecta por razón de sexo.

Este argumento tiene como base que el marco de comparación utilizado es erróneo, puesto que el término de comparación sería con familias biparentales integradas, salvo escasísimas excepciones, por hombres y mujeres por igual. Indudablemente este argumento, aunque se sostiene es un argumento que cuanto menos puede ignorar la realidad social y la evolución del concepto de familia que hoy se desarrolla en nuestra sociedad.

Además, la Sala de lo Social estableció que la regulación actual responde a una política social plenamente justificada, correspondiendo al ámbito legislativo, en atención al margen que constitucionalmente tiene reconocido para la regulación del sistema de la Seguridad Social realizar cualquier cambio en este sentido y, resaltando, la evidente limitación presupuestaria para las prestaciones a las personas trabajadoras.

Este es otro argumento endeble que a nuestro parecer no corresponde de forma competencial directa a la Sala este razonamiento puesto que en nuestro país la política social es competencia principalmente del poder ejecutivo, que se encarga de diseñar e implementar medidas y programas sociales a nivel nacional o regional, siendo competencia del poder judicial la interpretación de las normas y su acomodación, en todo caso, a los cambios sociales.

No obstante, con posterioridad, analizaremos estos extremos ya que nuestra intención en este punto es establecer las líneas generales del supuesto.

¹⁵ Véase sobre la comparativa de estas dos sentencias dictadas por los TSJ el estudio: TAJADURA DÍEZ, M. y PUERTO BARRIO, A.M.: La prestación por nacimiento y cuidado del menor y la familia monoparental, *RGDTSS*, núm. 62, julio 2022, Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=425200 [Consultado 15 de octubre 2024].

La Sala de lo Social del TS fija el núcleo de su fallo partiendo de que el interés por la protección del menor no es el único al que debe tenerse en consideración, sino que debe tenerse en cuenta el principio de igualdad entre hombres y mujeres con el efecto de lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. El TS considera que es indispensable evitar “roles de género” que socaven el principio de igualdad.

También que confirmar la sentencia del TSJ supondría reconocer una prestación inexistente en el sistema de seguridad social y, por ello, modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de menor regulada en el art. 48.4 ET. Es decir, crear una nueva prestación contributiva a favor de los progenitores de familias monoparentales, suponiendo la duplicación de ésta no respondiendo a la configuración normativa del legislador.

Sin duda, esto según la Sala implicaría que el empresario se vería afectado: “en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social”. Otra cuestión que, a nuestro parecer, no corresponde a los jueces y tribunales.

Y, en último lugar, que la normativa ya tiene prevista protección específica a las familias monoparentales, puesto que ya existen prestaciones destinadas a este tipo de familias en los artículos 182.3 b) y 351 b de la LGSS. Justificando de este modo la no intervención en materia que no es su competencia puesto que es competencia del legislador.

No podemos olvidar que el voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, al que se adhiere la Magistrada Excmo. Sra. D^a Rosa María Viroés Piñol, mantiene una postura discrepante fundamentando que es posible realizar una interpretación integradora de las normas aplicables¹⁶, en base al interés del menor conforme a la Constitución, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño poniendo en valor los intereses superiores del niño que deben ser primordiales y la necesidad de realizar una interpretación de género puesto que se trata de una familia monoparental encabezada por una mujer siendo la única progenitora. Insiste el voto particular que la función judicial no resulta incompatible con la realización de la interpretación integradora de las normas como así lo ha realizado el TS en otras ocasiones¹⁷.

La STS de 2 de marzo de 2023 ha destacado nuevamente las dificultades que presenta la diversidad de modelos familiares, que a menudo no se ajustan adecuadamente a la normativa para garantizar los derechos de conciliación. Esto puede llevar a la restricción o incluso a la falta de aplicación de dichos derechos. En todo caso, se vuelve

¹⁶ SSTs del Pleno 881/2016, 25 de octubre de 2016, 953/2016, 16 de noviembre de 2016, 1005/2017, 14 de diciembre de 2017, 277/2018, 13 de marzo de 2018, 347/2018, 22 de marzo de 2018.

¹⁷ SSTs Sala de lo Social de 25 de octubre de 2016, referida a la gestación por sustitución, a las que le seguirán en los mismos términos, las SSTs de 16 de noviembre de 2016 y de 14 de diciembre de 2017. Véase sobre el interés del menor: GARCÍA ROMERO, B.: “Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6.

a poner de relieve la importancia del marco operativo de la corresponsabilidad en el ámbito familiar que debe abarcar todos los tipos de familias y, en especial, la realidad de las familias monoparentales.

Es importante tener en cuenta que los órganos judiciales de lo social, en otras ocasiones, ya se han pronunciado sobre esta cuestión. Este es el caso del TSJ de Cataluña o el TSJ de Canarias cuyas sentencias argumentaban a favor de la acumulación del permiso. Sobre ellas el TS mantuvo la misma postura entendiendo que ya sea padre o madre el progenitor de la familia monoparental no tiene derecho a duplicar su permiso de paternidad, al entender que no tienen derecho a este “doble permiso” porque no existe cobertura legal que lo avale.

El Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla¹⁸ planteó cuestión prejudicial al TJUE, al entender que la legislación española no tiene en cuenta la situación de los progenitores en familias monoparentales, argumentando que estos progenitores se ven en desventaja en comparación con los de familias biparentales, tanto en lo que respecta a la conciliación laboral como en el tiempo dedicado al cuidado de los hijos.

En este supuesto, la interesada es una madre que solicita el derecho a disfrutar del permiso que le correspondería al otro progenitor en el caso de existir de la misma forma que una familia biparental.

La cuestión central es la interpretación del artículo 5 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece el derecho a un permiso parental, y que el TJUE evita pronunciarse sobre la ampliación de dicho permiso por un motivo tanto material como temporal. Mantiene el TJUE que el juzgado remitente no explica por qué solicita la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, que se refiere al permiso parental, ni la relación que existe entre este precepto y las disposiciones del Derecho nacional que regulan el permiso de maternidad o el permiso de paternidad a las que dicho juzgado alude (artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 177 a 179 de la LGSS).

En cuanto a la forma el TJUE razona la errónea manera de plantear la cuestión prejudicial ya que resulta indispensable que el órgano jurisdiccional nacional exponga expresamente, en la resolución de remisión, el marco fáctico y normativo en el que se inscribe el litigio principal y facilite unas explicaciones mínimas sobre los motivos de la elección de las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre esas disposiciones y la normativa nacional aplicable al litigio, conforme al artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

Otro elemento, primordial, es la falta de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece el derecho a un permiso parental en el ordenamiento español. El fundamento es claro: la solicitud presentada ante el tribunal español planteaba una cuestión legal en torno a una Directiva que aún no había sido transpuesta en España en el momento de los hechos.

¹⁸ STSJUE 16 mayo 2024, asunto C-673/22.

Como la demandante solicitó la ampliación de su permiso el 24 de febrero de 2022, España no estaba obligada la directiva hasta agosto del 2024, por tanto, el TJUE no podía pronunciarse ni interpretar esta cuestión.

El TJUE utiliza en su fallo un argumento sólido: declara que las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita no son aplicables ni *ratione materiae* ni *ratione temporis* a las circunstancias del litigio principal. Explica que la cuestión prejudicial planteada no existe en el presente y, por ello, no se resuelve, literalmente: “las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto tienen carácter hipotético”.

Además, con apoyo en la jurisprudencia consolidada, se pierde la ocasión de que el TJUE se pronuncie sobre un tema tan relevante ya que recuerda que las cuestiones prejudiciales relativas al Derecho de la Unión “gozan de una presunción de pertinencia”, siempre y cuando la decisión prejudicial solicitada: “sea necesaria para que el órgano jurisdiccional remitente pueda «emitir su fallo» en el asunto de que conoce”, esto implica cumplir con los requisitos exigidos el artículo 94 del Reglamento de procedimiento.

El TJUE utiliza la sentencia 6 de octubre de 2021, asunto C-882/19, recordando que puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada: “... cuando resulte evidente que la interpretación de una norma de la Unión que se ha solicitado carece de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas”.

En conclusión, el TJUE dicta sentencia en el asunto C-673/22, de 16 de mayo de 2024, en el que no se abordó la cuestión de fondo por defectos de forma, cuestión relativa a la posibilidad de que los trabajadores que son padres o madres solteros puedan extender su permiso por cuidado de hijo para equiparar el tiempo de ausencia con aquellos que cuentan con dos progenitores. Si bien es cierto que el TJUE no cierra la puerta a futuros pronunciamientos favorables o contrarios sobre la materia.

4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo número 4948/2024

4.1. Resumen del caso

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Valladolid dictó sentencia de 6 de septiembre de 2021, en el procedimiento abreviado número 167/2020, interpuesto por la interesada, funcionaria, estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de 29 de septiembre de 2020, de la Dirección Provincial de Educación de Valladolid, dictada por delegación de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación anulando la misma a los efectos de reconocer el derecho de la parte actora a la ampliación de un permiso de 8 semanas por maternidad sobre el ya disfrutado.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, conoció del recurso de apelación interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Castilla y León contra la sentencia dictada por el Juzgado, estimando el recurso de apelación interpuesto por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la representación que tienen legalmente atribuida, contra la sentencia dictada revocando la resolución.

Por su parte, el TSJ de Castilla-León anuló la sentencia de instancia y confirmó la resolución administrativa.

4.2. Argumentación de la sentencia del TSJ de Castilla y León (sede Valladolid)

El TSJ estimó el recurso de apelación interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla León contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Valladolid el 6 de septiembre de 2021, que estimó el recurso interpuesto por la funcionaria docente contra la Resolución de 29 de septiembre de 2020, de la Dirección Provincial de Educación de Valladolid, dictada por delegación de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación anulando la misma a los efectos de reconocer el derecho de la parte actora a la ampliación de un permiso de 8 semanas por maternidad sobre el ya disfrutado por ella.

El TSJ revocó la sentencia de instancia desestimando la demanda presentada “... a los efectos de reconocer el derecho de la parte actora a la ampliación de un permiso de ocho semanas por maternidad sobre el ya disfrutado”.

En otras palabras, se cuestiona si es legalmente viable que, en una familia monoparental, el único progenitor pueda acumular el permiso de maternidad con el permiso de paternidad que hubiera correspondido al otro progenitor, con el fin de igualar la protección del menor respecto a las familias biparentales.

La sala analiza el principio de igualdad en la aplicación de la ley, señalando que la solicitante no está siendo objeto de discriminación, sino que su situación es distinta a la de una familia biparental.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad no protege la discriminación por indiferenciación; es decir, no se puede exigir un trato igual en situaciones que son objetivamente diferentes., lo que supone que no es admisible solicitar un trato distinto basado en la desigualdad de situaciones.

La sala concluye que no es posible acumular ambos permisos, ya que responden a finalidades y fundamentos legales distintos siendo imposible transferir o acumular derechos entre progenitores.

La sala reconoce que, aunque puede existir una justificación social para ampliar la protección en familias monoparentales, cualquier modificación en este sentido debe ser realizada por el legislador.

Estimado el recurso de apelación interpuesto por la Administración, revoca la sentencia de primera instancia desestimando la demanda de la funcionaria, al considerar

que no tiene derecho a ampliar su permiso por nacimiento sumando el permiso de paternidad que hubiera correspondido al otro progenitor.

Se concluye que la acumulación de permisos solicitada no está contemplada en la normativa vigente y que los derechos de maternidad y paternidad son individuales e intransferibles.

La sentencia destaca la importancia de que cualquier cambio en la regulación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor, especialmente en casos de familias monoparentales, debe ser abordado a través de una reforma legislativa que contemple estas situaciones de manera explícita.

4.3. Fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS

Recibido el recurso frente a la sentencia dictada por el TSJ la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS emite sentencia, en la que reconoce el derecho de las familias monoparentales a extender de 16 a 26 semanas el permiso de maternidad principalmente para evitar la discriminación de los menores recién nacidos.

El tribunal establece que esta es la interpretación que debe darse al permiso regulado en el Estatuto del Personal Público (EBEP) conforme a su naturaleza jurídica.

El tribunal realiza una interpretación flexible del artículo 49 del EBEP que regula los permisos de nacimiento para la madre biológica y el otro progenitor. Este artículo concede un permiso de 16 semanas de duración para la madre (6 semanas obligatorias para ambos progenitores inmediatamente después del parto).

Agrega que de todos los intereses que convergen en la caracterización y ordenación de estos permisos el interés del menor destaca sobre ellos y ello es así “porque, en todo caso, lo que está en juego es la igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 14 de la Constitución), según haya nacido en un tipo u otro de familia”.

La sentencia, ponencia de la Excelentísima magistrada María Pilar Teso Gallego, explica que “el tipo de familia no puede, por tanto, determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar (que establece el artículo 68 del Código Civil) por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas”.

Para la Sala, se trata de “una discriminación entre menores que se cualifica por el perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que dispensan con su presencia constante alguno de sus progenitores. Ni que decir tiene que la diferencia temporal en el número de semanas no es baladí cuando se trata de protección y atención a esa edad tan temprana”.

En consecuencia, la interpretación que hace del artículo 49 del EBEP es la que “resulta conforme con la Constitución, en concreto los artículos 14 y 39, y el resto del

ordenamiento jurídico, respetando la igualdad y el interés superior del menor, mediante la proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento”.

Y no se divisa según subraya el tribunal, “ninguna circunstancia que proporcione una justificación razonable para explicar la diferencia de efectos jurídicos entre ambas situaciones jurídicas equiparables, entre menores recién nacidos en función del tipo de familia, monoparental o biparental, a los efectos del artículo 49 de tanta cita. Ni siquiera resultan entendibles, como antes adelantamos, las razones por las que unos menores recién nacidos puedan recibir durante más tiempo la atención y los cuidados de alguno de sus progenitores, empleados públicos y otros no. Todos deben recibir el cuidado y atención a que se refiere el artículo 68 del Código Civil, en la misma medida, sin que la interpretación de la Ley pueda conducirnos a conclusiones que lesionen la igualdad”.

La sentencia recuerda que el único supuesto de familia monoparental que ha regulado expresamente la ley es el provocado por el fallecimiento de la madre, el cual permite la suma de ambos permisos.

“En este supuesto del progenitor viudo, por tanto, la duración del permiso sí se extiende hasta el límite de las familias biparentales produciéndose la suma o adición que ahora postula la parte recurrente para la familia monoparental, naturalmente en la parte que reste del permiso que, en su caso, hizo uso la madre antes de fallecer”, subrayan los magistrados.

5. Pronunciamientos contrarios de la Sala de lo Social y Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Habiendo planteado las dos sentencias dictadas por las Salas del Tribunal Supremo y teniendo claras sus argumentaciones la conclusión principal es que las familias monoparentales se encuentran en situación distinta, siendo desfavorable, en función de la vinculación contractual de sus progenitores a los efectos del derecho al permiso por nacimiento o cuidado de menores.

Los diferentes y opuestos criterios utilizados por las Salas del TS son criterios conscientes puesto que sienta doctrina jurisprudencial.

El razonamiento que se desarrolla en este epígrafe parte de lo que podría considerarse doctrinalmente la conclusión o conclusiones principales de la comparativa entre las dos sentencias señaladas.

Quizás porque de este modo resulta más sencillo destacar aquellos aspectos que nos sirven como sustento para la tesis de que la situación, a nuestro entender, de las familias monoparentales que, en su mayoría son monomarentales, resulta desfavorable, principalmente por la comparación con la situación de las familias biparentales en lo relativo al disfrute del permiso que estamos analizando.

Pero esta no es la única conclusión, desde la perspectiva pura de los derechos de las personas trabajadoras, tenemos claro que no tiene sentido que dependiendo de la vinculación contractual del progenitor el derecho de disfrute del permiso varíe de manera sustancial.

Las consecuencias de esta diferencia del uso temporal del permiso repercuten directamente en el menor, por lo que, evidentemente el interés del menor se ve perjudicado sin lugar a duda.

No obstante, es necesario explicar los opuestos argumentos referidos en cada una de las sentencias.

5.1. La legalidad

5.1.1. Sala de lo Social Tribunal Supremo

La Sala de lo Social mantiene que la regulación del permiso objeto de este análisis responde a una política social plenamente justificada, correspondiendo al ámbito legislativo, en atención al margen que constitucionalmente tiene reconocido para la regulación del sistema de la Seguridad Social realizar cualquier cambio en este sentido y, resaltando, la evidente limitación presupuestaria para las prestaciones a las personas trabajadoras. El principal pilar de este argumento es que el poder judicial no tiene competencia para realizar cambios normativos.

Conviene analizar este extremo aspecto por aspecto:

En primer lugar, la referencia expresa de que la regulación del permiso responde a una política social plenamente justificada supone que la Sala está reconociendo que este permiso tiene una finalidad social importante y está diseñado para abordar necesidades específicas de la sociedad. Este ámbito de protección se refiere a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la salud, o el bienestar social.

Posteriormente analizaremos esta cuestión ya que tiene una sustantividad propia considerable a los efectos de las familias monoparentales.

En segundo lugar, la afirmación de que es competencia del Poder Legislativo (Parlamento) modificar o actualizar la regulación de este permiso es obvio que la función de crear, alterar o derogar leyes recae en los órganos legislativos, no en los judiciales, principalmente por el principio de separación de poderes establecido en la Constitución. Resultando conforme a la normativa constitucional un margen de actuación para regular el sistema de Seguridad Social, incluyendo permisos y prestaciones.

Si bien se encuentra sujeto este margen, como la propia Sala indica, a las restricciones presupuestarias que afectan la capacidad del Estado para ofrecer prestaciones y permisos más amplios. Respecto al impacto económico algunos autores se han pronunciado sobre su importancia: “La posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo –las familias monoparentales– en su alcance, e intensidad corresponde determinarlo exclusivamente al legislador; sin que esta Sala ni ningún otro órgano judicial pueda adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por legislador, mucho menos, si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social.

Con lo cual, cabe añadir aquí, que, significativamente, se atiende al impacto que dicha ampliación tendría en el régimen de financiación de la Seguridad Social”¹⁹.

En todo caso, la competencia del poder judicial se concentra en la aplicación e interpretación de las leyes, pero no se refiere a la modificación de éstas.

No obstante, frente a este argumento, puede considerarse que los permisos laborales son herramientas clave para implementar políticas sociales que protegen a las personas trabajadoras, aunque la Sala defienda que la regulación vigente es adecuada y justificada. Siendo preciso reformular, tras las interpretaciones integradoras de los tribunales, las previsiones legales que no son acordes a las necesidades de protección de los ciudadanos de tal forma que se crean y sientan criterios que posteriormente se detallan por el legislador. Esta es la línea que la Sala de lo Social ha mantenido en otras ocasiones.

Así, por ejemplo, respecto de la prestación por maternidad²⁰ donde se planteaba la ampliación del permiso por maternidad en situaciones no previstas. La Sala de lo Social del TS determinó que la creación o extensión de prestaciones es competencia del legislador, no pudiendo los tribunales ampliar por vía interpretativa los supuestos legales. Con el argumento básico de que cualquier cambio en las prestaciones de la Seguridad Social debe realizarse mediante reforma legislativa, considerando las implicaciones económicas y presupuestarias. O bien, en caso de gestación por sustitución²¹.

Sucede lo mismo respecto del permiso retribuido por cuidado de familiares²², en la que el TS sostuvo que la creación de nuevos permisos retribuidos excede las competencias del poder judicial y corresponde al ámbito legislativo²³ o a la negociación colectiva.

En línea con los anteriores casos, respecto de la equiparación de la duración del permiso de paternidad al de maternidad²⁴ la Sala afirmó que dicha equiparación requiere una reforma legal, ya que implica decisiones de política legislativa y consideraciones presupuestarias.

Respecto a la cuestión de la posibilidad de reconocer expresamente una nueva prestación económica no prevista en el sistema de Seguridad Social la Sala²⁵ determinó que no es competencia judicial crear prestaciones *ex novo* y que cualquier cambio debe realizarse por vía legislativa.

No podemos dejar de establecer que esta es la forma en que el sentido ampliatorio y adaptativo de las prestaciones de Seguridad Social ha llevado en nuestro ordenamiento de forma histórica adaptándose a la realidad social del tiempo en que han sido aplicadas con un sentido claramente evolutivo y adecuado.

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de dos permisos en un único progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?”. Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 3, 2023, p. 9 y ss.

²⁰ SSSTS de 14 de diciembre, Recurso de Casación 2859/2016, de 19 de abril de 2018, Recurso de Casación 397/2016 y de 16 de noviembre de 2016, Recurso de Casación 3146/2014.

²¹ STS de 25 de octubre 2016, Recurso de Casación 3818/2015.

²² STS de 13 de febrero de 2018, Recurso de Casación 2576/2015.

²³ STSJ Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2021, recurso 2089/2021.

²⁴ STS de 23 de marzo de 2017, Recurso de Casación 116/2016.

²⁵ STS 28 de septiembre de 2016, Recurso de Casación 2296/2014.

De la misma forma, la doctrina del TC ha puesto de relieve que corresponde al legislador determinar el nivel y las condiciones de las prestaciones para efectuar o modificar para adaptarlas a las necesidades del momento²⁶: “si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus artículos 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva –art. 53.3 CE–”, sin embargo, “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”²⁷.

5.1.2. Sala de lo Contencioso Administrativo

Respecto del elemento de la legalidad la Sala de Contencioso Administrativo, se refiere a la naturaleza propia del EBEP ya que debe tenerse en cuenta que en el marco de su desarrollo los artículos 23.2 y 103.3 de la CE se imponen ciertas exigencias formales y materiales sobre la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, que deben tenerse en cuenta a los efectos de su aplicación. Como la propia Sala señala: “sitúa al funcionario público en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad”.

Podemos deducir en primer orden que, con ello es válido entonces modificar mediante un instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y legalidad, la duración del permiso favoreciendo al progenitor de familia monoparental puesto que el propio estatuto regula esta posibilidad.

Dicho de otra forma, se produce lo que se puede denominar flexibilidad normativa que permite adaptar el marco legal a las necesidades cambiantes de la administración pública y la sociedad, pudiendo mediante las formas legales efectuar cambios en la regulación de la función pública.

Esta misma línea la ha seguido la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en otras ocasiones²⁸ donde se reconoció el derecho de los funcionarios interinos a percibir trienios por antigüedad, equiparándolos a los funcionarios de carrera, a pesar de que la normativa no lo contemplaba explícitamente para interinos. El Tribunal aplicó una interpretación flexible y conforme al principio de igualdad y no discriminación, adaptando la normativa a la realidad laboral y evitando un trato desigual entre funcionarios que realizan funciones similares.

La misma línea siguió también la Sala de lo Contencioso-Administrativo²⁹ que permitió que los funcionarios pudieran disfrutar de permisos por conciliación de la vida

²⁶ STC 21 de mayo, 65/1987.

²⁷ STC 31 de mayo, 184/1993.

²⁸ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21 de septiembre, Recurso 3070/2018.

²⁹ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 de noviembre, Recurso 1702/2017.

familiar y laboral en términos más flexibles, incluso cuando la normativa no especificaba ciertos supuestos. El Tribunal reconoció la necesidad de adaptar las normas a las nuevas realidades sociales, como la diversidad de modelos familiares y la importancia de la conciliación, ampliando el alcance de los derechos de los funcionarios. En este caso se aplicó una interpretación finalista de las normas sobre permisos, considerando los principios constitucionales de protección a la familia y a la infancia, así como la igualdad entre hombres y mujeres.

La acumulación o el doble permiso podría tratarse de un caso cuya causa sea la adaptación a los cambios sociales ya que es evidente que la existencia de familias monoparentales es un fenómeno que tiene recorrido histórico pero que en la actualidad emerge de forma concreta.

Siguiendo la estela adoptada por la Sala de lo Contencioso Administrativo podemos apreciar como los tribunales españoles y el TJUE han dictado sentencias que reflejan cómo las normativas pueden y deben adaptarse a las necesidades sociales cambiantes. Estas decisiones judiciales han sido clave para impulsar cambios legislativos y adaptar la interpretación de las leyes existentes a nuevas realidades sociales.

En mi opinión, adelantando las conclusiones que al final de este análisis plantearé, este es el argumento principal que debe apreciarse en cuanto a los permisos de progenitores en familias monoparentales.

Nuestros Tribunales en numerosas ocasiones han modificado su criterio con el fin de adaptar la normativa a estos cambios sociales, de hecho, el TC³⁰, aunque en fecha anterior a la aprobación del EBEP (2007), estableció criterios sobre la igualdad de género en el acceso y promoción dentro de la función pública, declarando inconstitucional ciertas disposiciones que discriminaban por razón de género, sentando precedentes que influyeron en la redacción y aplicación del EBEP en materia de igualdad.

Probablemente porque este es el espíritu constitucional respecto la labor del poder judicial en aras de evitar violaciones del principio de igualdad y no discriminación.

Otro ejemplo, lo encontramos en lo relativo a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo³¹, el TC validó la normativa que regula el derecho al aborto dentro de ciertos plazos y condiciones, reconociendo la necesidad de adaptar la legislación a las demandas sociales relativas a los derechos reproductivos y la autonomía de la mujer. Indudablemente la sentencia refleja cómo el marco legal tiene que evolucionar para equilibrar derechos fundamentales y necesidades sociales.

El TS³² abordó la cuestión del teletrabajo en la administración pública, especialmente relevante a raíz de la pandemia de la COVID-19, reconociendo la legitimidad de implementar el teletrabajo como modalidad laboral en el sector público, interpretando las disposiciones del EBEP de manera flexible para adaptarse a las nuevas circunstancias sociales.

³⁰ STC 27 de octubre 192/2003.

³¹ STC 61/2010, de 18 de octubre.

³² STS 17 de marzo de 2021, Recurso de Casación 88/2020.

Lo mismo sucedió cuando la Audiencia Nacional³³ estableció en materia de digitalización y modernización de los procesos administrativos y en función de su afectación a los derechos y deberes de los empleados públicos avaló la implantación de sistemas digitales en la gestión interna, siempre que se garantice la formación adecuada del personal, demostrando la adaptación del EBEP a los avances tecnológicos era necesaria.

5.2. Principio de igualdad y la perspectiva de género

5.2.1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Sobre la posible discriminación indirecta, la Sala de lo Social ha aplicado en otras ocasiones la perspectiva de género para interpretar y aplicar las normas de manera que se corrijan desigualdades y se extienda la protección del sistema de seguridad social a colectivos tradicionalmente discriminados.

Podemos destacar algunas ocasiones en las que la perspectiva de género ha servido para reconocer derechos a las mujeres trabajadoras, por ejemplo, reconociendo el derecho de una trabajadora a computar como tiempo de servicio efectivo el período de excedencia³⁴ por cuidado de hijos a efectos de antigüedad y promoción profesional. Se ha aplicado en las sentencias de este tribunal la perspectiva de género al considerar que son mayoritariamente las mujeres quienes solicitan este tipo de excedencias, y negarles este cómputo perpetuaría una situación de discriminación indirecta.

De la misma forma, se reconoció el derecho de una trabajadora a percibir el complemento por maternidad³⁵ en su pensión de jubilación, a pesar de haber trabajado a tiempo parcial. El Tribunal aplicó la perspectiva de género al entender que las mujeres, más que los hombres, ocupan trabajos a tiempo parcial debido a responsabilidades familiares y negarles el complemento sería discriminatorio.

Lo mismo sucedió respecto a el criterio de la desproporcionalidad de casos que existe entre hombres y mujeres en lo referido a la pensión de viudedad³⁶, en este supuesto, se reconoció el derecho a la pensión de viudedad a una mujer que había convivido en pareja de hecho sin registrarse oficialmente. El Tribunal aplicó la perspectiva de género al considerar que las normas que restringen el acceso a la pensión de viudedad en estos casos afectaban desproporcionadamente a las mujeres, quienes son más vulnerables económicamente tras el fallecimiento de su pareja.

Y, un supuesto que, coincidiendo con la sentencia examinada, en el que se reconoce³⁷ el derecho a la prestación por maternidad a una madre subrogada, aunque la ley española no regula la maternidad subrogada, el Tribunal aplicó la perspectiva de género

³³ STS 22 de septiembre de 2020, Recurso de Casación 32/2019.

³⁴ STS 14 de septiembre, Recurso de Casación 81/2016.

³⁵ STS 12 mayo 2016, Recurso de Casación 119/2015.

³⁶ STS 3 febrero de 2018, Recurso de Casación 3973/2015.

³⁷ STS 19 de abril de 2018, Recurso de Casación 96/2017.

para garantizar el interés superior del menor y evitar la discriminación de la mujer en su acceso a prestaciones de seguridad social.

De hecho, resulta especialmente oportuno recordar como algunos autores han hecho referencia a esta cuestión de modo que³⁸: “...los hijos nacidos en una familia biparental o tradicional dispondrán de más tiempo de cuidados que los nacidos en el seno de una familia monoparental, puesto que en las primeras el tiempo sumado de suspensión de ambos progenitores alcanzará las treinta y dos semanas, pero en las segundas, en las que existe un único progenitor, el tiempo de cuidado sólo seguirá siendo de dieciséis semanas. Esta anómala situación ha llegado ya a sede judicial³⁹, donde es posible encontrar tanto resoluciones que abogan por sumar ambos períodos en estos casos (el que le corresponde al progenitor solo y el que le correspondería al otro progenitor si existiera), determinando ello, además, el acrecimiento del tiempo de la correspondiente prestación”.

Por el contrario, en este supuesto la Sala de lo Social establece que la perspectiva de género no resulta aplicable a pesar de que el 80% de las familias monoparentales tienen al frente una progenitora ya que la cuestión planteada excede el ámbito de la “interpretación y aplicación del derecho” y a su entender se trata de crear una nueva prestación. Por ello, utilizar la perspectiva de género implica adoptar un enfoque hermenéutico que rechaza cualquier interpretación de la norma que resulte discriminatoria hacia la mujer.

De hecho, establece que la normativa actual está diseñada por el legislador de forma consciente y de acuerdo con las circunstancias y las consecuencias que esto supone. Se justifica que el legislador ha obrado consecuentemente con la garantía normativa a los efectos de promover la corresponsabilidad del hombre en la educación y crianza de los hijos, con el objetivo de corregir y evitar sesgos históricos que discriminan a la mujer. Indudablemente difícilmente podemos hacer valor este extremo cuando no existe otro progenitor independientemente de que sea mujer o bien hombre.

En consecuencia, para la Sala de lo Social no es necesaria la perspectiva del género ya que no existe discriminación alguna sino déficit de protección hacia las familias monoparentales. Admitir este extremo sería suficiente para que se realizar una interpretación flexible de la norma, aunque implicara posteriormente una reforma estatutaria de la materia.

En definitiva, la tesis de la Sala se centra en considerar que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos eviten que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento jurídico.

³⁸ BLASCO PEÑICER, C.: Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social, *El Foro de Labos*, núm. 3. Volumen 3, diciembre 2023, págs. 143 y ss.

³⁹ Entre otras, SSTSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2020, recurso 941/2020 y Cantabria, de 8 de abril de 2022, recurso 234/2022 y STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de octubre de 202, recurso 268/2021.

5.2.2. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

A juicio de la Sala se parte de la posible desigualdad fundada en el tipo de familia, con ello establece que esta configuración distinta no puede determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental debe disfrutar del mismo cuidado, atención y protección familiar que el nacido en una familia biparental y que la situación actual que sufren los menores de familias monoparentales es el disfrute de un periodo muy inferior.

Para la Sala esto es una discriminación que se produce por la comparación entre menores que se cualifica por el perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que se dispensan con la presencia de los progenitores.

También porque se produce una diferencia temporal en el número de semanas que es sustancial y que no debe ignorarse a los efectos de la protección y atención a esa edad tan temprana.

Consideran los magistrados que la situación resulta especialmente “lacerante” por la ausencia de justificación alguna, no es que se trate de una justificación que no pueda considerarse objetiva ni razonable, es que no se produce ninguna justificación.

Una argumento, especialmente sólido de la Sala es que la necesidad de cuidados de los menores es la misma en todos los casos, por lo que el trato debe ser igual, sin que puedan crearse, ante esa falta de justificación, situaciones discriminatorias.

Siguiendo el razonamiento el juicio de igualdad es un juicio relacional. Debe partir, como presupuesto necesario, que nos encontramos ante grupos o categorías que estén en situaciones subjetivas homogéneas, como es el caso de los menores recién nacidos, independientemente del núcleo familiar al que pertenezcan. Y, sin embargo, se producen consecuencias jurídicas diferentes como es la reducción drástica de las semanas del permiso en las familias monoparentales, cuestión que evidencia la ilicitud de tal diferencia de trato por la falta de justificación objetiva y razonable al respecto. No existe ninguna justificación razonable para explicar la diferencia de efectos jurídicos entre ambas situaciones jurídicas equiparables, entre menores recién nacidos en función del tipo de familia ya sea esta monoparental o biparental.

La justificación normativa de esta tesis se apoya, de la misma forma que lo ha venido haciendo la Sala de lo Social como ya hemos indicado, en la normativa que, en el ámbito internacional y nacional establece que las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos deberá primar el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Concluyendo que: “No puede haber, en resumen, ninguna diferenciación entre iguales que resulte inexplicable.” Razonando que la diferencia de trabajo no puede basarse en razones arbitrarias, engañosas, o de orden práctico, al contrario, han de ser razones justificadas y proporcionadas a la finalidad perseguida⁴⁰.

⁴⁰ STC 29 de octubre, 117/2018.

Como así ha fallado el TC poniendo en valor que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Siendo preciso que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida; de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos⁴¹.

La Sala recuerda que, en todo caso, la norma ya ha delimitado un supuesto de familia monoparental, atendiendo a aquel que se produce en el caso del fallecimiento de la madre, en el artículo 49 a) párrafo segundo del EBEP. En este caso se ha concluido que el otro progenitor puede hacer uso de la totalidad del permiso en curso de la madre, permitiendo, por tanto, la suma o adición, consecuentemente en beneficio del menor.

Es cierto que la mayoría de las familias monoparentales son las mujeres las que son cabeza de familias, pero como indica la Sala, no existen cifras concretas que permitan avalar mediante un criterio cuantitativo para justificar la diferencia de trato ni para avalar una respuesta negativa a la ampliación del permiso cuya denegación se impugnó ante los órganos jurisdiccionales.

La Sala de lo Contencioso Administrativo establece que: “el legislador en lo relativo a la regulación legal expresa de las familias monoparentales, considera que la igualdad por razón de nacimiento o por cualquier circunstancia social, respecto de los menores recién nacidos (artículo 14 de la CE) y el interés superior del menor (artículo 39 de la CE), nos conduce a una interpretación conforme con la Constitución, que no podemos soslayar...”.

Esto implica que la interpretación de la Sala respecto del artículo 49 del EBEP es la que resulta conforme con la Constitución, en concreto los artículos 14 y 39, y el resto del ordenamiento jurídico, respetando la igualdad y el interés superior del menor, mediante la proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento.

En consecuencia, con lo anterior, no se entiende que se pueda justificar que los menores, dependiendo si pertenecen a un tipo de familia o a otro tipo, puedan recibir durante más tiempo la atención y los cuidados de alguno de sus progenitores con independencia de si son empleados públicos o no lo son.

Indudablemente todos los hijos deben recibir el cuidado y atención a que se refiere en el artículo 68 del Código Civil, en la misma medida, sin que la interpretación de la Ley pueda conducirnos a conclusiones que lesionen la igualdad. Se trata de una obligación recíprocas entre los cónyuges, incluyendo el respeto, la ayuda mutua, el deber de convivencia y la responsabilidad compartida en el cuidado del hogar y de los hijos. Téngase en cuenta que en el caso de las familias monoparentales este deber recae exclusivamente en el progenitor responsable.

⁴¹ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 117/1998, de 2 de junio; 200/2001, de 4 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero, entre otras.

5.3. *El interés del menor*

5.3.1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Precisamente sobre la tesis del interés del menor, defendida por el voto particular del Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín conviene reflexionar que su punto de partida es el mandato que la CE⁴² otorga a los poderes públicos para asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos conforme a los acuerdos internacionales y la concreta normativa nacional que vela por los derechos de los hijos y la protección a la infancia y la adolescencia establecida expresamente en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 enero, de protección jurídica del menor la garantía de protección del interés del menor queda delimitada legislativamente.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, señala que el concepto de interés superior del menor se define desde un contenido triple en el preámbulo:

“Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución.

Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.

Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”⁴³.

Aunque el contenido es triple basta poner de relieve el segundo de ellos referido a que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Esto es posible mediante una interpretación de forma integrada de los artículos 177 LGSS y el artículo 3 del Código Civil relativo a la posibilidad de interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas.

En este sentido la Sala de lo Civil del TS⁴⁴ abordó la cuestión del disfrute del permiso por lactancia por parte de los progenitores. La legislación permitía diferentes interpretaciones sobre si ambos progenitores podían disfrutar simultáneamente del permiso. El Tribunal interpretó la norma de manera que ambos progenitores pudieran ejercer este derecho, considerando que favorecía el interés superior del menor al permitir que tanto

⁴² Artículo 39 CE.

⁴³ Preámbulo de Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴⁴ STS Sala de lo Civil, de 30 de abril, Recurso 245/2012.

el padre como la madre participaran en el cuidado del niño. El Tribunal señaló que la interpretación que permite a ambos progenitores disfrutar del permiso contribuye a la igualdad entre hombres y mujeres y promueve la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos. Al permitir que ambos progenitores estén presentes en la atención del menor, se favorece su desarrollo y bienestar.

También, en la misma línea, podemos poner como ejemplo la sentencia de la Sala de lo Civil del TS⁴⁵ sobre la posibilidad de que un progenitor disfrutara de permisos parentales en situaciones no previstas expresamente en la normativa. Aunque la ley no contemplaba claramente el supuesto, el Tribunal optó por una interpretación extensiva que permitía al progenitor acceder al permiso, considerando que era lo más beneficioso para el menor. La interpretación teleológica de la norma permitió buscar la finalidad de la norma, que es proteger el bienestar del menor y facilitar el cuidado parental. El Tribunal afirmó que, ante varias interpretaciones posibles, se debe elegir la que mejor atienda a las necesidades del niño.

En este supuesto la Sala establece que la solución al conflicto no puede sostenerse, como hace la sentencia recurrida, en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor; no sólo porque no es el único en juego, sino porque no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. En éstas, la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia; y, en caso contrario, no se le concede, de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce y se considera de especial relevancia por la Sala, no puede ser el único factor decisivo y determinante en esta cuestión.

Curiosamente existen sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha considerado posible, conforme al Estado constitucional de Derecho, realizar una interpretación integradora de las normas aplicables en base al interés del menor porque debe tener una consideración primordial.

En conclusión, esta decisión basada en una opción legislativa por la que es precisa la existencia de dos progenitores para poder disfrutar de la acumulación de permisos disfrutados en el caso de existir dos progenitores puede interpretarse como una posible discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE.

5.3.2. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

En la caracterización y ordenación de estos permisos convergen una serie de intereses variados, entre ellos, el interés del menor que precisa una constante e intensa protección, atención y cuidados durante los primeros meses de vida.

A juicio de la Sala todos los intereses son importantes, pero lo es de forma relevante el interés del menor que destaca sobre todos ellos, es un interés superior, que se erige por encima de todos los demás, situándose en un plano destacado y preferente.

⁴⁵ STS Sala de lo Civil, 25 noviembre, Recurso 1385/2014.

La base estructural de este criterio es la igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 14 de la CE), según haya nacido en un tipo u otro de familia independientemente de su configuración.

La igualdad exige evitar cualquier clase de discriminación, toda vez que la interpretación que se realice del artículo 49 EBEP debe resultar conforme con ese derecho fundamental y con la interdicción de cualquier forma de discriminación, alejándonos, por tanto, de interpretaciones que erosionen este derecho fundamental.

Dentro del marco constitucional de la igualdad, el propio artículo 14 de la Carta Magna cita de forma específica el nacimiento, pues señala que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El tipo de familia no puede, por tanto, determinar la diferencia de trato entre los menores ni ningún otro colectivo, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar que dispensa el artículo 68 del Código Civil de la misma forma que el nacido en una familia biparental. No cabe por ello que el tiempo de disfrute del permiso que analizamos sea por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental donde el disfrute se extiende a 26 semanas.

El interés del menor prevalece puesto que en caso contrario el perjuicio ocasionado a los menores se proyecta tanto por privarles del cuidado de la persona progenitora en edad temprana como por reducirles sustancialmente el tiempo de disfrute del cuidado.

Para la Sala de lo Contencioso Administrativo la situación resulta especialmente lacerante por la ausencia de justificación alguna, ni siquiera se trata de una justificación que no pueda considerarse objetiva ni razonable, lo que se produce es ausencia de ésta.

Téngase en cuenta que la necesidad de cuidados de los menores es la misma en todos los casos, por lo que el trato debe ser igual, sin que puedan crearse, ante esa falta de justificación, situaciones discriminatorias carentes de efectos jurídicos.

Como es lógico recordemos que el juicio de igualdad es un juicio relacional lo que implica que debe partir, como presupuesto necesario, estar comparando grupos o categorías que estén en situaciones subjetivas homogéneas, como son todos los menores recién nacidos.

En consecuencia, el hecho fundamental de que se produzcan consecuencias jurídicas diferentes como es la reducción drástica de las semanas del permiso en las familias monoparentales y la reducción del derecho de cuidado a los menores evidencia diferencia de trato suficiente que no se encuentra justificada en ningún caso.

6. Conclusiones

Podemos partir de la afirmación de que la normativa vigente no protege adecuadamente a las familias monoparentales, las cuales se encuentran en una situación de vulnerabili-

dad social y económica que supone serios impedimentos para que los menores que forman parte de estas familias reciban el cuidado y la protección necesarios que sí reciben los menores de las familias biparentales.

Aunque la anterior consideración es un juicio de valor personal creo que es necesario hacerlo para situar y comprender los juicios judiciales en este caso.

La consideración realizada referida a la existencia de trato desigual pone de manifiesto que mi postura es seguidora del fallo de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS. Pero este análisis no debe concluir con una postura gratuita quier consideramos que, ante este de trato desigual, de insuficiencia y déficit de tutela específica sería deseable, desde luego, la inmediata intervención garantista del legislador con el objeto de modificar la normativa reguladora.

Dado que esta adaptación no se ha realizado, es necesario que los tribunales actúen interviniendo mediante la interpretación de la normativa vigente hasta que esta sea modificada. De este modo, se podrá ajustar la realidad social de los menores integrantes de las familias monoparentales a la necesidad de protegerlos y equipar su situación a la de los menores en familias biparentales.

El eje fundamental de esta cuestión, en mi opinión, es la discriminación del menor por razón de filiación o estado civil de su progenitor. Este es probablemente el mejor argumento para consolidar el interés del menor que debe prevalecer sobre cualquier otro, incluso del Estado. Fijemos nuestro argumento en que, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España en 1990, en su artículo 3.1 establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Ambas Salas han utilizado argumentos para determinar si es posible o no acumular el tiempo del permiso concluyendo de forma contraria y conviene concluir sus argumentos.

La Sala de lo Social mantiene una interpretación estricta y literal de la normativa laboral vigente en materia de permisos parentales. Postura seguida en sus sentencias, estableciendo que los permisos por nacimiento y cuidado de menor están diseñados por el legislador para ser disfrutados individualmente por cada progenitor, sin posibilidad de acumulación en casos de familias monoparentales.

Conforme al principio de literalidad de la Ley entiende que la normativa actual no contempla la acumulación de permisos en favor de un único progenitor ya que el ET y las leyes complementarias establecen derechos individuales e intransferibles para cada progenitor.

Considera que extender los permisos más allá de lo previsto en la ley implicaría una invasión de las competencias otorgadas al legislador al punto que cualquier modificación en este sentido debe ser realizada por el poder legislativo y no por la interpretación judicial ya que una interpretación extensiva podría generar inseguridad jurídica y desigualdades en la aplicación de la normativa laboral.

La perspectiva de la Sala de lo Social prioriza el principio de legalidad y la separación de poderes, evitando exceder las competencias judiciales considerando que cualquier ampliación de derechos debe provenir del poder legislativo, no del judicial. Esta perspectiva es también defendida por algunos autores⁴⁶ que indican que: “procede concluir que no es posible ampliar a 24/32 semanas el permiso de maternidad de la mujer en familias monoparentales, pues tal derecho no ha sido reconocido en la normativa referida por expresa «voluntas legislatoris»”.

Si bien es evidente la base jurisprudencial consolidada por la Sala para este argumento, en mi opinión, queda evidenciado que diferenciar según el modelo de familia el derecho de cuidado del menor, siendo restringido considerablemente en el caso de menores en familias monoparentales, no justifica en ningún caso esta diferencia quedando claro, como se ha hecho a lo largo del análisis, el perjuicio considerable para el interés del menor que se ve privado del cuidado debido de la persona progenitora en un tiempo sustancialmente destacado.

Al profundizar en esta medida, surgen otras cuestiones como la dificultad presupuestaria del sistema de Seguridad Social. El argumento de la limitación de recursos económicos de esta institución, patente en la actualidad, también es relevante en el caso de las familias monoparentales, ya que los gastos derivados de la crianza del menor recaen exclusivamente en una sola persona progenitora. Si para el Estado resulta complejo manejar la falta de presupuesto, esta complejidad es infinitamente mayor para el progenitor de una familia monoparental que es el único sustento para la familia. No olvidemos, en este sentido, la importancia del deber de corresponsabilidad del Estado que no puede ni debe ignorar.

Por tanto, la realidad es que a estas familias se las tiene que dispensar un trato especial como es el caso, por ejemplo, de las familias numerosas, que necesitan de un trato desigual fundado en razones objetivas, como, en ocasiones, las normas laborales y que debería abordar el legislador de forma improrrogable. Todos estamos pendientes de la aprobación de la Ley de Familias que, parece, otorgará un trato igualatorio a todas las modalidades familiares.

Es imprescindible entonces, a falta de esta regulación normativa, la composición de resoluciones judiciales que sirvan para garantizar los derechos de este colectivo. Esta labor interpretativa ha sido ya llevada a cabo el TS en múltiples ocasiones cuando existe una necesidad evidente de garantizar la justicia y proteger derechos fundamentales, aun cuando la norma no contemple expresamente la solución.

Este enfoque permite que el derecho evolucione y se adapte a nuevas realidades sociales, asegurando una aplicación equitativa y justa de las leyes. Como en el caso, por ejemplo, de la STS, Sala de lo Social⁴⁷ donde el tribunal reconoció el derecho de una trabajadora a percibir la prestación por maternidad en casos de gestación subrogada, a pesar de que la ley española no regula explícitamente esta situación. El TS interpretó extensi-

⁴⁶ LÓPEZ HORMEÑA, C.: El permiso de maternidad de las mujeres de familias monoparentales: ¿derecho a disfrutar de 16 semanas o de 32 semanas?, *Diario la Ley*, núm. 9991, 2022.

⁴⁷ STS (Sala de lo Social 19 de abril de 2018, Recurso 96/2017).

vamente la normativa de Seguridad Social para proteger el interés superior del menor y evitar una situación discriminatoria, a pesar de la ausencia de regulación específica.

En otras palabras: realizar una interpretación integradora de las normas aplicables es una labor que el TS ha realizado en múltiples ocasiones y que, entendemos es fundamental.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha adoptado una interpretación más flexible y finalista de la normativa, favoreciendo la acumulación de permisos en casos de familias monoparentales para garantizar el interés superior del menor y el principio de igualdad.

Enfatiza que la finalidad de los permisos parentales es promover la conciliación familiar y laboral, así como asegurar el cuidado y bienestar del menor, independientemente de la estructura familiar.

Principalmente porque negar la acumulación de permisos a familias monoparentales puede constituir una discriminación indirecta, ya que sitúa a estos núcleos familiares en desventaja respecto a las familias biparentales.

La Sala apela a los principios constitucionales y a los tratados internacionales que protegen los derechos de la infancia y la familia, permitiendo una interpretación que amplíe la protección en favor del menor. Esto es optar por una interpretación teleológica y sistemática, considerando la finalidad de la norma y su contexto dentro del ordenamiento jurídico y los principios constitucionales.

Destaca la Sala de lo Contencioso Administrativo el principio de igualdad y el interés superior del menor, entendiendo que la norma debe aplicarse de manera que no genere discriminaciones ni perjuicios para los menores en familias monoparentales.

Respecto del papel del poder judicial es adecuada la interpretación que aporta la Sala al entender que tiene un papel activo en la protección y garantía de los derechos fundamentales, incluso si ello implica una reinterpretación de la normativa vigente.

La implicación práctica de las decisiones contrapuestas de las Salas tiene consecuencias para las familias monoparentales con claro impacto en los menores que son parte de estas familias. La Sala de lo Social mantiene las limitaciones actuales, sin permitir la acumulación de permisos, lo que puede afectar negativamente la capacidad de estas familias para conciliar la vida laboral y familiar mientras que la Sala de lo Contencioso Administrativo reconoce la posibilidad de acumular permisos, brindando una mayor protección y apoyo a las familias monoparentales.

No obstante, la discrepancia entre ambas Salas genera incertidumbre jurídica y evidencia la necesidad de una clarificación legislativa que unifique criterios motivando un importante debate doctrinal que ya estaba abierto y que ahora previsiblemente se incrementará.

Para concluir, queda evidenciado que la divergencia doctrinal entre la Sala de lo Social y la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en materia de permisos para familias monoparentales refleja dos enfoques interpretativos distintos:

El primero, basado en el formalismo Jurídico vs. principios constitucionales: Mientras la Sala de lo Social se apega al formalismo jurídico y a una interpretación literal de la ley, la Sala de lo Contencioso-Administrativo privilegia una interpretación conforme a los principios constitucionales de igualdad y protección del menor.

El segundo, el Rol del Legislador vs. Activismo Judicial: La Sala de lo Social defiende el rol exclusivo del legislador en la ampliación de derechos, mientras que la Sala de lo Contencioso Administrativo asume un papel más activo en la defensa de derechos fundamentales a través de la interpretación judicial.

Esta situación pone de manifiesto la importancia de abordar legislativamente la protección específica de las familias monoparentales, con el fin de garantizar una aplicación homogénea de los derechos y evitar interpretaciones dispares que puedan afectar la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos.

En resumen, mi opinión es que no hay circunstancia que proporcione una justificación razonable para explicar la diferencia de efectos jurídicos entre ambas situaciones jurídicas equiparables, entre menores recién nacidos en función del tipo de familia, monoparental o biparental, con independencia de que se trate una persona funcionaria o una persona trabajadora laboral.

De la misma forma que es difícil entender la razón de que unos menores recién nacidos puedan recibir durante más tiempo la atención y los cuidados de alguno de sus progenitores, empleados públicos y otros no. Todos deben recibir el cuidado y atención en la misma medida, sin que la interpretación de la Ley pueda conducirnos a conclusiones que lesionen la igualdad. Lo que me lleva a pensar que en un futuro reciente se producirán cambios significativos en esta materia.

De forma más oportuna posible y de manera reciente, el 6 de noviembre del presente año, el TC ha publicado una nota informativa⁴⁸ declarando inconstitucional que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, no puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas.

El Pleno del TC ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el TSJ de Cataluña que consideraba que las previsiones legales referidas al derecho de disfrute del permiso suponían un trato discriminatorio hacia el menor de familia biparental a pesar de que tenía idénticas necesidades.

La sentencia del Pleno del 140/2024, de 6 de septiembre de la que es ponente la Excelentísima Magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga y de la reflexión respecto de los votos particulares emitidos queda evidenciado que la postura del TC es poner en valor que la finalidad que persigue la regulación vigente al equiparar los permisos de nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor son la conciliación y la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

Pero lo que se plantea en la sentencia no es poner en duda esa equiparación, sino el hecho de que la norma no prevea la posibilidad de que la madre biológica extienda su permiso por el período que hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir, y el impacto que esa omisión tiene en los nacidos en el seno de las familias monoparentales. Es una omisión sin justificación a juicio del TC.

La sentencia explica que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, una vez dispuesta una

⁴⁸ Nota Informativa del Tribunal Constitucional N.º 109/2024 de 6 de noviembre.

determinada herramienta de protección (art. 39 CE), su articulación concreta debe respetar las exigencias que se derivan del art. 14 CE.

La consideración más importante del TC es la que afirma que el legislador no utiliza ese margen puesto que al introducir –mediante su omisión– una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales, que no supera el canon de razonabilidad y proporcionalidad, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales.

Finalmente, el TC recuerda que hasta que el legislador no se pronuncie al respecto, en las familias monoparentales el permiso a que hacen referencia los arts. 48.4 ET y 177 LGSS ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso para la madre biológica (16 semanas), el previsto para progenitor distinto (10 semanas, al excluirse las 6 primeras, que necesariamente deben disfrutarse de forma ininterrumpida e inmediatamente posterior al parto).

Seguimos avanzando seguros que esta sentencia avivará el debate doctrinal, promete ser un punto seguido para las ya diversas posturas mantenidas detractoras y defensoras de la acumulación del permiso extendiendo el tiempo de duración. Las decisiones judiciales de este tipo suelen incitar a los expertos a reevaluar interpretaciones previas y a explorar impactos o modificaciones normativas, seguramente pueden sentar la base para la reforma legal.

Bibliografía citada

- AAVV La realidad de la monoparentalidad en España: un análisis multidisciplinar (directora M. Begoña García Gil), Sepin, 2022.
- AGRA VIFORCOS, B.: “Dificultades para la integración laboral de las familias monoparentales”, en AA.VV.: La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.
- ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: Familias monoparentales y relaciones laborales en AA.VV. La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar, Sepin, 2022.
- BLASCO JOVER, C.: “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 451, 2020.
- BLASCO JOVER, C.: Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social, El Foro de Labos, núm. 3. Volumen 3, diciembre 2023.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: “Familias monoparentales y derechos laborales: el caso de los permisos por nacimiento y cuidado de menor.”, Actualidad Laboral, 28 (3), 2022.
- FERNÁNDEZ, A.: “Corresponsabilidad social y monoparentalidad: desafíos actuales”. Cuadernos de Trabajo Social, 32(2), 2019.

- GÁLVEZ, L., & RODRÍGUEZ, M.: “Impacto de las políticas de conciliación en las familias monoparentales: Una perspectiva comparada”. *Política y Sociedad*, 57(1), 2020.
- GARCÍA ROMERO, B.: “Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La ampliación de los permisos parentales en familias monoparentales: análisis jurisprudencial.”, *Revista de Derecho Social*, 97, 2022.
- GONZÁLEZ, M. T. (2015). “Conciliación laboral y familiar en las familias monoparentales: Retos legales”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, (115), 2015.
- GOÑI SEIN, J.L.: “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005.
- LÓPEZ HORMEÑA, C.: El permiso de maternidad de las mujeres de familias monoparentales: ¿derecho a disfrutar de 16 semanas o de 32 semanas?, *Diario la Ley*, núm. 9991, 2022.
- LÓPEZ LÓPEZ, M. T.: “La corresponsabilidad del Estado en la protección de las familias monoparentales”. *Revista de Derecho de Familia*, 68, 2016.
- LÓPEZ LÓPEZ, M. T.: “Familias monoparentales y desigualdad de género en el ámbito laboral”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36, 2018.
- MARTÍNEZ MORENO, L.: “El permiso parental en familias monoparentales: ¿una discriminación indirecta?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 242, 2022.
- MARTÍNEZ, P.: “La protección jurídica de las familias monoparentales en el derecho español”. *Anuario de Derecho Civil*, 73(1) 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de dos permisos en un único progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2023.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, J.: “Equiparación de los permisos parentales en familias monoparentales: una necesidad social.”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 39(2), 2021.
- SÁNCHEZ, M.: “La obligación de corresponsabilidad del Estado frente a las familias monoparentales”. En Gómez, J. (Ed.), *Políticas familiares y derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2017.
- TAJADURA DÍEZ, M. y PUERTO BARRIO, A.M.: La prestación por nacimiento y cuidado del menor y la familia monoparental, *RGDTSS*, núm. 62, julio 2022.

El simple reposo médico y su valor como indicio de discriminación por situación de enfermedad o condición de salud

Simple medical rest and its value as an indication of discrimination based on health condition or disease status

Jaime Piqueras García

*Personal Investigador en Formación (FPU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0002-6762-346X

Recibido: 11/7/2024

Aceptado: 12/9/2024

doi: 10.20318/labos.2024.9124

Resumen: El análisis doctrinal en cuestión trata la Sentencia 1057/2024 (R°. 3487/2023), de 16 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que arroja luz sobre los indicios que pueden operar -o más bien, que no operan- en la inversión de la carga de la prueba en eventuales situaciones de discriminación vinculados con la condición de salud o la situación de enfermedad. El TSJ de la Comunidad Valenciana concluye que, para este supuesto concreto, la simple asistencia y el reposo médico no es indicio suficiente para invertir la carga probatoria, declarando el despido como improcedente y no nulo. La empresa aporta hechos que consiguen desvirtuar la intención lesiva del derecho fundamental a la no discriminación, vinculados con desavenencias entre el trabajador y la empresa a la hora de llevar a cabo la prestación de servicios.

Palabras clave: Reposo médico; indicio; discriminación; enfermedad; salud; inversión de la prueba.

Abstract: The doctrinal analysis in question deals with Ruling 1057/2024 (R°. 3487/2023), of April 16, of the Social Chamber of the Superior Court of Justice of the Valencian Community, which sheds light on the indications that can operate -or rather, that do not operate- in the reversal of the burden of proof in possible situations of discrimination linked to the condition of health or the situation of illness. The STSJ of the Valencian Community concludes that, in this specific case, the mere attendance and medical rest is not sufficient evidence to reverse the burden of proof, declaring the dismissal to be unfair and not null and void. The company provides facts that manage to disprove the harmful intention of the fundamental right to non-discrimination, linked to disagreements between the worker and the company at the time of providing the services.

Keywords: Medical rest; indicia; discrimination; disease; health; reversal of evidence.

*jaime.piqueras@uv.es

I. Origen del proceso

La sentencia en cuestión trata sobre un proceso individual de reclamación de despido con vulneración de derechos fundamentales. La reclamación se inició debido a la decisión del empleador, dedicado a la actividad de hostelería en la ciudad de Valencia, de extinguir la relación laboral de uno de sus empleados tras una ausencia médica que derivó en un reposo relativo, pero no en una incapacidad temporal. Durante los meses anteriores, se habían producido una serie de discrepancias entre trabajador y empresario, donde la situación de ausencia terminó siendo el factor determinante para proceder al despido, como se detalla a lo largo del comentario.

El actor, con categoría profesional de ayudante de camarero y una antigüedad a efectos de despido de diez meses en la empresa, comunicó a la empresa el 6 de octubre de 2022 que debía de ausentarse de forma urgente del trabajo para acudir al médico de cabecera, debido a molestias cervicales que impedían su prestación de servicios de forma adecuada. Al acudir al centro de salud, si bien el facultativo no emitió un informe de incapacidad temporal, el trabajador obtuvo un justificante de asistencia a consulta médica, que indica un reposo domiciliario y deportivo absoluto de 24 a 48 horas, junto a un informe en el que se pauta un reposo relativo general y un reposo deportivo absoluto —ya que el trabajador realiza ejercicio físico—, también durante 24 a 48 horas. Además, se incluye un informe de tratamientos para paliar las molestias. La conversación llevada a cabo entre trabajador y empleador por mensajería instantánea, siendo el habitual método de comunicación entre ambos, muestra que la advertencia sobre las dolencias se produjo a las 13:24 horas, mientras que el informe de reposo médico fue emitido a las 13:50 horas. Ese día, el trabajador debía iniciar su horario de trabajo a las 19:00 horas de la tarde y aportó el justificante de asistencia médica a las 21:13 horas.

Dos días después, el 8 de octubre de 2022, el trabajador mantenía las dolencias y se dispuso a volver al centro de salud que correspondiese. Al comunicarlo al empleador, el actor recibió una carta por la que se procedía a su despido, en un espacio muy breve de tiempo. Los mensajes sobre el mantenimiento del malestar y la intención de asistir de nuevo al centro médico de cabecera o a la mutua se producen a las 11:54 horas y la carta de despido se envía a las 11:57 horas.

La carta de despido se fundamenta de forma imprecisa y sin relato de hechos concretos en los arts. 54.1 y 54.2 letras d) y e) del ET, es decir, en un incumplimiento grave y culpable del trabajador; la trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza; así como la disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajo, respectivamente. Además, la carta de despido reconoce la improcedencia, señalando la cuantía a abonar al trabajador por este concepto en la liquidación.

II. Antecedentes de hecho en instancia

Con esta descripción inicial de hechos, el actor tiene interés en el reconocimiento de la nulidad del despido, con el resto de los efectos vinculados a dicha calificación, junto a

una indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Tales pretensiones se plantean con base en la supuesta infracción del art. 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, mediante la cual se integra la “enfermedad o condición de salud” como un motivo de discriminación en el empleo. La defensa gira en torno a que la decisión de la empresa se produce a consecuencia de la asistencia médica y el reposo, o sobre la posibilidad de que las dolencias derivasen en una incapacidad temporal. Con el fin de demostrar la vulneración, la parte actora cuenta con el justificante médico de asistencia, el informe de reposo, las comunicaciones de mensajería instantánea con la empresa y la carta de despido.

Tras el preceptivo acto de conciliación, celebrado sin avenencia, el trabajador formuló la reclamación del despido, obteniendo la improcedencia, sin embargo, no la nulidad, ante el Juzgado de lo Social Nº 4 de Valencia. La sentencia de instancia recoge que, en el acto de juicio, la empresa aportó comunicaciones entre el trabajador y el propietario del negocio, en las cuales se reflejan desavenencias entre ambos relativas a la prestación de trabajo. La discrepancia más relevante es la del 31 de agosto de 2022, cuando el trabajador solicitó no hacer más turnos partidos. Tras la comunicación de la empresa indicando que los turnos partidos eran rotatorios y necesarios para mantener la plantilla, el trabajador quedó conforme.

El resto de las comunicaciones tratan sobre una petición para reducir la jornada laboral, la cual es aceptada por la empresa; una solicitud de tres días de vacaciones o el intercambio de días diferentes para trabajar, siendo requerida con una antelación de catorce días; la negativa a trabajar un día fuera de su horario habitual por un número de horas reducido; y, por último, la advertencia en una ocasión por el uso inadecuado del material del establecimiento.

Por su parte, la sentencia recoge que el trabajador alegó como principal indicio de discriminación el justificante de asistencia médica, siendo el único documento que obtuvo la empresa. Frente a este, la empresa se opone a que sea un principio de prueba suficiente, basándose en que el documento se aportó dos horas más tarde del horario habitual de trabajo y en que el trabajador, el mismo día que se inicia el reposo, comunicó al empleador que sí acudiría al trabajo a los dos días, cuando, en realidad, terminó reiterando su voluntad de acudir al centro de salud de cabecera o a la mutua. La argumentación de la empresa termina con que el despido no es por motivos médicos, sino por la falta de asistencia y la mala predisposición al trabajo –reflejada en las comunicaciones aportadas por la empresa–, negando que exista la situación de enfermedad y reconociéndose la improcedencia por cuestiones prácticas, con intención de evitar el gasto judicial.

El juzgador de instancia concluye que el trabajador no consigue aportar indicios suficientes para que se produzca la inversión de la carga de la prueba, centrándose en el aporte del justificante de asistencia y el informe de reposo médico. La fundamentación jurídica continúa señalando que, aunque la documental médica facilitada por el trabajador se considerase indicio suficiente, a la vista de las comunicaciones aportadas por la empresa, el empleador no buscaba la vulneración de derechos fundamentales, distanciando tal situación de la discriminación. De esta forma, el juzgado interpreta que

la empresa procedió al despido con el reconocimiento de la improcedencia por las discrepancias entre el trabajador y la empresa con el fin de evitar el procedimiento legal, tal y como alegaba la parte demandada.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la parte actora formula recurso de suplicación interesada de nuevo en que se determine la nulidad con base en diversos motivos, siendo el principal el art. 193.c) de la LRJS sobre la infracción de normas sustantivas y el error en la apreciación de la prueba. Se eleva el recurso ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, señalando que el fundamento jurídico de instancia no realiza una argumentación ni justificación completas para determinar que no existen indicios suficientes que inviertan la carga de la prueba ni toma en cuenta todos los elementos aportados por el trabajador a la hora de no reconocer la discriminación por enfermedad o condición de salud. La parte recurrente señala que la sentencia de instancia presta principal atención al justificante de asistencia médica, debiendo de practicarse también la valoración sobre el resto de documental aportada (el informe de reposo médico, las comunicaciones entre empresa y trabajador, y, por último, la carta de despido), en un conjunto de indicios que sí permitieran invertir la carga de la prueba y mostrar la existencia de discriminación.

III. Resolución de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Admitido el recurso a trámite, la Sala está facultada para señalar que la Ley 15/2022 toma como referencia el art. 14 de la CE y qué, debido a su especial relevancia social, incorpora expresamente en su art. 2.1 a la enfermedad o condición de salud como motivos de discriminación, entre otras circunstancias o condiciones personales. El art. 2.3 de la Ley 15/2022 establece que, en situaciones de enfermedad, no podrán realizarse diferencias de trato salvo las derivadas del propio proceso de tratamiento, las limitaciones objetivas en la prestación del trabajo, o las exigidas por razones de salud pública.

De este modo, la Sala admite que, a la hora de analizar un despido en situación de enfermedad, puede resolverse tanto la nulidad como la improcedencia, dependiendo de si se acredita que el cese laboral es a consecuencia de la situación de enfermedad o estado de salud, o si, por el contrario, responde a motivos ajenos a dicha situación, respectivamente. Para esta determinación, el art. 30 de la Ley 15/2022 establece las reglas relativas a la carga de la prueba, por las cuales, una vez aportados indicios fundados sobre la existencia de discriminación, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, en consonancia con los arts. 96.1 y 181.2 de la LRJS.

Tras exponer los preceptos legales necesarios para resolver el asunto, y con anterioridad a su fundamentación final, la Sala se sirve de diversa doctrina constitucional sobre la carga de la prueba para consolidar su argumentación posterior, haciendo referencia a diversas sentencias.

Dicha exposición comienza por la STC 125/2008 de 20 de octubre, donde se señala que las lesiones de los derechos constitucionales cuentan con especial dificultad probatoria de ser desvelados, y que por tal motivo, junto a la prevalencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, se viene aplicando la norma específica de distribución de la carga de la prueba mediante la prueba indiciaria.

Para esta distribución específica, consistente en la inversión de la carga de la prueba, la STC 38/1986, de 21 de marzo, establece que el trabajador debe de aportar un indicio razonable de que la decisión empresarial lesiona el derecho fundamental con un principio de prueba que muestre ese motivo oculto. Tal y como complementan las SSTC 114/1989, de 22 de junio y 85/1995, de 6 de junio, el indicio en cuestión no puede consistir en la mera alegación de vulneración constitucional, sino que debe de permitir razonar la posibilidad de que se haya producido dicha vulneración.

Siguiendo las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 136/1996, de 23 de julio, solamente cuando se haya llevado a cabo dicho indicio razonable se puede hacer recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su decisión tiene otras causas reales y con entidad suficiente como para llevarla a cabo, siendo esta la única forma de desvirtuar la lesión creada de forma aparente por los indicios de vulneración. Tales pronunciamientos continúan sosteniendo que dicha inversión supone una auténtica carga probatoria y no un simple intento de negar la vulneración, debiendo de llevar al juzgador a la convicción de que las causas alegadas son las únicas que han motivado la decisión empresarial y de que se hubieran llevado a cabo en cualquier caso al margen del propósito vulnerador de derechos fundamentales. Las sentencias anteriores finalizan resumiendo que la inversión de la carga de la prueba, una vez producida, conlleva que *“el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador”*.

Haciendo uso de la doctrina anterior, y para concluir, la sentencia hace referencia a las comunicaciones entre empresa y trabajador, por la que se muestran las desavenencias producidas con anterioridad al reposo médico y al despido, señalando que la sentencia de instancia no estimó que concurrieran indicios de discriminación por razón de enfermedad o condición de salud. Esto se debe a que el actor no fue dado de baja médica por incapacidad temporal para el trabajo, prescribiendo únicamente el reposo relativo durante 24-48 horas, qué alcanzó los días 6 y 7 de octubre de 2022. Finalmente, debido a que la valoración de los indicios de vulneración de los derechos fundamentales recae en el juzgador de instancia¹, la Sala determina que el despido obedece a la conflictiva relación existente entre las partes, derivada de los desacuerdos sobre los turnos y el horario partido. De esta forma, desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida, ya que se ha alejado la sospecha de vulneración de derechos fundamentales, quedando acreditado que la decisión de despido es ajena a la discriminación.

¹ ALEGRE NUENO, Manuel, “Sanción disciplinaria vulneradora de la garantía de indemnidad: carga de la prueba”, *Revista española de derecho del trabajo*, Nº. 224, 2019.

IV. Comentarios y valoración crítica

Comenzando por el alegato principal de dicho proceso, y una vez siendo la sentencia firme, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia marca un precedente por el cual, una ausencia médica junto a un reposo relativo no acompañado de una incapacidad temporal no es, al menos por sí solo, indicio suficiente para invertir la carga de la prueba en una eventual situación de discriminación.

Tras la exposición de hechos y el análisis jurídico que presenta la Sala, la decisión empresarial y el resultado de un posible despido en similares características, probablemente hubiera obtenido un resultado diferente, si en lugar de encontrarnos ante una ausencia laboral vinculada a la asistencia a un centro de salud que ha derivado en un reposo relativo, esta ausencia se hubiera plasmado en una incapacidad temporal. Pese a que todavía debe de pronunciarse el Tribunal Supremo al respecto, la situación de incapacidad temporal sí ha sido indicio suficiente para proceder a la inversión de la carga de la prueba y al reconocimiento de la discriminación en diversos procesos², ya que la incapacidad temporal está intrínsecamente vinculada a un trastorno de salud³.

En la opinión del comentarista, el valor jurídico de la situación de enfermedad o condición de salud no debería de variar dependiendo de que la ausencia médica se plasme como reposo, incapacidad temporal o como simple justificante, siempre que la empresa actúe con fines discriminatorios. Pese a lo anterior, y para este caso concreto, el pronunciamiento en cuestión señala que, de haberse producido la inversión de la carga de la prueba, la empresa demostró suficientemente que la decisión extintiva fue ajena a la discriminación.

Aunque la sentencia pone fin al asunto en una combinación en la que se valora el reposo relativo como indicio insuficiente para el traslado de la carga probatoria, y en la que las pruebas aportadas a la empresa consiguen alejar el móvil discriminatorio, la resolución no termina de pronunciarse respecto a determinados hechos que también podrían considerarse parte de los indicios aportados por el trabajador, a los que prestaremos atención brevemente.

En primer lugar, de las conversaciones extraemos dos aspectos posiblemente relevantes en otras situaciones diferentes: el intervalo temporal de las comunicaciones y el despido mientras es posible que el reposo relativo mantuviera su validez.

Por un lado, se aprecia que el trabajador comunica la voluntad de acudir al médico de nuevo o a la mutua mientras recibe la carta de despido 3 minutos después. Esta

² STSJ de Galicia 2824/2023, de 8 de junio (Rº. 1322/2023); STSJ de Castilla y León 589/2023, de 20 de julio (Rº. 416/2023); STSJ de Galicia 42/2024, de 10 de enero (Rº. 4377/2023); STSJ de Galicia 516/2024, de 29 de enero (Rº. 4517/2023); STSJ de Asturias 273/2024, de 20 de febrero (Rº. 63/2024).

³ CORDERO GORDILLO, Vanessa, “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, Nº. 13, Vol. 1, p. 19. También encontramos el vínculo entre incapacidad temporal y discriminación, aunque la Ley 3/2022 no se refiera expresamente a esta situación en opinión de ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: Una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”, *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022*, 2022, p. 260.

reacción es automática, lo que se ha venido aceptando como elemento indiciario en procesos vinculados a la vulneración de derechos fundamentales, como las represalias vinculadas a la garantía de indemnidad⁴. Por otro lado, dependiendo de cómo entendamos la duración del reposo relativo, cabe la posibilidad de que el despido se llevara a cabo durante el tiempo de reposo. Una primera lectura consiste en que como el informe de reposo se emitió a las 13:50 del 6 de octubre de 2022 por una duración de 24 a 48 horas, el reposo podría mantenerse hasta las 13:50 del 8 de octubre de 2022, ya que el facultativo médico realiza una expresión en horas, sin indicar el momento concreto del inicio del reposo. Por su parte, la argumentación de la sentencia estima que el reposo alcanzó los días 6 y 7 de octubre de 2022, y que, por tanto, la carta de despido se notifica fuera del reposo.

En segundo lugar, respecto a la carta de despido, la cual reconoce la improcedencia, podemos extraer que la empresa está admitiendo no tener motivos reales para proceder al despido. En esta ocasión, esto no se muestra desde una perspectiva que pueda reforzar la existencia de una situación de discriminación, sino que sirve para atribuir mayor veracidad a la defensa de la parte demandada. A la vista de quien escribe este comentario, la tramitación de este despido se lleva a cabo en su forma más antijurídica, tras la perspectiva que nos acerca la Carta Social Europea revisada. Por tanto, resulta sorprendente los efectos que una carta de despido genérica, junto al reconocimiento de la improcedencia, tiene en la resolución de la sentencia. Quizás, como el reposo médico no ha tenido fuerza como indicio de discriminación, siendo esta la prueba principal de la parte demandante, el resto de los elementos que la rodean no han constituido una duda mayor al respecto, sino que, en contra, han servido para aumentar la solidez de la versión empresarial, ya que la decisión extintiva se entendía justificada desde un principio.

En conclusión, estos elementos podrían haber entrado en juego en la inversión de la carga de la prueba y en la calificación del despido, si en lugar de un reposo se tratara de una incapacidad temporal. En el supuesto en cuestión, el reposo no fue elemento suficiente para invertir la carga de la prueba por discriminación, además de quedar probada la inexistencia de trato diferente o desfavorable hacia el trabajador por razón de enfermedad o condición de salud.

Bibliografía

ALEGRE NUENO, Manuel, “Sanción disciplinaria vulneradora de la garantía de indemnidad: carga de la prueba”, *Revista española de derecho del trabajo*, Nº. 224, 2019, pp. 313-320.

⁴ STC 140/2014, de 11 de septiembre; VIDAL LÓPEZ, Pere, “No toda demanda activa la «garantía de indemnidad»”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº. 919, 2016, p. 8; TODOLÍ SIGNES, Adrián., “La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo de la doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Nº. 449-450, 2020, p. 104.

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: Una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”, *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022*, 2022, pp. 260-263.
- CORDERO GORDILLO, Vanessa, “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, Nº. 13, Vol. 1, pp. 1-27.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, “La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo de la doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Nº. 449-450, 2020, pp. 89-114.
- VIDAL LÓPEZ, Pere, “No toda demanda activa la «garantía de indemnidad»”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº. 919, 2016, p. 8.

Los aspectos controvertidos de los procesos de estabilización y sus consecuencias indemnizatorias

The controversial aspects of stabilisation processes and their compensation consequences

José Javier Cabello Burgos

Abogado

Recibido: 29/9/2024

Aceptado: 6/11/24

doi: 10.20318/labos.2024.9125

Resumen: La colisión de las normas laborales con los preceptos constitucionales de acceso al empleo público provocó la aparición de la figura del indefinido no fijo en las Administraciones Públicas y sus entidades instrumentales; dicha figura, muy expandida en la práctica de dichos organismos, implicó la continuidad de vínculos temporales de forma casi perpetuada. Tras los primeros intentos de consolidación del empleo temporal, ha sido la Ley 20/2021 la que ha desarrollado unos procesos selectivos que se han desarrollado con no menos dificultades y con notorias dudas sobre la legalidad de sus bases, particularmente de sus baremos. Las eventuales consecuencias indemnizatorias derivadas de éstas son las siguientes controversias jurídicas que deberán resolver los Tribunales del orden social en fechas próximas.

Palabras clave: Indefinido no fijo, precariedad, estabilización, indemnización, extinción contractual.

Abstract: The collision of labour regulations with the constitutional precepts on access to public employment led to the appearance of the figure of the indefinite non fixed term contract in Public Administration and their instrumental entities; this figure, very widespread in the practice of these organizations, implied the continuity of temporary contracts almost perpetuated over time. After the first attempts to consolidate temporary employment, it was Law 20/2021 that developed selective processes that have been carried out with no less difficulties and with notorious doubts about the legality of its bases, mainly its scales. The consequences for compensation derived from these processes are the following legal controversies that will have to be resolved by the Courts in the near future.

Keywords: Indefinite non-fixed term contract; precariousness; stabilisation; compensation; termination of contract.

*jcabellobu@gmail.com

1. Introducción

El régimen dual del empleo en las Administraciones Públicas de nuestro país no ha estado exento de controversias, tanto por la primacía del régimen funcionarial establecida en nuestra Carta Magna (que no exclusividad, según la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio de 1987¹) y la compleja delimitación de los puestos que pueden ser desempeñados por el personal laboral, como por la creación jurisprudencial de la figura del personal indefinido no fijo.

La laboralización de la función pública no ha sido una tendencia exclusiva de nuestro país. Según De Lessa Carvalho, en el entorno europeo quizás sea el modelo italiano de empleo público el que ha apostado en mayor medida por la laboralización, aplicando el régimen del derecho laboral con generalidad salvo al funcionariado superior, a la Magistratura y la Abogacía del Estado, al personal militar y fuerzas de seguridad y a la diplomatura y prefectura². El mismo autor, en su estudio comparado de siete países, refiere que en Alemania también prevalece el personal sometido al régimen laboral, alcanzando los denominados empleados manuales (Arbeiter) el 68% del total frente al 32 % de los funcionarios (Beamte). La aparición de la denominada Nueva Gestión Pública, con una notable implantación en los países anglosajones, conllevó la aparición de determinados entes semipúblicos, como las agencias, características del sistema de gestión pública de Suecia³, entre otros países, cuya particularidad era la prevalencia de los vínculos de naturaleza laboral.

En definitiva, no es una situación extraordinaria la laboralización de las Administraciones Públicas de nuestro país, ni la aparición de la denominada Administración periférica (Agencias administrativas, agencias empresariales, empresas, fundación y sociedades mercantiles públicas, etc.), aunque sí el alto grado de fraude en la contratación temporal y la pervivencia de dichos vínculos por tiempo extraordinariamente. La expansión de tales relaciones temporales ha provocado la necesidad de llevar a cabo procesos de estabilización, del cual es de mayor trascendencia jurídica y numérica (por la gran cantidad de plazas afectadas) ha sido el establecido en la Ley 20/2021, el cual, aunque aparentemente se ha diseñado como un procedimiento abierto, en la práctica ha posibilitado consolidar mayoritariamente a las personas ocupantes de las mismas. Los baremos de las bases de dichos procedimientos ofrecen numerosas dudas sobre su legalidad y constitucionalidad, como expondremos en nuestras siguientes reflexiones. Por otra parte, no menos compleja se aventura la conflictividad derivada de la resolución final de dichos procedimientos, con las novaciones y, en su caso, extinciones de dichos

¹ STC 99/1987 de 11 de junio de 1987.

² DE LESSA CARVALHO, Fabio Lins. La función pública en el mundo: rasgos jurídicos, tendencias y retos de siete modelos comparados. *Ars Iuris Salmanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca, vol. 7, núm. 1, 2019, págs. 41-60.

³ PARRADO DÍAZ, Salvador. *Sistemas Administrativos en perspectiva comparada*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023.

vínculos temporales, dada la amplia variedad de situaciones susceptibles de originarse, y la deficiente redacción de la norma que analizaremos a continuación.

2. Evolución de la laboralización del sector público en España

La expansión del derecho laboral en las entidades públicas no ha sido tan notoria como podría inicialmente suponerse por las recientes referencias al número de personas en situación de precariedad laboral, si observamos la evolución del personal al servicio de todas las Administraciones Públicas desde el año 1990 en base a los datos de los Boletines Estadísticos del Registro Central de Personal⁴.

En ese año 1990⁵, del total de 1.529.684 personas empleadas públicas, 396.231 tenían un vínculo laboral, repartidas entre la Administración del Estado y de la Seguridad Social (156.178), Comunidades Autónomas (83.207) y entidades locales (156.846). Es decir, el porcentaje de personal laboral era del 25,90 %.

En el año 2006⁶, de un total de 2.436.172 personas con vínculos con el sector público, eran relaciones laborales 646.638; es decir, el porcentaje de laboralidad se incrementó insignificadamente, hasta alcanzar el 26,54%, a pesar del notorio incremento del personal de todas las administraciones públicas. Respecto al 2012⁷, caracterizado por la crisis económica y bancaria a nivel mundial, y por lo que respecta a nuestro país, por la adopción de medidas restrictivas en el sector público, el número total de personas empleadas públicas era de 2.685.837, de las cuales 663.201 mantenían vínculos de naturaleza laboral, es decir, el porcentaje descendió mínimamente al 24,60 %. En el año 2022⁸, antes de iniciarse los procesos de estabilización, existían 614.320 personas trabajadoras en las Administraciones públicas, sobre un total de 2.717.738, es decir, un 22,60%. Por último, en enero de 2024⁹, el número total de personas empleadas públi-

⁴ En ese sentido, véase: Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, 2024, disponible en: <https://funcionpublica.digital.gob.es/funcion-publica/rcp/boletin.html>.

⁵ Boletín Estadístico del Registro Central de Personal, enero 1990, elaborado por el Ministerio para las Administraciones Públicas, disponible en: https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/Boletines-1990_2001/01BoletinEnero1990.pdf.pdf.

⁶ A tal respecto: Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, enero 2006, disponible en el siguiente enlace: https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/boletin_enero_2006.pdf.pdf.

⁷ En el Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas publicado en 2012, disponible en el enlace siguiente: https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/bol_estad_pers-ener12-internet.pdf.pdf.

⁸ Véase: Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, 2022, disponible en: https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101_Boletin_Enero_2022.pdf.pdf.

⁹ Y, por último, el Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas de 2024, disponible a continuación, en el enlace: https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/BEPSAP_ENERO2024.pdf.pdf.

cas se incrementó notoriamente hasta la cifra total de 2.968.522, de las cuales 600.872 era personal. En definitiva, el porcentaje de personas con vínculos de naturaleza laboral es del 20,24%.

De tales datos se pueden extraer unas iniciales conclusiones. El número de empleados y empleadas del sector público apenas se incrementó entre los años 2012 a 2022 como consecuencia de la política de “adelgazamiento” de las administraciones públicas ejecutadas en los periodos de la crisis económica y la pandemia de la COVID-19, que conllevaron una inexistente tasa de reposición de efectivos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado o una gran limitación de las mismas. Sin embargo, se ha producido una notoria expansión en los dos últimos años, en concreto, un 8,45%, muy superior a la tasa de reposición ordinaria, lo que se podría justificar por las tasas excepcionales establecidas en las dos últimas Leyes de Presupuestos de Estado de los años 2022¹⁰ y 2023¹¹.

¿Cuáles fueron las consecuencias de esta laboralización de nuestras Administraciones Públicas? Al igual que en el ámbito estrictamente privado, la “cultura de la temporalidad” se implantó utilizándose distintos tipos de contratos temporales para dotarse de una flexibilidad inexistente en el ámbito estatutario. La tasa de temporalidad en el sector público alcanzó el 30%, duplicando incluso al sector privado¹², y tal situación implicó que en numerosos supuestos tales vínculos fueran declarados por los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social en fraude de ley, por lo que el número de personas con el vínculo de indefinido no fijo ha ido creciendo exponencialmente tanto en la Administración tradicional como en la periférica. Como acertadamente exponen algunos autores¹³, las dos notas más sobresalientes de los últimos años del empleo público en nuestro país han sido la laboralidad y temporalidad.

El último interrogante radica en cuestionar si tras este proceso extraordinario de estabilización, la figura del indefinido no fijo es un vínculo con próxima desaparición. En ese sentido existen pronunciamientos que concluyen que la Ley 20/2021 unida a la del Real Decreto- Ley 32/2021 van a poner fin a esta controvertida figura¹⁴. Ciertamente es que el proceso de estabilización y la reforma laboral del mismo año van a implicar

¹⁰ Ley 22/2021, de 28 de diciembre. BOE núm. 312 de 29/12/2021.

¹¹ Ley 31/2022, de 23 de diciembre. BOE núm. 308 de 24/12/2022.

¹² COSTA REYES, Antonio. Contratación laboral temporal irregular en la administración Pública. El rayo que no cesa. A propósito de las reformas de 2021 y la jurisprudencia del TS: desde el indefinido no fijo al fijo. I fijo. *Revista de derecho social*, núm. 103, 2023, pp 13-36.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11, 2024, pp 13-34.

¹⁴ GONZÁLEZ LOPEZ, Juan José. Cuestiones sobre el panorama actual del abuso en el empleo público temporal. En SÁNCHEZ BARROSO, B, GÓMEZ ZAMORA, L. J., PARTOR RUIZ, F., CODES CALATRAVA, A., RUBIO ESCOBAR, P., ORTENGA BURGOS, E., RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., GONZÁLEZ TORROBA, P., & GARCÍA VILLARUVIA BERNABÉ, M. *Derecho Administrativo* 2023 p. 647.

una deslaboralización del empleo público en las Administraciones territoriales, no solo porque numerosas plazas de personal laboral se han estabilizado como funcionarios de carrera, sino por la limitación de los contratos laborales temporales, que está generando que las necesidades no permanentes se estén desarrollando con nombramientos de funcionarios interinos que permiten el desempeño de funciones hasta un máximo de tres años, inviable en la legislación laboral, salvo excepciones.

Por el contrario, en las Administraciones instrumentales, al no ser viable las relaciones funcionariales, entendemos que la figura del indefinido no fijo seguirá siendo habitual en los procesos de la jurisdicción social, pues las necesidades de dichas entidades de carácter temporal, seguirán manteniéndose por asignación de nuevas encomiendas o actuaciones, anteriormente solventadas por el contrato de obra o servicio, y actualmente sin tal posibilidad, se cubrirán bien con contratos de dudosa cobertura legal o externalización de servicios con riesgos de acciones de cesión ilegal de mano de obra.

Habrà que analizar, pues, la situación de laboralidad y de temporalidad transcurrido un tiempo prudencial tras las reformas de diciembre de 2021, pero el año 2024 nos ofrece datos no muy optimistas al respecto, puesto que en el ámbito privado la temporalidad ha disminuido al 12,3% (como consecuencia de la priorización del fijo discontinuo) en el sector público se mantiene en el 29,5%¹⁵.

3. El personal indefinido no fijo y los procesos de estabilización

La figura del personal indefinido no fijo fue una creación jurisprudencial del Tribunal Supremo, cuya génesis fue la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 7 de octubre de 1996¹⁶, seguida posteriormente por otras, entre las que destaca especialmente la de 20 de enero de 1998¹⁷. La mayor parte de los autores^{18 19} considera que dicha figura carece de un desarrollo posterior, puesto que la llamada que se contenía en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público²⁰ (en lo sucesivo el EBEP) al personal indefinido, se refería al personal que impartía clases de religión en los centros públicos.

Originariamente, solo se aplicó a los supuestos de fraude en la contratación temporal de las entidades a las que era de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Pú-

¹⁵ DESDENTADO DAROCA, Elena. El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público. *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, 3 (2), 2024, pp 93-123.

¹⁶ STS de 7 de octubre de 1996 (Rº 3307/1995, Sala de lo Social).

¹⁷ STS de 20 de enero de 1998 (Rº 317/1997, Sala de lo Social).

¹⁸ DESDENTADO DAROCA, Elena. *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2022.

¹⁹ BOLTAINA BOSCH, Xavier. Personal laboral en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro. *Documentación administrativa*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 8, 2021, págs. 66-91.

²⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril. BOE núm. 89, de 13/04/2007.

blico. Posteriormente, se fue produciendo una expansión a supuestos diferentes²¹, en concreto, a las situaciones de aplicación de la Disposición Adicional 15 del Estatuto de los Trabajadores por sucesión de contratos temporales ajustados a la legalidad; en situaciones de incumplimiento del plazo de tres años para convocar la oferta pública de empleo; o en aquellas situaciones en las cuales se producía una integración de personas trabajadoras en las plantillas de los organismos del sector público por diferentes vías (cesión ilegal de trabajadores, subrogación, declaraciones de laboralidad de vínculos formalmente administrativos, entre otros). El elemento determinante era la inexistencia de un proceso selectivo para considerarlas personas empleadas públicas con todos sus derechos inherentes.

Respecto de las entidades mercantiles públicas, hemos de indicar que ha sido a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 2020²², cuando se ha reconocido la cualidad de indefinido no fijo a las personas trabajadoras de dichas sociedades, por la aplicación de la Disposición Adicional Primera del TREBEP, lo que genera el interesante debate relativo a la calificación jurídica de las contrataciones anteriores a la Ley 7/2007, existiendo pronunciamientos mayoritarios en la doctrina que consideran que deben ser aplicables, al menos, hasta las contrataciones posteriores al año 1996²³.

Otro cambio de criterio jurisprudencial se ha producido por la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2022²⁴ que calificó como personal fijo (aunque con ciertas limitaciones) al que se integró por la vía de la subrogación en el Ayuntamiento de Pamplona desde una entidad privada, considerando que debía mantenerse su previa calificación jurídica de fijeza, lo que vuelve a generar no pocas controversias por la colisión con los principios constitucionales de acceso al empleo público, como refieren determinados autores.²⁵

Todas estas circunstancias, unida a la imposibilidad que tiene la Administración de reconocer en vía administrativa la fijeza de sus personas trabajadoras, o la condición de indefinida no fija (por aplicación de la Disposición Adicional Cuadragésima Tercera de la Ley 6/2018, de 3 de Julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018²⁶) provocaron una absoluta expansión de situaciones irregulares que lejos de extinguirse o

²¹ LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. La controvertida figura del personal laboral indefinido no fijo. En THIBAUT ARANDA, J., NORES TORRES, L. E., BLASCO PELLICER, C., LAHERA FORTEZA, J., ROQUETA BUJ, R., ESTEVE SEGARRA, A., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., MONTOYA MEDINA, D., RAMOS MORAGUES, F., GOERLICH PESET, J.M., TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., BLASCO PELLICER, Á., GARCÍA TESTAL, E., PAZ MENÉNDEZ, S., LÓPEZ TERRADA, E., GARCÍA RUBIO, M., GIL PLANA, J., VIQUEIRA PÉREZ, C., TALÉNS VISCONTI, E., ALEGRE NUENO, M.. Las Relaciones Laborales en el Sector Público 2019, p. 455.

²² STS de 18 de junio de 2020 (R° 2811/2018, Sala de los Social).

²³ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. Ley 20/2021 y estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público. Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 468, 2022, pp.19-45

²⁴ STS 28 de enero de 2022 (R° 3781/2020, Sala de lo Social).

²⁵ BAQUERO AGUILAR, J. La subcontratación de servicios públicos y su posterior reversión: el acceso indirecto al empleo público. Ediciones Laborum, 2022, pp. 133-148.

²⁶ Ley 6/2018, de 3 de Julio. BOE núm. 161 de 04/07/2018.

regularizarse, se dilataron en el tiempo de forma absolutamente desmedida, provocando el enorme desajuste que se ha venido a denominar acertadamente la precariedad laboral de larga duración. Situación que desembocó en numerosos pronunciamientos judiciales, incluso a nivel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con tesis jurídicas que igualmente fueron evolucionando tras una inicial incertidumbre dadas las específicas normas que colisionaban entre sí (principios de rango constitucional, directivas comunitarias, normas de legalidad laboral ordinaria, otras de naturaleza administrativa o presupuestaria, etc.).

Con objeto de solventar esta caótica situación tanto en el ámbito estrictamente laboral como en el funcionarial, se dictó la Ley 20/2021, de 28 de diciembre²⁷, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, la cual fue tramitada con las urgencias derivadas de la necesidad de acreditar a las Instituciones Europeas medidas para minorar la temporalidad en un umbral inferior al ocho por ciento. El resultado fue una norma que adolece de notorias deficiencias y dudas, incluso de su posible inconstitucionalidad, si bien ha de reconocerse que la resolución de la extraordinaria situación de las distintas Administraciones Públicas no era, en absoluto, fácil de resolver.

Dicha situación tan compleja se agrava aún más con la coexistencia de numerosos procedimientos declarativos de reconocimientos de fijeza o de personal indefinido no fijo que estaban en distintas fases procedimentales (incluso algunos procesos pendientes de resolución de cuestiones prejudiciales ante el TJUE) al tiempo de la ejecución del proceso extraordinario de estabilización, el cual tiene como fecha límite de ejecución el 31 de diciembre de 2024, lo que a priori podría generar múltiples conflictos al solaparse temporalmente los referidos procedimientos con el proceso estabilizador. A título meramente ilustrativo citamos la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, de fecha 8 de enero de 2024.²⁸, que estimó la declaración de fijeza de una persona trabajadora que había ingresado en una entidad del sector público como consecuencia de una subrogación desde una empresa privada; dicha resolución acuerda asimismo la exclusión de su plaza del proceso de estabilización articulado por la empresa pública empleadora, al amparo de la Ley 20/2021.

En definitiva, la situación en los años 2022 y 2023 era de una extrema incertidumbre e inseguridad jurídica para el colectivo de personas indefinidas no fijas (con sentencias judiciales que así las reconocían) y para otras que, sin haber sido declaradas como tales, estaban en situación de una notoria irregularidad en sus vínculos laborales temporales.

4. La ejecución de los procesos de estabilización: ¿respetan las bases los principios constitucionales de acceso al empleo público?

Expuesta la controvertida situación existente en las entidades del sector público, procedemos a realizar una valoración crítica de las convocatorias extraordinarias que se han llevado a cabo por distintos organismos de diferentes Comunidades Autónomas. Como

²⁷ Ley 20/2021, de 28 de diciembre. BOE núm. 312 de 29/12/2021.

²⁸ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, de 8 de enero de 2024 (Proc. Ord. 1042/2022)

observaremos, son muy coincidentes en cuanto a las pretensiones de estabilizar a personas con relaciones laborales vigentes, y no estabilizar puestos de trabajo; ello implica el diseño de requisitos de muy dudosa legalidad ordinaria e incluso, constitucional, al afectar a los principios de acceso al empleo público, sobre todo en la estabilización desde relaciones laborales a vínculos de naturaleza funcionarial. Podemos adelantar que muchos de estos procedimientos extraordinarios se han convertido de facto en concursos o procesos de funcionarización, en ambos casos, restringidos.

El primer aspecto que hemos de referir es la reiterada infracción de la reserva de plazas específicas para personas con discapacidad, lo cual resulta aún más significativo cuando se han solapado en el tiempo estos procesos con el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre²⁹, cuyo artículo 108 eleva el porcentaje de las plazas para ser cubiertas con personas discapacitadas del 7 al 10%. Es evidente que se ha producido igualmente una flagrante infracción del artículo 59 del TREBEP. En ese sentido, la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública, orientadora de estos procesos³⁰ en su apartado 3.5 refiere que a los procesos del artículo 2.1 de la Ley le resulta de aplicación la normativa que establece la reserva del referido cupo, lo que se omite en los procesos de las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley, presuponiendo que en estos no es necesario dicho cupo. Criterio, por cierto, diferente al mantenido en la Resolución de la misma Secretaría dictada para establecer los criterios comunes para los procesos de estabilización del año 2017³¹, que en su apartado 3 cita que al igual que en cualquier otro procedimiento, debe establecerse dicho turno específico de discapacidad. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia de fecha 1 de febrero de 2024, recaída en el Recurso de casación 721/2022³², declarando nula de pleno derecho una convocatoria impugnada por la manifiesta infracción del referido artículo 59. Tal y como podremos observar en los siguientes ejemplos, ese porcentaje de plazas adscritas a personas con discapacidad física o intelectual es inexistente en la gran mayoría de las bases, lo cual refuerza la tesis de la pretendida estabilización de las personas ocupantes de las mismas.

Iniciamos tal examen ejemplificativo con la Resolución de 23 de diciembre de 2022³³, de la Dirección Ejecutiva de la Fundación Gallega de Medicina, que convoca el proceso selectivo extraordinario de estabilización de acceso libre y sistema de concurso de méritos, para determinado personal sanitario. En cuanto a los requisitos de acceso, se establece que no podrán participar en el mismo personal laboral fijo perteneciente a

²⁹ Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre. BOE núm. 303 de 20/12/2023.

³⁰ Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 2/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, de fecha 1 de abril de 2022.

³¹ Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 de febrero de 2018.

³² STS de 1 de febrero de 2024 (Rec. 721/2022, Sala de lo Contencioso Administrativo).

³³ Resolución de 23 de diciembre de 2022 de la Dirección Ejecutiva de la Fundación Pública Gallega de Medicina Genómica, por la que se convoca el proceso selectivo extraordinario de estabilización, disponible en el enlace: <https://www.sergas.es/Recursos-Humanos/Documents/22436/Concurso-%20FPGMX.pdf>.

la misma categoría objeto de la convocatoria. Y respecto del baremo de experiencia, que fija un máximo de setenta puntos, valora a razón de 0,30 puntos el mes trabajado con un vínculo temporal en la propia entidad convocante; y a razón de 0,125 puntos el mes trabajado con una vinculación temporal en cualquier otra administración pública en una categoría profesional equivalente. Hallamos en este primer ejemplo un aspecto que será igualmente citado en la gran mayoría de las bases de los procesos de selección, cual es la exclusión del personal laboral fijo que presta sus servicios para la administración convocante, lo que parece que claramente infringe lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Ley 20/2021, que textualmente refiere los principios constitucionales, entre ellos el de igualdad de acceso a los puestos del sector público. Asimismo, contraviene el apartado 3.2 de la Resolución orientadora de la Secretaría de Función Pública que insiste en la prohibición de procesos restringidos, o que sean excluyentes para determinadas personas.

El Ayuntamiento de Oviedo aprobó la Oferta de Empleo Público extraordinaria para la estabilización por acuerdo de su Junta de Gobierno de 7 de diciembre de 2022³⁴, en las que se fijan los méritos por experiencia profesional en un máximo de sesenta puntos. Se otorgan 0,55 puntos por cada mes completo trabajado como funcionario/a interino/a o personal laboral temporal en el propio Ayuntamiento convocante y en el mismo cuerpo, escala, o categoría profesional y especialidad de la plaza mientras que los servicios prestados en otras administraciones públicas como funcionario/a interino/a o personal laboral temporal en idénticas plazas, se valoran a 0'13 puntos por mes completo de trabajo, hasta un máximo de 60 puntos.

Por lo que respecta al Ayuntamiento de Cáceres, en fecha 19 de diciembre de 2022 se dictó Resolución³⁵ por la que se aprobaban las bases del proceso de estabilización. En las mismas, el baremo de experiencia de computaba hasta un máximo de 80 puntos, indicándose que se valorarían los servicios prestados como funcionario/a interino/a personal laboral temporal o personal indefinido no fijo, de acuerdo con el siguiente baremo: por los servicios prestados como funcionario/a interino/a contratado laboral temporal o indefinido no fijo, se otorga 1 punto por mes de servicios si se prestan en el propio Ayuntamiento convocante o sus organismos autónomos, si los servicios corresponden con las plazas objeto de la convocatoria; sin embargo, por cada mes de servicios en cualquier otra Administración Pública en plazas de igual denominación y grupo y subgrupo de titulación, se otorgan 0,25 puntos.

Estos dos ejemplos nos ponen de manifiesto otro de los criterios más criticables de las bases de la gran mayoría de los procesos extraordinarios, concretamente, la enorme desproporción entre la puntuación de la experiencia en el propio organismo convocante y el resto de las entidades públicas o incluso los servicios prestados en empresas privadas en la misma categoría a la que se opta, aspecto éste referenciado por algunos autores³⁶. Al

³⁴ Boletín Oficial del Principado de Asturias, núm. 246, de 27 de diciembre de 2022.

³⁵ Boletín Oficial de la Provincia de Cáceres, núm. 241, de fecha 20 de diciembre de 2022.

³⁶ DESDENTADO DAROCA, Elena. El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público. Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo, 3 (2), 2024, p. 109.

respecto, hemos de recordar la doctrina constitucional de la que es un magnífico ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2012, de 1 de marzo, Rec. 5742/2001³⁷ que fija unos criterios claros respecto de la aplicación del principio de igualdad en los procesos selectivos. En primer lugar, parte de dicho principio como núcleo esencial del acceso al empleo público, lo que se proyecta en que las bases de los sistemas selectivos han de asegurar que no existan requisitos que tengan carácter discriminatorio, es decir, no pueden establecerse diferencias entre los candidatos que no tengan una justificación objetiva y razonable, o que sean desproporcionadas. Es cierto que en determinadas situaciones excepcionales se han permitido procesos restringidos o algunos baremos con ciertas diferencias de puntuación para la experiencia en la propia Administración convocante, pero como la propia resolución refiere, son supuestos absolutamente excepcionales, y siempre que de manera expresa se justificara debidamente en la propia convocatoria las referidas diferencias de baremación. Como expone Lourdes Morate³⁸ la Resolución de la Secretaría de Función Pública para el proceso de estabilización de la Ley 20/2021 parece que permite esta diferencia de baremación, aunque habrá de estarse a lo que resuelvan los Tribunales respecto de esa posible vulneración del principio de igualdad. Sí que nuevamente parece contradictorio tal criterio con el mantenido en la Resolución del proceso de estabilización de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año 2017, la cual en su apartado tercero era extraordinariamente restrictiva respecto a tal posibilidad, “salvo que existan razones objetivas que justifiquen lo contrario y así se hubiera acordado en negociación colectiva”.

En ese sentido, quizás en alguna Corporación Local, por su tamaño, características específicas (ser un municipio eminentemente turístico, o ser un municipio calificado de gran población, etc.) u otras circunstancias, pudiera ser adecuado puntuar en mayor medida el trabajo realizado en el mismo que en otros; pero generalizar ese incremento de puntuación, sin la más mínima justificación objetiva es sumamente inconsistente y de muy dudosa legalidad.

En la comunidad Autónoma de Aragón, referimos el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Ejea de los Caballeros, de 27 de diciembre de 2022³⁹, que aprueba las bases específicas de su proceso extraordinario de estabilización. Se establece el procedimiento de concurso de méritos, con una puntuación de experiencia de 75 puntos sobre 100. La valoración de dichos servicios es la siguiente: por el tiempo de servicios prestado como funcionario/a interino/a o personal laboral temporal en el puesto convocado, a razón de 0,5 puntos, por cada mes completo trabajado; por otra parte, el

³⁷ STC de 1 de marzo de 2012 (Rec. núm. 5742/2001).

³⁸ MORATE MARTIN, Lourdes. Obligación de respeto del principio de igualdad y no discriminación. En SÁNCHEZ BARROSO, B, SÁNCHEZ SOCÍAS, L., PASTOR RUIZ, F., RUBIO ESCOBAR, P., ORTEGA BURGOS, E., MOLL FERNÁNDEZ FÍGARES, L., GONZÁLEZ TORROBA, P. & GARCÍA VILLARUBIA, M. Derecho Administrativo 2022, p. 378. Tirant lo Blanch.

³⁹ Acuerdo de 27 de diciembre de 2022, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ejea de los Caballeros, por el que se aprueban las bases específicas y la convocatoria de los procesos selectivos, para la provisión mediante el sistema de concurso, de las plazas vacantes de personal funcionario, incluidas en la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal del año 2022, disponible en el enlace: <https://st1.ejea.es/media/2023/06/Estabilizacion-personalfuncionario-concurso-Bases-BOA.pdf>

tiempo trabajado como funcionario/a interino/a o personal laboral temporal en cualquier Administración Pública, en puesto igual al convocado, se barema a 0,33 puntos.

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma Valenciana, el Ayuntamiento de Valencia convocó su proceso extraordinario de estabilización, publicando las bases en el Boletín Oficial de Valencia, de 20 de diciembre de 2022⁴⁰, fijando el sistema de concurso con una proporción de 60 puntos experiencia profesional y 40 puntos méritos formativos. La experiencia se valoraba a razón de 0,429 puntos por mes completo trabajado en el Ayuntamiento de Valencia como persona empleada pública con vinculación temporal en la misma categoría a la que se desea acceder; si los servicios se prestan como empleado/a público/a en municipios de gran población de la Comunidad Valenciana, se valoran a razón de 0,13 puntos por cada mes completo de servicios; por los servicios prestados en el Ayuntamiento de Valencia como empleado o empleada pública con vinculación temporal en cualquier categoría distinta a la convocada, se barema a razón de 0,045 puntos al mes; y finalmente, por los servicios prestados como empleado/a público/a con vinculación temporal en categoría distinta a la que se presenta la persona candidata, se puntúa a 0,015 puntos por mes, si han sido trabajados en otra Administración Pública Territorial. Llama la atención que en dichas bases no se establece un umbral mínimo de puntos para superar el proceso selectivo (al igual que en otras) y ello puede generar controversias si la persona que ocupa la plaza decide no presentarse al proceso de estabilización, como ya está ocurriendo esporádicamente. En esos supuestos, dada la dificultad para que los externos a la administración convocante obtengan puntos por experiencia profesional, podría producirse la paradoja que alguien con un porcentaje mínimo de puntos (inferior a diez o quince sobre cien, por ejemplo) obtuviera una plaza por la ausencia de candidatos, por lo que se vuelve a incumplir el principio de mérito al ser posible la selección de alguna persona que lo acredita de forma absolutamente insuficiente.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, las bases del proceso de estabilización por la vía del concurso del Ayuntamiento de Málaga, publicadas en el Boletín Oficial de dicha Provincia de fecha 16 de septiembre de 2022⁴¹ fijaban una puntuación total de cien puntos, de los cuales 90 corresponderán a los denominados méritos profesionales, que se esbozan tal y como sigue: por cada año completo de servicios efectivos prestados en la categoría a estabilizar, en el propio Ayuntamiento convocante, como funcionario/a interino/a, laboral temporal o laboral indefinido no fijo, a razón de 0,500 puntos por mes completo de servicios efectivos, con un máximo de 90 puntos; por cada año completo de servicios efectivos prestados en categorías distintas a la que es objeto de la estabilización, como funcionario/a interino/a, laboral temporal o personal indefinido no fijo, 0,150 puntos, por cada mes completo de servicios hasta un máximo de 27 puntos; por cada año completo de servicios efectivos prestados en la categoría a estabilizar o en categorías distintas, en administraciones públicas y organismos autónomos, como funcionario o funcionaria interina, laboral temporal o personal indefinido no fijo, a razón

⁴⁰ Boletín Oficial de la Provincia de Valencia, núm. 242, de 20 de diciembre de 2022.

⁴¹ Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, núm. 178, de 16 de septiembre de 2022.

de 0,125 puntos, por cada mes completo de servicios, con un máximo de 22,50 puntos; y por último, por cada año completo de servicios, prestados en la categoría a estabilizar o en otras categorías distintas, en el resto del sector público, como funcionario o funcionaria interina, personal laboral temporal o personal indefinido no fijo, se barema a 0,100 puntos, por mes completo de servicios efectivos, hasta un máximo de 18 puntos.

Adicionalmente, hemos de indicar otras consideraciones no exentas de interés para su análisis. En concreto, en el apartado quinto de las bases se establece que en las plazas convocadas por el sistema selectivo de concurso oposición, se establece un turno de reserva, no inferior al siete por ciento de las vacantes ofertadas, para personas que acrediten tener una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, de las que el 2% son para personas que acrediten una discapacidad intelectual. Sin embargo, ese cupo de discapacidad no se establece para el proceso selectivo de concurso de méritos, siguiendo en este supuesto los criterios de la Resolución de la Secretaría de Función Pública.

Por otra parte, las plazas convocadas son mayoritariamente de funcionario de carrera y por el sistema de concurso. Ello implica que personal laboral temporal o personal indefinido no fijo puede acceder por esta vía extraordinaria a la función pública sin garantías de haber superado un proceso de validación de sus conocimientos. En ese sentido, en determinadas administraciones se ha aprovechado este proceso excepcional para llevar a cabo la conversión de plazas laborales a funcionariales, lo que se ha venido a denominar la “estabilización cruzada”, no exenta de conflictividad en términos jurídicos, por encubrir una posible una funcionarización de personal laboral que carecía de la cualidad de la fijeza. Hemos de recordar las tesis jurisprudenciales muy restrictivas para admisibilidad de los referidos procesos de funcionarización, por ser habitualmente restringidos para el personal laboral que ya prestaba servicios para la entidad pública convocante. No obstante, al amparo de la disposición transitoria segunda del TREBEP, se han venido desarrollando procesos de funcionarización con carácter excepcional si se cumplían una serie de requisitos, en concreto, ser personal laboral fijo, y haber venido desempeñando funciones propias de funcionarios públicos con anterioridad al 13 de mayo de 2007, requisitos que no se cumplen en quienes pretenden estabilizarse. En definitiva, no parece que esta estabilización “cruzada” encuentre sustento normativo.

No han sido muchas las impugnaciones que por esta cuestión se han planteado, por lo que a fecha actual no existe un criterio consolidado sobre esta práctica. Pese a dichas dificultades para salvaguardar la legalidad de esta práctica generalizada, podemos referir los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, que en su sentencia de fecha 7 de mayo de 2024, recaída en el recurso de apelación número 186/2023⁴², avala tal estabilización ejecutada por la Comunidad Autónoma Gallega. En concreto, refería que “el hecho de que aparezcan como funcionariales determinadas plazas en la convocatoria de concurso, aunque antes pudieran estar cubiertas con una relación de carácter laboral, no implica infracción alguna de las leyes aplicables, siendo la potestad de autoorganización de la Administración convocante la

⁴² STSJ Galicia, de 7 de mayo de 2024 (Rec. núm. 186/2023, Sala de lo Contencioso Administrativo).

que rige en este caso”. Basaba fundamentalmente su tesis en que el régimen general del sistema de función pública en nuestro país es el funcionarial, y que el hecho de que previamente esas plazas constaran en la relación de puestos de trabajo como laborales, no implica una modificación viciada o nula de pleno derecho de la Relación de puestos de trabajo. Subyace en el argumentario de dicha Sala que estamos ante un proceso excepcional de estabilización y que, por tanto, el vínculo previo de los ocupantes de las plazas no condiciona la naturaleza jurídica del futuro vínculo que resulte del proceso extraordinario celebrado al amparo de la ley 20/2021. No obstante, como expone Remedios Roqueta Butz⁴³ los procesos de estabilización del personal laboral fijo deben estar basados en una situación de excepcionalidad y cumplir con el requisito de la reserva de ley, es decir, debe existir una cobertura normativa con rango de ley para proceder a dichos procesos de funcionarización, lo cual no se corresponde con la Ley 20/2021 que no ofrecía dicha posibilidad que se ha ejecutado en la práctica en muchas entidades.

Un supuesto diferente a las ya señaladas, son las bases del Ayuntamiento de Aznalcóllar, publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla, de fecha 2 de julio de 2024⁴⁴, que destacan porque únicamente se bareman los servicios relacionados con la experiencia profesional, a diferencia de las más habituales, que, aunque en un reducido porcentaje, valoran también méritos académicos. También resulta muy novedoso que en relación a dicha experiencia se distinga con diferente baremación los servicios prestados dependiendo de cuando se realizaron, en concreto, se fijan tres periodos: el primero, los servicios prestados desde el primero de enero de 2016 a la fecha de la publicación de la convocatoria en el BOE (a razón de 0,666 por cada mes trabajado si lo ha sido en el Ayuntamiento convocante, o 0,222, si lo ha sido en otra Administración); el segundo periodo comprende los servicios prestados desde el uno de enero de 2010 al treinta y uno de diciembre de 2015 (se computan los meses trabajados a razón de 0,333 si lo han sido en la Administración convocante, y a 0,111 si se han llevado a cabo en otra administración); y por último, el periodo anterior al treinta y uno de diciembre de 2009, se valora a razón de 0,160 puntos por mes trabajado en el Ayuntamiento de Aznalcóllar, y a 0,055 puntos por mes trabajado en otra administración. Esta baremación exclusivamente de la experiencia refuerza aún más, si cabe, la tesis de la estabilización de personas y no de plazas, puesto que la experiencia en otras entidades que no sean el referido Ayuntamiento,

⁴³ ROQUETA BUJ, R. El acceso al empleo público: principios rectores, requisitos de acceso y sistemas selectivos. En THIBAUT ARANDA, J., NORES TORRES, L. E., BLASCO PELLICER, C., LAHERA FORTEZA, J., ROQUETA BUJ, R., ESTEVE SEGARRA, A., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., MONTOYA MEDINA, D., RAMOS MORAGUES, F., GOERLICH PESET, J. M., TARABINI- CASTELLANI AZNAR, M., BLASCO PELLICER, Á., GARCÍA TESTAL, E., PAZ MENÉNDEZ, S., LÓPEZ TERRADA, E., GARCÍA RUBIO, M. ^a A., GIL PLANA, J., VIQUEIRA PÉREZ, C., TALÉNS VISCONTI, E., ALEGRE NUENO, M. *Las Relaciones Laborales en el Sector Público*, 2023. Tirant lo Blanch. Pag. 223.

⁴⁴ Véase: Bases específicas y convocatoria del concurso de méritos para la provisión de las plazas que se citan del grupo C2, en el marco del proceso extraordinario de estabilización de empleo temporal, disponible en: <https://bopsevilla.dipusevilla.es/publica/buscador-anuncios/anuncio/Bases-especificas-y-convocatoria-del-concurso-de-meritos-para-la-provision-de-las-plazas-que-se-citan-del-grupo-C2-en-el-marco-del-proceso-extraordinario-de-estabilizacion-de-empleo-temporal/>.

se bareman a una relación de un tercio, por lo que el candidato externo carece de otros méritos para alcanzar a la persona ocupante de la plaza.

Finalmente, hacemos referencia a las bases del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, aprobadas por Resolución de 11 de julio de 2022 del Director General de Planificación de Recursos Humanos⁴⁵, las cuales contienen algunos aspectos más desarrollados que las anteriores. El sistema selectivo asimismo es el de concurso de méritos, con una proporción de 70 puntos por el apartado de experiencia profesional y 30 puntos por el de méritos académicos o formativos. En el baremo de experiencia, que es el que estamos analizando con más detalle, se establece que no se valorarán los servicios prestados como personal eventual, personal directivo profesional, personal titular de órganos directivos o personal contratado con sujeción a la normativa de derecho administrativo o prestación de servicios (de naturaleza civil o mercantil) ni tampoco personal que haya prestado servicios bajo la modalidad de obra o servicio determinado o modalidad contractual que la sustituya, en el marco de programas de políticas activas de empleo financiados con subvenciones propias o ajenas. Tampoco se valoran los servicios como alumnado trabajador en el desarrollo de programas de políticas activas de empleo.

Por otra parte, y aunque la jurisprudencia ya ha fijado tal criterio, se destaca que los servicios prestados en reducción de jornada por cuidado de hijos o cuidado de familiares se computarán como jornada completa, salvo los prestados como temporal para la cobertura de la reducción de jornada del titular de la plaza, que en este caso, se computarán conforme a lo fijado para los servicios prestados a tiempo parcial.

Igualmente, se consideran servicios prestados efectivamente los periodos de excedencia forzosa, excedencia voluntaria por cuidados de hijos o de un familiar, por razón de violencia de género, por violencia terrorista, incapacidad temporal, permisos de maternidad o paternidad (unificadas desde abril de 2019 en la prestación por nacimiento y cuidado del menor), situaciones de riesgo por el embarazo y la adopción y acogimiento tanto preadoptivo como permanente. A diferencia de las bases anteriormente referidas, los servicios prestados no se computan por meses íntegros, sino que se suman todos los periodos de prestación, dividiéndose el resultado por treinta, y se computan como meses completos, si la fracciones son iguales o superiores a quince días.

El baremo computa a razón de 0,35 puntos cada mes trabajado en la misma categoría en el Ayuntamiento de Madrid o sus organismos autónomos, con un máximo de 70 puntos; se barema a razón de 0,15 puntos cada mes de prestación de servicios en otras categorías del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, con un máximo de 35 puntos; con un valor de 0,10 puntos por mes, los servicios prestados en otras Administraciones públicas, con un máximo de 30 puntos; y por último, los servicios prestados en los órganos constitucionales y resto del sector público, o en administraciones públicas de la Unión Europea, u otros Estados con los que la Unión Europea haya celebrado Tratados Internacionales, a razón de 0,10 puntos por mes de servicios, con el máximo de 25 puntos.

⁴⁵ Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid núm. 9180, de fecha 14/07/2022.

Aunque es cierto que, como en las anteriores, existe una gran desproporción en estas bases entre los puntos por tiempo trabajado en el Ayuntamiento de Madrid respecto de otros, sí que ha de destacarse de las mismas el amplio desarrollo de diversos supuestos, escasamente contemplado en los ejemplos anteriores, como la delimitación de situación específicas y excepcionales de suspensión o reducción de las relaciones laborales por diversos motivos.

Resulta criticable de estas bases que solo el personal con una vinculación de naturaleza laboral o estatutaria con la propia Administración convocante tiene el tope de puntos (lo que asimismo ocurre en las de Oviedo, Santander y Málaga), lo cual impide prácticamente que un candidato de otra Administración tenga la más mínima oportunidad, ya que el factor experiencia alcanza en ocasiones el ochenta o noventa por ciento de la puntuación total del sistema selectivo. En los otros supuestos reseñados, aunque no exista de forma expresa ese máximo que se establece de forma diferenciada para los servicios prestados en la propia entidad convocante o en otra diferente, lo cierto es que el número de meses que se han de haber prestado en otros puestos es absolutamente desproporcionado o casi inalcanzable para quien provenga de otra entidad pública.

La Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, nº 106/2023, de 5 de octubre⁴⁶, dictada en un procedimiento de conflicto colectivo, declara la nulidad de la ponderación de los méritos contenidos en los Anexos 5 y 6 de las bases generales de la Convocatoria 1/2022, por las que se convocaban trescientos quince puestos del proceso de estabilización de la Corporación Radio Televisión Española, S.A. En concreto, dicha Sala no solo concluye que existe una infracción del principio de igualdad, sino que, a mayor abundamiento, no existe razonabilidad en el factor de la experiencia, calificando incluso de arbitraria a la configuración establecida. No podemos negar lo acertado de la decisión, puesto que no solo se concede distinta puntuación por los años de servicios prestados en el mismo puesto que se convoca en contraposición a otros puestos análogos en el ámbito del sector público, sino que lo que considera el Tribunal más desproporcionado es que el máximo de puntos (75) se alcanza para ese supuesto de servicios realizados en la propia entidad, en contraposición al máximo de quince puntos, por los ejecutados en otros organismos. En definitiva, como concluye el Tribunal, si lo que se pretende es seleccionar al mejor candidato, no se entiende esa diferencia de baremación, ni tampoco que no se valore la experiencia en el sector privado. La explicación respecto de estos procesos de estabilización parece evidente: no se trata de seleccionar al mejor candidato, sino de estabilizar a los ocupantes actuales de los puestos.

5. Las consecuencias indemnizatorias derivadas de los procesos extraordinarios de estabilización

En este apartado vamos a proceder al análisis de las eventuales consecuencias indemnizatorias derivadas de estos procesos, puesto que como acertadamente expone Remedios

⁴⁶ SAN de 5 de octubre de 2023 (Rec. núm. 154/2023)

Roqueta⁴⁷, la compensación económica es una novedad de los procesos de estabilización de la Ley 20/2021, incluso en lo que respecta a los contratos temporales como el de interinidad por vacante, que se extinguía sin derecho indemnizatorio alguna con anterioridad a esta nueva regulación. Procedemos a esquematizar esta apartado diferenciando los siguientes supuestos: a) aquellos en que la persona trabajadora temporal o indefinida no fija no participa en el proceso selectivo o presenta su solicitud pero a una plaza diferente a la que venía ocupando; b) la situación de los que participan pero no son finalmente los seleccionados para la cobertura de la plaza; c) en tercer lugar, si es viable una indemnización para las personas ocupantes de la plaza que son seleccionadas tras consolidar su situación; d) y finalmente, si podría prosperar una indemnización adicional o compatible con cada uno de los supuestos anteriores, reparadora de la previa situación de precariedad de larga duración.

5.1. Supuestos en los que las personas candidatas no se presentan al proceso selectivo o bien, formulan su solicitud de estabilización a una plaza diferente a la que ocupa.

En relación a esta situación hemos de referirnos al artículo 2 de la Ley 20/2021, que regula en su apartado sexto el régimen indemnizatorio previsto para estos procesos. Por lo que se refiere al personal laboral, se determina que corresponderá una compensación económica de veinte días de retribución por cada año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a una anualidad, y con el límite máximo de doce mensualidades (indemnización idéntica a la de las extinciones carácter objetivo) para el personal laboral temporal ocupante de la plaza que no supere el proceso selectivo de estabilización. Adicionalmente, se aclara que para el personal laboral temporal, la compensación consistirá en la diferencia entre la indemnización que le corresponda por la extinción de su contrato, y los referidos veinte días por cada año de servicio. Finalmente, se penaliza al candidato o candidata que no se presenta al proceso selectivo de estabilización al no otorgarle ningún tipo de indemnización, lo que ya ha dado lugar a ciertas controversias, y, consideramos que no se ajusta a derecho en la gran mayoría de los supuestos como seguidamente justificaremos.

Entendemos que quien tenga un vínculo temporal con un contrato de interinidad o el actual de sustitución hasta la cobertura reglamentaria de la plaza, y decida no presentarse, tendría escasas posibilidades de obtener una indemnización por la extinción de su vínculo, al ser el contrato de sustitución (antes, interinidad) uno de los escasos de la normativa laboral exento de indemnización a su finalización. No obstante, hemos de tener en consideración que habría que distinguir, inicialmente, entre dos supuestos, dependiendo de la duración de su interinidad (inferior o superior a los tres años). Sin embargo, en el proceso extraordinario de estabilización de la Ley 20/2021 es imposible que se produzca la inclusión en el procedimiento de plazas ocupadas con dicho contrato durante un

⁴⁷ ROQUETA BUJ, R.. Derecho del Empleo Público 2022. Tirant lo Blanch. P. 269.

periodo inferior a tres años, puesto que el artículo 2 de dicha norma autoriza una tasa de reposición adicional para plazas que hayan estado ocupadas temporalmente al menos en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2020. Por consiguiente, solo se pueden estabilizar por dicha norma vínculos ocupados de forma temporal durante un mínimo de cuatro años. En ese supuesto, debemos considerar que esta situación prolongada ha devenido en fraude de ley y por consiguiente, la persona ocupante de dicha plaza adquiriría la condición de indefinido no fijo en la vía jurisdiccional. Tal ha sido el criterio fijado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 10 de abril de 2024⁴⁸ que tras desestimar la petición principal de ser considerada la parte actora como fija de plantilla, admite la subsidiaria, al entender, con un criterio de máxima razonabilidad, que el hecho de llevar prestando servicios desde el 29 de noviembre de 2010 hasta la fecha de la resolución, a través de distintos contratos de interinidad (siendo el último hasta la cobertura de la plaza, de fecha 31 de julio de 2016), implica un fraude de ley al excederse el plazo de tres años establecido en el artículo 70 del TREBEP, sin que en ese periodo se haya procedido a la convocatoria para la cobertura definitiva de dicha plaza. Criterio que tiene su antecedente en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio de 2021⁴⁹.

Por consiguiente, el régimen indemnizatorio del interino vacante será idéntico al del personal indefinido no fijo que analizamos a continuación.

Respecto de las consecuencias de la no presentación al proceso selectivo de quienes ostenten la cualidad de personal indefinido no fijo, hemos de indicar que a los mismos ya se les había reconocido en una línea jurisprudencial muy consolidada el derecho a la indemnización de veinte días por cada año de servicio, característica del despido por causas objetivas, sin necesidad de acudir a los trámites de los despidos colectivos u objetivos – artículos 51 y 52 del ET-⁵⁰ y no existen argumentos para modificar tal criterio, a nuestro entender, y mucho menos forzándolos a la presentación a un proceso selectivo que podría convenirles, o no. Este debate sobre el artículo 2.6 de la ley 20/2021 ha sido analizado con gran profundidad en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de fecha 14 de junio de 2023⁵¹, exponiendo unas conclusiones que compartimos en su integridad. Ciertamente, como se expone en tal resolución (y como refería Remedios Roqueta), que dicha disposición es una absoluta novedad en el régimen jurídico del personal temporal con un vínculo de interinidad por vacante, otorgándoles una compensación anteriormente vedada. Solo existe una excepción, la no presentación al proceso selectivo excepcional, la cual solo es aplicable a los interinos, mas no así a los restantes temporales (eventuales o de obra de larga duración, que tendrían derecho a la indemnización de 12 días por año de servicio), ni tampoco a los indefinidos no fijos. Es decir, no parece que una disposición que pretende la protección del personal precarizado cercene o limite derechos indemnizatorios del personal indefinido no fijo suficientemente consolidados por la doctrina del Tribunal Supremo

⁴⁸ STSJ Madrid de 10 de abril de 2024 (Rec. 797/2021, Sala de lo Social).

⁴⁹ STS de 28 de junio de 2021 (Rec. núm. 3263/2019, Sala de lo Social).

⁵⁰ ROQUETA BUJ, R.. Derecho del Empleo Público 2023. Tirant lo Blanch, p. 145.

⁵¹ STSJ Comunidad Valenciana de 14 de junio de 2023 (Rec. núm. 501/2023, Sala de lo Social)

(citando a título meramente ilustrativo, las Sentencias de 6 de octubre de 2022⁵², 28 de marzo de 2019⁵³ o la importante sentencia de 28 de marzo de 2017⁵⁴).

En la misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 23 de mayo de 2023⁵⁵, la cual si bien considera que la Ley 20/2021, de 28 de diciembre no era de aplicación al supuesto analizado al haberse producido el despido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, razona que la indemnización de veinte días por año de servicios reconocida por la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo no se ve afectada por la citada disposición normativa, puesto que la misma ni ha derogado la regulación de la extinción de los contratos por causas objetivas, ni tampoco contradice los criterios interpretativos del Alto Tribunal.

En definitiva, podemos convenir que el hecho de no presentarse a las pruebas selectivas del proceso de estabilización impide (teóricamente) el derecho compensatorio al personal interino laboral, puesto que la única norma en vigor que fija dicho derecho lo condiciona a su solicitud de participación en la plaza que venía ocupando; pero en la práctica, como tal contrato de interinidad o sustitución, para poder ser incluido en el proceso de estabilización, tendrá una duración superior a los tres años, de facto, será un indefinido no fijo, y por tanto, generará la indemnización establecida jurisprudencialmente de veinte días por año de servicio, se presente o no al proceso. A mayor abundamiento, hemos de indicar que la tesis excluyente de la compensación, en determinados supuestos, puede ser manifiestamente injusta si la decisión de no presentarse obedece a un acto involuntario de la persona candidata, o a supuestos de imposibilidad material (enfermedad propia, de un familiar, ingreso en prisión preventiva del mismo, u otros supuestos que se podrían calificar de fuerza mayor).

Idéntica conclusión ha de alcanzarse para aquellas personas que optan en el proceso por presentarse a una plaza que no es la que ocupan (bien por aspirar a un puesto de un grupo profesional superior, bien por entender que tienen más posibilidades en otro puesto en el que hayan prestado servicios durante un periodo más amplio, bien por querer optar a otro destino geográfico), y que finalmente no son seleccionadas. Aplicando las tesis anteriores, y con mayor fundamento, generarían igualmente su derecho indemnizatorio de veinte días por año de servicio.

5.2. La indemnización de las personas que se presentan al proceso selectivo pero finalmente no son seleccionados para la plaza que ocupaban.

Este supuesto no generaba inicialmente problemas interpretativos en el personal indefinido no fijo, al coincidir las líneas jurisprudenciales ya consolidadas⁵⁶ con la indemniza-

⁵² STS de 6 de octubre de 2022 (Rec. núm. 235/2019, Sala de lo Social).

⁵³ STS de 28 de marzo de 2019 (Rec. núm. 997/2017, Sala de lo Social).

⁵⁴ STS de 28 de marzo de 2017 (Rec. núm. 1664/2015, Sala de lo Social).

⁵⁵ STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2023 (Rec. núm. 7769/2022, Sala de lo Social).

⁵⁶ SANDE PÉREZ- BEDMAR, M. El empleo público a la salida de la crisis. en PUEBLA PINILLA, A

ción prevista en el artículo 2.6 de la ley 20/2021. Sin embargo, líneas jurisprudenciales recientes, pendientes de confirmar en recursos unificadores de la doctrina, avalan indemnizaciones superiores, reparadoras del daño causado, en concreto, la equivalente a los 33 días de salario por año de servicio, como la recientísima Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 30 de septiembre de 2024⁵⁷.

5.3. La eventual indemnización para los que se presentan y obtienen plaza en el proceso estabilizador

No es ésta una cuestión que haya suscitado, hasta la fecha, una multitud de procedimientos judiciales, posiblemente porque las personas candidatas tras largos años de situación de precariedad han visto colmadas sus expectativas con el nombramiento como personas trabajadoras fijas, aunque sí que ya hay algunas sentencias que han analizado esta cuestión, como la recientísima Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Terrasa, de 8 de noviembre de 2024⁵⁸. En ese sentido nuestra conclusión es que sería perfectamente viable esa duplicidad de acciones reparadoras de la precariedad para el personal indefinido no fijo o el temporal.

La inicial reflexión que hemos de realizar sobre cuáles son las consecuencias de la estabilización del personal laboral versa sobre los efectos que produce la exitosa consolidación de la plaza, en concreto, si estamos ante una novación modificativa o una extinción del vínculo contractual previo. Habrá de convenirse que en los supuestos en que se ha llevado a cabo la denominada “estabilización cruzada”, ninguna duda debe existir en que estamos ante una extinción de un previo vínculo de naturaleza laboral y uno posterior funcional o estatutario. No sólo ello conlleva una modificación de la relación de puestos de trabajo con el cambio de régimen, sino que el nuevo status es absolutamente diferenciado en cuanto a la naturaleza y características del vínculo, normativa que resulta de aplicación y prerrogativas de los funcionarios públicos.

Sí que podría plantearse cierto debate respecto del vínculo laboral indefinido no fijo y su posterior transformación a fijo. Ciertamente es que el derecho positivo laboral no regula la figura de la novación contractual, lo cual no deja de sorprender al ser una figura absolu-

de la., ESPÍN SÁEZ, M., PÉREZ DEL PRADO, D., MERCADER UGUINA, J.R., DESDENTADO DAROCA, E., QUINTERO LIMA, M.G., SANDE PÉREZ- BEDMAR, M. de, ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A. GARCÍA SALAS, A. I., MORÓN PRIETO, R., ALAMEDA CASTILLO, M.T., ARAGÓN GÓMEZ, C., GORDO GONZÁLEZ, L., MORENO SOLANA, A., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., GÓMEZ RUFÍAN, L., MUÑOZ RUIZ, A.B., NIETO ROJAS, P., & GÓMEZ ABELLERIRA, F.J. Tiempo de Reformas. 2019. Tirant lo Blanch. Pág. 224.

⁵⁷ STSJA de 30 de septiembre de 2024 (Rº 733/2024, Sala de lo Social).

⁵⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. Extinción por cobertura reglamentaria de la plaza de indefinido no fijo y reconocimiento de indemnización por despido improcedente (STSJA 30-09-2024). En blog Una mirada crítica a las relaciones laborales. Extinción por cobertura reglamentaria de la plaza de indefinido no fijo y reconocimiento de indemnización por despido improcedente (STSJ Aragón 30/9/24) – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES

tamente habitual en el día a día de las relaciones laborales. Baste pensar en las constantes transformaciones que se realizan de contratos temporales en fijos o fijos discontinuos, o bien de personas trabajadoras a tiempo parcial, que pasan a laborar a tiempo completo, o viceversa. Ante tal omisión, hemos de acudir a la doctrina civilista, que ha distinguido entre la novación extintiva y la novación modificativa o impropia. Ciñéndonos estrictamente a este ámbito laboral, Luisa Vicedo Cañada⁵⁹ define la novación modificativa como aquella que introduce un elemento nuevo que supone una alteración en las condiciones de trabajo, bien sean principales o accesorias, pero que no sean esenciales. Por el contrario, delimita las novaciones extintivas como las caracterizadas por llevar a cabo una modificación que altera la propia esencia y naturaleza de la relación y que conllevan una extinción de la previa relación laboral y el nacimiento de otro vínculo nuevo y distinto al anterior. Sobre la base de tales definiciones, concluye que el cambio de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial es una novación extintiva. Esta tesis coincide con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y la de los Tribunales Superiores de Justicia, que ha venido considerando que cuando se produce una modificación del tipo de contrato, estamos ante una extinción y una posterior relación contractual. A título meramente ilustrativo, el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de febrero de 2023⁶⁰, entre otras, concluía que un cambio del contrato de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial, o viceversa, es una novación extintiva y no modificativa. Acogiendo dichos criterios, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su sentencia de 14 de febrero de 2024⁶¹ razonaba que si tras un proceso selectivo, una trabajadora aun manteniendo su categoría y centro de trabajo, pasaba de un contrato temporal a otro como fija, era una modificación extintiva del vínculo anterior que implicaba la conversión a otra nueva relación jurídica al alterarse el régimen jurídico aplicable. Por último, hemos de referirnos a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de Málaga, de 27 de mayo de 2024⁶², la cual analiza concretamente el supuesto de la superación del proceso especial de estabilización llevado a cabo por un Ayuntamiento, concluyendo que la presentación y superación de la demandante al proceso de estabilización conllevó que se celebrara un nuevo contrato como personal laboral fijo (previamente era un personal indefinido no fijo), y ello implica un importante cambio jurídico, con un nuevo régimen legal, y, en definitiva, una nueva relación laboral concertada por la voluntad común de las partes.

En definitiva, si tras la estabilización estamos ante una nueva relación jurídica ha de convenirse que previamente ha existido una extinción del vínculo anterior, lo que nos obliga a analizar las consecuencias indemnizatorias de tal finalización. Hemos de distinguir, al respecto, varios supuestos: a) la persona trabajadora estaba ligada previamente por un contrato de interinidad por vacante de larga duración; b) la persona trabajadora

⁵⁹ VICEDO CAÑADA, Luisa. La modificación de la parcialidad de un contrato de trabajo a tiempo parcial por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. *Diario La ley* núm. 7140. Sección Doctrina. Editorial La Ley, 23 de marzo de 2009, Año XXX, Ref. D-97.

⁶⁰ STS de 1 de febrero de 2023 (Rec. núm. 2569/2019, Sala de lo Social).

⁶¹ STSJ de Castilla y León de 14 de febrero de 2024 (Rec. núm. 844/2023, Sala de lo Social).

⁶² Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Málaga, de 27 de mayo de 2024, Proc. MSCT 192/2024.

era personal laboral temporal; c) la persona candidata seleccionada en el proceso de estabilización era indefinida no fija, bien reconocida por resolución judicial, bien de hecho, por una notoria situación de fraude de ley.

En relación con el primer supuesto, nos remitimos a lo que ya hemos expuesto anteriormente respecto de la imposibilidad práctica de que existan vínculos de interinos vacantes de duración superior a los cuatro años que no estén en situación de fraude de ley, por lo que quienes estén en tal situación obtendrían con una elevada probabilidad, una sentencia declarativa de ser consideradas personal indefinido no fijo.

Respecto al personal temporal de larga duración (excluido el interino vacante) también estarían muy probablemente en situación de fraude de ley, tras dicho mínimo de cuatro años de vinculación temporal continuada, por lo que igualmente serían indefinidos no fijos. Cierto es que en la Administración Local se podrían ir encadenando diversos contratos de obra (previamente a la reforma laboral del mismo año 2021) derivados de encomiendas de servicios a medios propios, de programas cofinanciados por otras administraciones (los más habituales en el área de asuntos sociales), programas subvencionados o servicios de colaboración social, entre otros. Pero dichos puestos no han sido generalmente objeto de estabilización al no ser puestos estructurales, ni haber mantenido la continuidad exigida por el artículo 2 de la Ley 20/2021, que exigía que los puestos estuvieran dotados presupuestariamente y ocupados de forma temporal e ininterrumpida al menos con anterioridad al 31 de diciembre de 2020. En todo caso, podrían haber sido estabilizados, aunque ha sido muy poco habitual, como fijos discontinuos. En esos muy esporádicos supuestos, consideramos que es perfectamente compatible la indemnización de los doce días por año de servicio característico de la liquidación de los contratos temporales, con una posterior estabilización, al ser ésta un nuevo vínculo.

En último lugar, hemos de analizar la compatibilidad derivada de la estabilización de las personas indefinidas no fijas, lo sean por declaración de sentencia judicial, o lo sean de hecho (aunque no podrían ser reconocidos por la propia Administración en resolución dictada al efecto, al prohibirlo expresamente la Disposición 43ª de la ley 6/2018, de 3 de julio, lo que en su caso implicaría la interposición de una demanda solicitando dicha indemnización por la extinción, previa declaración de la cualidad de persona indefinida no fija). El tan reiterado artículo 2 de la ley 20/2021 establece taxativamente que corresponderá una compensación económica para el personal laboral temporal que viera finalizada su relación con la Administración convocante, en el supuesto de no superar el proceso de estabilización. En primer lugar, observamos que no existe referencia alguna a la compensación de quienes sí lo superan, y posiblemente fuera la intención del legislador que la cobertura de la plaza por un procedimiento más favorable que un sistema selectivo de oposición o concurso oposición ordinario colmaba las pretensiones de los trabajadores precarizados siendo aquella suficiente compensación. Pero no podemos obviar que ante la ausencia expresa de regulación, deberíamos mantener los mismos criterios jurisprudencialmente establecidos para la extinción del vínculo (aunque posteriormente nazca otro diferente) del personal indefinido no fijo por la cobertura de la vacante. En ese sentido, la Sala IV del Tribunal Supremo modificó su criterio en la Sentencia de 28

de marzo de 2017⁶³ considerando que el cese por cobertura de la plaza debía determinar el derecho a la indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el límite de 12 mensualidades.

En base a la justificada novación extintiva del vínculo indefinido no fijo ya expuesta, y la jurisprudencia consolidada del Alto Tribunal que otorga esa indemnización de 20 días por la cobertura reglamentaria de la plaza de la plaza, debemos concluir en el derecho de las personas estabilizadas a que le sea abonada dicha indemnización a pesar de ser adjudicatarias de la plaza. Es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2024⁶⁴ que textualmente venía a señalar que los trabajadores con una relación indefinida no fija tienen derecho a la indemnización de 20 días por cada año de trabajo (con el límite de 12 mensualidades) por la cobertura reglamentaria de la plaza, aunque después sean nuevamente contratados. Ciertamente que estas sentencias no analizan exactamente el supuesto de un proceso del cual resulte adjudicataria la persona ocupante de la plaza, pero no hallamos diferencias significativas entre los supuestos de nuevas contrataciones con una breve interrupción temporal con la nueva contratación derivada de la adjudicación de la plaza por el propio proceso estabilizador, pues en ambos casos hay bien una extinción o una novación extintiva, es decir, ambos generarían un derecho indemnizatorio por expiración de un vínculo de indefinido no fijo.

5.4. Por último, hemos de valorar las posibles indemnizaciones por daños morales, derivadas de la situación de precariedad de las personas ocupantes de la plaza, por no ser (supuestamente) suficiente la convocatoria del procedimiento de cobertura de la misma para reparar esa situación anterior.

Indemnizaciones que procederían tanto en el supuesto de ser las personas candidatas seleccionadas en el proceso de estabilización o las que no consiguen consolidarse como puestos estables. La Sentencia más conocida que otorga una indemnización a una persona que se estabiliza es la del Juzgado de lo Social nº 2 de Granollers, de fecha 24 de marzo de 2024⁶⁵, la cual reconoce una indemnización de cinco mil un euros (5001 €), de carácter disuasoria, por aplicación de los artículos 40 y 7.2 de la LISOS⁶⁶, como consecuencia de la infracción en materia de la normativa de contratación temporal. Esa sentencia mereció un análisis por el Profesor Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, en su muy conocido blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”⁶⁷. Dicho autor, aunque se

⁶³ STS de 28 de marzo de 2017 (Rec. núm. 1664/2015, Sala de lo Social).

⁶⁴ STS de 16 de enero de 2024 (Rec. núm. 1126/2023, Sala de lo Social).

⁶⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Granollers, de 24 de marzo de 2024, Proc. Despidos núm. 782/2023.

⁶⁶ Real Decreto Legislativo 5/2020, de 4 de agosto. BOE núm. 189 de 08/08/2020.

⁶⁷ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, 2024, Si me estabilizo tras una temporalidad abusiva, sí tengo derecho a una indemnización ex LISOS (SJS\2 Granollers 24/3/24). En: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2024/04/13/si-me-estabilizo-tras-una-temporalidad-abusiva-si-tengo-derecho-a-una-indemnizacion-ex-lisos-sjs2-granollers-24-3-24/>.

muestra prudente en cuanto sostiene que habrá que esperar a la confirmación de esa línea jurisprudencial por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y, en su caso, por la Sala IV del Tribunal Supremo, refiere que el fundamento de la sentencia sobre dicha indemnización estriba en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en determinadas sentencias ha mantenida una tesis uniforme sobre la necesidad de que los Estados miembros adopten medidas adecuadas para sancionar la conducta abusiva en materia de relaciones abusivas de larga duración; no es suficiente medida disuasoria, continúa dicha tesis, la convocatoria de la plaza.

Este criterio a nivel teórico es absolutamente admisible, razonable y aplicable; sin embargo, si se estima que las bases de los procesos de estabilización en la práctica han otorgado unas elevadísimas probabilidades de consolidar el puesto que ocupan, incluso en determinados procesos hacia un régimen dotado de mayor seguridad y estabilidad como es el funcional, que se ha impedido prácticamente la libre concurrencia de opositores, funcionarios de carrera o personal laboral fijo al no valorarse sus méritos y que el solo hecho de su experiencia como personas trabajadoras les ha bastado para estabilizar (sin tener que superar un examen de conocimiento teórico o práctico), tal tesis parece diluirse al haberse llevado a cabo, de facto, una conversión de sus vínculos a fijos en un sistema no suficientemente competitivo.

A mayor abundamiento, consideramos que, si es compatible la indemnización por la extinción de la relación de indefinido no fijo con la exitosa estabilización, como propugnamos, se ha de concluir que es absolutamente innecesario acudir, quizás forzosamente, a la LISOS, para otorgar una indemnización por el daño derivado de la prolongada situación de precariedad.

6. Reflexiones finales

La elevada temporalidad del sector público ha generado continuas controversias, no resultas satisfactoriamente. La figura del indefinido no fijo que parecía solventar el conflicto entre la aplicación de las normas de legalidad ordinaria y los principios de acceso al empleo público, finalmente generó una situación de temporalidad in aeternum con graves perjuicios para las personas con tal vinculación, que en los primeros estadios carecían de derechos tales como la promoción profesional.

La solución del legislador para dar estabilidad a esos puestos (y ciertamente, aunque expresamente no se indicara así, a esas personas) ha sido el “macroproceso” de estabilización de la ley 20/2002, el cual ha tenido un notorio éxito por lo que se refiere a la estabilización de las personas con vínculos temporales previos, pero no debe obviarse la muy dudosa legalidad y posiblemente inconstitucionalidad del mismo, asemejándose a los denominados procesos con “mochila” tan criticados por la doctrina. El análisis de las bases que hemos expuesto a título meramente ilustrativo acredita la práctica imposibilidad de que una persona candidata sin previa experiencia en la misma Administración convocante, tuviera la menor posibilidad de éxito en tales convocatorias. Ciertamente es que

las disposiciones adicionales sexta y octava de la ley 20/2021 están en trámite de inconstitucionalidad promovido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, y su resolución sería extensible probablemente al ámbito laboral, pero parece evidente que cuando se resuelva por el Tribunal Constitucional, los procesos de estabilización estarán ya plenamente finalizados y por tanto, con adjudicaciones ya firmes de las plazas, por lo que la sentencia será posiblemente inejecutable.

La regulación de la estabilización ha implicado, en términos generales, un notorio éxito para el personal temporal e indefinido no fijo, con un menoscabo de expectativas de derecho de otros colectivos, como el personal laboral fijo, e incluso los propios opositores que no han tenido la más mínima posibilidad de competir en una oferta de empleo público mayúscula en términos cuantitativos. Los supuestos más gravosos han ocurrido en las administraciones geográficamente deslocalizadas, con sedes diversas en el Estado o de las Comunidades Autónomas, permitiendo que se estabilizara a personas en el destino donde se prestan servicios, frente a las personas empleadas públicas fijas, de idéntica categoría y puesto, que llevan años desplazados de su lugar de residencia o de origen (las cuales o no han podido presentarse o sus méritos eran baremados en menor porcentaje).

En definitiva, si la figura del indefinido no fijo nació como consecuencia de determinados fraudes en las contrataciones laborales, la solución a esa situación no solo no es respetuosa con la legalidad ordinaria, sino que muy posiblemente infrinja preceptos de nuestra Carta Magna, concretamente el principio de igualdad del artículo 14 y dañe seriamente al mérito, como elemento vertebrador de nuestro sistema selectivo constitucional. Hemos de hacer nuestra la acertada reflexión final de D. Jesús Fuentetaja Pastor⁶⁸ en relación a la ley 20/2021, cuando indicaba que, si los procesos de estabilización pretendían solucionar el abuso de la temporalidad, se ha llevado a cabo con al menos el mismo abuso de los propios procesos selectivos.

Por lo que respecta a las consecuencias indemnizatorias que se pueden generar de tales procesos, es claramente constatable la muy deficiente regulación de la Ley 20/2021, lo que ya está generando notorias controversias jurídicas. La norma adolece de un desarrollo detallado de los diferentes supuestos que se podrían plantear en la práctica, limitándose a unas menciones mínimas que generan aún más confusión como consecuencia de intentar hacer una ordenación común a dos regímenes tan diferenciados como los funcionarios interinos y el personal laboral temporal y el indefinido no fijo. Por lo que respecta al personal laboral, parece imposible concretar cual va a ser la doctrina mayoritaria al respecto, puesto que incluso aquellas tesis que parecían más consolidadas, tales como la indemnización de 20 días por año de servicio de quien cesa en la plaza por la cobertura de la misma en el proceso estabilizador, está siendo puesta en duda con el reconocimiento de indemnizaciones superiores, bien asemejándola al despido improcedente, o a indemnizaciones adicionales por el daño producido por su dilatada temporalidad.

⁶⁸ FUENTETAJA PASTOR, Jesús, Retos del empleo público. La Administración orientada al ciudadano, En: GONZÁLEZ-RABANAL, Miryam de la Concepción, *Gestión Pública y Bienestar Social: Calidad y transparencia en las distintas administraciones*, Madrid, Editorial Universitas, S.L., 2023, págs. 55-76.

dad. Adicionalmente, consideramos que escapó a la imaginación del legislador la posible compatibilidad entre estabilizar e indemnizar por la extinción del vínculo previo, lo que implicaría una enorme carga económica para las arcas públicas, pues tampoco adoptó medida alguna para impedirla, al contrario, sobre este extremo la repetida Ley tiene un enorme vacío normativo. Ahora bien, el hecho de no excluir expresamente esa posibilidad otorga posibilidades de éxito a la interposición de eventuales demandas en ejercicio de la indemnización por la previa extinción del vínculo temporal anterior, si se consolida la tesis de que ello implica una novación extintiva y no simplemente modificativa. En definitiva, múltiples son las controversias jurídicas que aparecen como consecuencia de una norma muy mejorable en su redacción y la falta de previsibilidad de ciertas hipótesis que se están planteando en la actualidad en la jurisdicción social.

7. Bibliografía

- BAQUERO AGUILAR, J. La subcontratación de servicios públicos y su posterior reversión: el acceso indirecto al empleo público. Ediciones Laborum, 2022, pp. 133-148.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, 2024, Si me estabilizo tras una temporalidad abusiva, sí tengo derecho a una indemnización ex LISOS (SJS\2 Granollers 24/3/24). En: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2024/04/13/si-me-estabilizo-tras-una-temporalidad-abusiva-si-tengo-derecho-a-una-indemnizacion-ex-lisos-sjs2-granollers-24-3-24/>.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. Ley 20/2021 y estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 468, 2022, pp.19-45.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. Extinción por cobertura reglamentaria de la plaza de indefinido no fijo y reconocimiento de indemnización por despido improcedente (STSJA 30-09-2024). En blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Extinción por cobertura reglamentaria de la plaza de indefinido no fijo y reconocimiento de indemnización por despido improcedente (STSJ Aragón 30/9/24) – *Una mirada crítica a las relaciones laborales*.
- BOLTAINE BOSCH, Xavier. Personal laboral en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro. *Documentación administrativa*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 8, 2021, págs. 66-91.
- COSTA REYES, Antonio. Contratación laboral temporal irregular en la administración Pública. El rayo que no cesa. A propósito de las reformas de 2021 y la jurisprudencia del TS: desde el indefinido no fijo al fijo. 1 fijo. *Revista de derecho social*, núm. 103, 2023, pp 13-36.
- DE LESSA CARVALHO, Fabio Lins. La función pública en el mundo: rasgos jurídicos, tendencias y retos de siete modelos comparados. *Ars Iuris Salmanticensis. Revista*

- Europea e Iberoamericana de Pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca, vol. 7, núm. 1, 2019, págs. 41-60.
- DESDENTADO DAROCA, Elena. *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2022.
- DESDENTADO DAROCA, Elena. El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público. Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo, 3 (2), 2024, pp 93-123.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús, Retos del empleo público. La Administración orientada al ciudadano, En: GONZÁLEZ-RABANAL, Miryam de la Concepción, *Gestión Pública y Bienestar Social: Calidad y transparencia en las distintas administraciones*, Madrid, Editorial Universitas, S.L., 2023, págs. 55-76.
- GONZÁLEZ LOPEZ, Juan José. Cuestiones sobre el panorama actual del abuso en el empleo público temporal. En SÁNCHEZ BARROSO, B, GÓMEZ ZAMORA, L. J., PARTOR RUIZ, F., CODES CALATRAVA, A., RUBIO ESCOBAR, P., ORTEGA BURGOS, E., RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., GONZÁLEZ TORROBA, P. , & GARCÍA VILLARUVIA BERNABÉ, M. . Derecho Administrativo 2023 p. 647.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. La controvertida figura del personal laboral indefinido no fijo. En THIBAUT ARANDA, J., NORES TORRES, L. E., BLASCO PELLICER, C., LAHERA FORTEZA, J, ROQUETA BUJ, R., ESTEVE SEGARRA, A., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E, MONTOYA MEDINA, D., RAMOS MORAGUES, F, GOERLICH PESET, J.M., TARABINI- CASTELLANI AZNAR, M., BLASCO PELLICER, Á., GARCÍA TESTAL, E., PAZ MENÉNDEZ, S, LÓPEZ TERRADA, E., GARCÍA RUBIO, M., GIL PLANA, J., VIQUEIRA PÉREZ, C., TALÉNS VISCONTI, E., ALEGRE NUENO, M.. Las Relaciones Laborales en el Sector Público 2019, p. 455.
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales. Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 11, 2024. pp 13-34.
- MORATE MARTIN, Lourdes. Obligación de respeto del principio de igualdad y no discriminación. En SÁNCHEZ BARROSO, B, SÁNCHEZ SOCÍAS, L., PASTOR RUIZ, F, RUBIO ESCOBAR, P, ORTEGA BURGOS, E., MOLL FERNÁNDEZ FÍGARES, L., GONZÁLEZ TORROBA, P. & GARCÍA VILLARUVIA, M. Derecho Administrativo 2022, p. 378. Tirant lo Blanch.
- PARRADO DÍAZ, Salvador. *Sistemas administrativos en perspectiva comparada*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023.
- ROQUETA BUJ, R.. Derecho del Empleo Público 2022. Tirant lo Blanch. P. 269.
- ROQUETA BUJ, R.. Derecho del Empleo Público 2023. Tirant lo Blanch. p. 145.
- ROQUETA BUJ, R. El acceso al empleo público: principios rectores, requisitos de acce-

so y sistemas selectivos. En THIBAUT ARANDA, J., NORES TORRES, L. E., BLASCO PELLICER, C., LAHERA FORTEZA, J., ROQUETA BUJ, R., ESTEVE SEGARRA, A., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., MONTOYA MEDINA, D., RAMOS MORAGUES, F., GOERLICH PESET, J. M., TARABINI- CASTELLANI AZNAR, M., BLASCO PELLICER, Á., GARCÍA TESTAL, E., PAZ MENÉNDEZ, S., LÓPEZ TERRADA, E., GARCÍA RUBIO, M.ª A., GIL PLANA, J., VIQUEIRA PÉREZ, C., TALÉNS VISCONTI, E., ALEGRE NUENO, M. *Las Relaciones Laborales en el Sector Público*, 2023. Tirant lo Blanch. P. 223

SANDE PÉREZ- BEDMAR, M. El empleo público a la salida de la crisis. en PUEBLA PINILLA, A de la., ESPÍN SÁEZ, M., PÉREZ DEL PRADO, D., MERCADER UGUINA, J.R., DESDENTADO DAROCA, E., QUINTERO LIMA, M.G., SANDE PÉREZ- BEDMAR, M. de, ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A. GARCÍA SALAS, A. I., MORÓN PRIETO, R., ALAMEDA CASTILLO, M.T., ARAGÓN GÓMEZ, C., GORDO GONZÁLEZ, L., MORENO SOLANA, A., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., GÓMEZ RUFIÁN, L., MUÑOZ RUIZ, A.B., NIETO ROJAS, P., & GÓMEZ ABELLERIRA, F.J. *Tiempo de Reformas*. 2019. Tirant lo Blanch. Pág. 224

VICEDO CAÑADA, Luisa. La modificación de la parcialidad de un contrato de trabajo a tiempo parcial por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. *Diario La ley* núm. 7140. *Sección Doctrina*. Editorial La Ley, 23 de marzo de 2009, Año XXX, Ref. D-97.

Normativa

Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley 7/2007, de 12 de abril. BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.

Real Decreto Ley 5/2015, de 30 de octubre. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 de febrero de 2018.

Ley 6/2018, de 3 de Julio. BOE núm. 161 de 4 de Julio de 2018.

Real Decreto Legislativo 5/2020, de 4 de agosto. BOE núm. 189 de 08/08/2020.

Ley 20/2021, de 28 de diciembre. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 2/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, de fecha 1 de abril de 2022.

Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid núm. 9180, de fecha 14/07/2022.

Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, núm. 178, de 16 de septiembre de 2022.

Boletín Oficial de la Provincia de Valencia, núm. 242, de 20 de diciembre de 2022.

Boletín Oficial de la Provincia de Cáceres, núm. 241, de fecha 20 de diciembre de 2022.
Boletín Oficial del Principado de Asturias, núm. 246, de 27 de diciembre de 2022.
Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 2022.
Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre. BOE núm. 303 de 20/12/2023.

Relación de sentencias

STC de 11 de junio 1987.
STS de 7 de octubre de 1996 (Rec. núm. 3307/1995, Sala de lo Social).
STS de 20 de enero de 1998 (Rec. núm. 317/1997, Sala de lo Social).
STC de 1 de marzo de 2012 (Rec. núm. 5742/2001).
STS de 28 de marzo de 2017 (Rec. núm. 1664/2015, Sala de lo Social).
STS de 28 de marzo de 2017 (Rec. núm. 1664/2015, Sala de lo Social).
STS de 28 de marzo de 2019 (Rec. núm. 997/2017, Sala de lo Social).
STS de 18 de junio de 2020 (Rec. 2811/2018, Sala de lo Social).
STS de 28 de junio de 2021 (Rec. núm. 3263/2019).
STS de 28 de enero de 2022 (Rec. núm. 3781/2020, Sala de lo Social).
STS de 6 de octubre de 2022 (Rec. núm. 235/2019, Sala de lo Social).
STS de 11 de enero de 2023 (Rec. núm. 907/2019, Sala de lo Social).
STS de 1 de febrero de 2023 (Rec. núm. 2569/2019, Sala de lo Social).
STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2023 (Rec. núm. 7769/2022, Sala de lo Social).
STSJ Comunidad Valenciana de 14 de junio de 2023 (Rec. núm. 501/2023, Sala de lo Social).
SAN de 5 de octubre de 2023 (Rec. núm. 154/2023).
Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, de 8 de enero de 2024 (Proc. Ord. 1042/2022).
STS de 16 de enero de 2024 (Rec. núm. 1126/2023, Sala de lo Social).
STS de 1 de febrero de 2024 (Rec. núm. 721/2022, Sala de lo Contencioso Administrativo).
STSJ de Castilla y León de 14 de febrero de 2024 (Rec. núm. 844/2023, Sala de lo Social).
Sentencia del Juzgado de lo Social de Granollers, de 24 de marzo de 2024 (Proc. Despidos núm. 782/2023).
STSJ Madrid de 10 de abril de 2024 (Rec. núm. 797/2021, Sala de lo Social).
STSJ Galicia, de 7 de mayo de 2024 (Rec. Núm. 186/2023, Sala de lo Contencioso Administrativo).
Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Málaga, de 27 de mayo de 2024 (Proc. MSCT 192/2024).
STSJA de 30 de septiembre de 2024 (Rec. núm. 733/2024, Sala de lo Social).

DEBATE

**La querella laboral-administrativa de las investiduras
de trabajadores indefinidos no fijos e incluso fijos.
Una propuesta de conciliación de las exigencias europeas con
el marco constitucional español en materia de empleo público**

The labour-administrative dispute regarding the investiture
of indefinite non-permanent and even permanent workers.
A proposal to reconcile European demands with the Spanish
constitutional framework on public employment

Andrés Boix Palop

Profesor de Derecho Administrativo

Universitat de València

ORCID ID: 0000-0002-8324-7492

doi: 10.20318/labos.2024.9126

Resumen:

Desde hace ya más de dos décadas, y a partir de la preocupación jurisprudencial por buscar una solución que garantice los derechos laborales de las personas afectadas, se ha generalizado la figura de personas contratadas como indefinidas no fijas en las Administraciones públicas españolas. Ni la consolidación de esta solución ni el explícito respaldo a este tipo de remedios que se puede encontrar en el Derecho europeo han logrado, sin embargo, que esta construcción sea aceptada en España de manera no crítica. El legislador no ha avalado explícitamente la solución, que carece por ello de una regulación normativa que pueda aportar mayor seguridad jurídica a la hora de aplicarla, mientras que cierta doctrina iuspublicista ha seguido apuntando a contradicciones entre ésta y los principios constitucionales básicos en materia de acceso al empleo público, nucleados en torno a una determinada construcción de las ideas de igualdad, mérito y capacidad en los procesos de selección. En este trabajo se analizan los elementos estructurales en torno a este debate jurisprudencial y doctrinal, así como la previsible evolución de la querella entre ambas posiciones, aprovechando la reciente e importante sentencia de 22 de febrero de 2024, que se argumenta que supone un definitivo espaldarazo por parte del Derecho europeo a unas tesis que, no sólo habrían de zanjar definitivamente la polémica sobre la figura de los indefinidos no fijos sino, directamente, forzar una transformación de fondo, estructural, sobre el entendimiento constitucional de los principios que vertebran nuestro modelo de empleo de empleo público. Como conclusión, exponen las razones por las que se considera necesario asumir, de manera

*Este trabajo se ha realizado dentro de las tareas de investigación del Proyecto PID2023-152781NB-I00 sobre “Planificación administrativa” del Plan Nacional de I+D+i.

coherente con la interpretación europea a la que nuestro ordenamiento jurídico está infraordenado (pero también con mucha mayor naturalidad, porque nada de ello va en realidad contra un correcto entendimiento de nuestro marco constitucional), la posibilidad de un sistema de acceso mucho más flexible, diverso y en ocasiones directamente condicionado por situaciones de hecho, sin que ello deba de suponer mayores traumas constitucionales.

Palabras clave: Indefinido no fijo; sector público; trabajadores públicos; funcionarios; funcionarios interinos; principios de igualdad, mérito y capacidad; acceso al empleo público.

Abstract: For more than two decades, stemming from jurisprudential concerns to find a solution that guarantees the labor rights of affected individuals, “non-permanent indefinite employees” have become a widespread reality in Spanish public administrations. However, neither the consolidation of this solution nor the explicit support for such remedies that we can easily find in European Law have succeeded in making this construction uncritically accepted in Spain. Our legislative power has not explicitly endorsed this construction, which therefore lacks a normative regulation that could provide greater legal certainty in its application. Meanwhile, certain Public Law scholars have continued to point out contradictions between this solution and some fundamental constitutional principles governing access to public employment, principles centered around a particular interpretation of the ideas of equality, merit, and ability in the making and development of any public selection process. This paper analyses the structural elements of this jurisprudential and doctrinal debate, as well as the foreseeable evolution of the dispute between the different sides, taking advantage of the recent and significant judgment of February 22, 2024. This judgment is argued to represent a definitive endorsement by European Law of the positions that, as discussed at length, should not only settle the controversy surrounding the figure of non-permanent indefinite employees but may also help to compel a fundamental, structural transformation in the constitutional understanding of the principles underpinning our public employment model. In conclusion, this work presents reasons on the necessity of adopting (both in line with the European interpretation to which our legal system is subordinated, but also at ease, with a proper understanding of our constitutional framework) a much more flexible, diverse system of access, occasionally directly conditioned by factual circumstances, without greater constitutional concerns.

Keywords: Non-permanent indefinite employee, Public sector, Public employees, Civil servants, Interim civil servants, Principles of equality, merit, and capacity, Access System to public employment.

1. La querella doctrinal a cuenta de los indefinidos no fijos entre las doctrinas administrativista y laboralista

1.1. La aparición de las personas trabajadoras indefinidas no fijas en el Derecho español y su cálida recepción por la doctrina laboralista

Como es sabido, y desde hace ya más de dos décadas, la aparición doctrinal y jurisprudencial de la figura de los indefinidos no fijos como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas españolas (suelen mencionarse como primeros pronuncia-

mientos en este sentido diversas sentencias de la última década del siglo pasado que se suceden a partir de 1996, estudiadas tempranamente, por ejemplo, por Vega López y Goerlich Peset, 1998) como solución para dar respuesta a la necesidad jurídica de sancionar ciertos fraudes en materia de contratación de personal, proteger los derechos de los trabajadores afectados e incentivar un adecuado empleo de la normativa en materia de empleo público en España ha sido fuente de polémica entre los especialistas en Derecho del Trabajo y ciertos sectores de la doctrina iusadministrativista.

Resulta interesante constatar cómo, al menos tendencialmente, una cuestión crecientemente pacífica entre los primeros, donde los paulatinos avances hasta la consolidación de la figura, e incluso su superación ulterior (como veremos a continuación con la pretensión de que, al menos en algunos casos, además de indefinidos se adquiera también la fijeza en el puesto de trabajo), generan poco debate han sido, por el contrario, acogidos con escaso entusiasmo entre los estudiosos del empleo público y de los principios constitucionales que lo han de gobernar que se han formado en la iuspublicística española. Además del patente arrastrar de pies de la Sala III del Tribunal Supremo en esta materia, puede repasarse cómo la doctrina de nuestro Derecho público ha acabado por asumir la realidad de forma abiertamente resignada y siempre señalando la necesidad de ponerle límites para encuadrarla dentro de un concreto modelo de entendimiento constitucional de las garantías de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad al empleo público: así, por ejemplo, Sánchez Morón (2019, 238) señalaba la necesidad de una intervención del legislador para, aun asumiendo esta doctrina, al menos hacerla compatible con los principios constitucionales que se entienden como tradicionalmente básicos en la materia: “solo la intervención decidida del legislador puede reforzar esas garantías constitucionales de acceso al empleo público, con las que no son plenamente compatibles las medidas de tutela del trabajador que regula el derecho del trabajo o proceden de él”.

La doctrina administrativista mayoritaria, más que escribir contra la figura (la inmensa mayoría de los trabajos que podemos encontrar en estas dos décadas sobre la misma son de especialistas en Derecho del Trabajo), ha acompañado al orden jurisdiccional contencioso-administrativo en una tardía y manifiestamente poco entusiasta asunción y acomodo a la jurisprudencia laboral que crea y delimita la figura, reiterando además siempre toda una serie de óbices jurídicos a partir de la tradicional declinación de nuestros principios constitucionales en materia de acceso al empleo público que deberían impedir acceder al mismo a partir de “automatismos” que obvian los procesos selectivos en los que se han de concretar necesariamente los principios de igualdad, mérito y capacidad. Óbices que, por supuesto, vedarían en cualquier caso tanto la aplicación de estas soluciones al personal estatutario (no podrá haber “funcionarios indefinidos no fijos”, Sempere Navarro, 2023), así como hacen imposible cualquier aspiración de que la relación laboral resultante entre la persona trabajadora y la Administración pública de turno sea no sólo indefinida sino, además, fija. Es evidente que en estas posiciones anida el convencimiento de que la única forma de acceso que cumple con las exigencias constitucionales en materia de empleo público (y que por ello ha de ser aceptada por

nuestro ordenamiento jurídico como excluyente de otras alternativas) es que se pase por el debido proceso de selección acorde con las exigencias de Derecho público, que es el único con legítima capacidad para investir a alguien como trabajador público, siendo la admisión de otras vías para adquirir tal condición un cuestionamiento inaceptable de este “monopolio para invertir”.

1.2. Un poco de historia y el punto de (inestable) equilibrio alcanzado a lo largo de la segunda década del siglo XXI

No tiene mucho sentido, a estas alturas, relatar una vez más esta evolución y reiterar los detalles sobre los distintos hitos y jalones del camino que ha llevado a la situación actual, puesto que esta tarea ya ha sido realizada de manera magnífica por muchos especialistas y resultaría redundante (Cavas Martínez, 2018; López Balaguer, 2019; López Balaguer y Ramos Morales, 2020; Roqueta Buj, 2020; entre otros). Con todo, y siquiera sea brevemente, quizás sí es necesario a los efectos de llegar a las conclusiones de este trabajo consignar que es precisamente la pervivencia de los abusos reiterados en materia de contratación temporal (y, en ciertos casos, también los abusos continuados a la hora de acudir a la contratación de interinos en fraude de ley, Treviño Pascual, 2017) por parte de las Administraciones Públicas españolas, y que éstos no parezcan ser patrimonio sólo de algunas de ellas sino una patología generalizada (de ahí la extensión de la figura a todo tipo de entes del sector público, desde los entes locales (Candela Talavera, 2021) a las fundaciones del sector público (Vila Tierno, 2023), pasando por las empresas públicas (Gallardo Pernas y Santiago Lara (2022))), lo que ha llevado no sólo a la aparición de esta categoría adicional dentro del empleo público, sino a su generalización, extensión... y a que la más reciente jurisprudencia y doctrina laboral apueste cada vez más decididamente, incluso, por ir más allá y explicar vías de fijeza y maneras para estabilizar en el empleo de manera permanente a las personas trabajadoras afectadas.

Como es sabido, el punto de llegada y de cierto equilibrio alcanzado en años recientes consiste en que respecto de estas tipologías de fraudes en la contratación temporal, por lo demás no exclusivas del sector público, se trate de contener su generalización y de encauzar sus efectos a partir de este constructo jurisprudencial, inspirado en previos trabajos de parte de la doctrina española (Casas Baamonde, 2024, recuerda las aportaciones esenciales de Desdentado Bonete), de modo que se concilie la exigencia de dar cierta estabilidad en el empleo al trabajador contratado empleando fraudulentamente las posibilidades legales de contratación temporal (y de ahí la conversión en indefinido del mismo) salvando a la vez las exigencias de que el acceso al empleo público con carácter definitivo lo sea exclusivamente a partir de sistemas de acceso que respeten estrictamente la manera en que entendemos los criterios de mérito y capacidad (y de ahí que este carácter indefinido lo sea, por ello, con la coletilla de “no fijo”). Así, en fin, la Sala IV (de lo Social) del Tribunal Supremo, desde finales de siglo pasado y hasta la fecha, ha venido considerando que el fraude en la contratación por tiempo determinado por parte

del empleador, aunque este fuera también una Administración pública, debía comportar la estabilización en el empleo al amparo del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que exige dar esta respuesta a estas patologías de manera coherente a lo que establece desde la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco en la materia anexo a la misma el Derecho europeo en la materia.

A lo largo de estos ya más de veinte años, como ya se ha indicado, se puede detectar un planteamiento inicialmente dispar, que se ha ido aproximando, pero que mantiene diferencias, entre la Sala III (de lo Contencioso-administrativo) y IV (de lo Social) del Tribunal Supremo, así como entre las respectivas doctrinas administrativista y laboralista. Allí donde jueces y doctrina laboral han entendido evidente la aplicación de la Directiva 1999/70/CE desde un principio a las relaciones laborales en el seno de la Administración pública, por un lado, y que la conclusión inevitable de la detección de fraudes en la contratación había de ser la conversión en indefinida de la persona afectada (suele considerarse como primer ejemplo de esta doctrina la STS de 7 de octubre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:5360, anterior a la Directiva, pero ya imbuida por el espíritu de la misma, que venía decantándose en esos años; véase Vega López y Goerlich Peset, 1998), la doctrina administrativista ha manifestado siempre más reticencias a aceptar este automatismo, por entender, básicamente, que la respuesta a un fraude en la contratación que consistiera en la estabilización definitiva en un empleo público de la persona contratada quebraría los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (han dado cuenta de este debate, entre otras, López Balaguer, 2019; o Roqueta Buj, 2020).

Con esta solución se pretende, en primera instancia, proteger los derechos de la persona que ha sido contratada en fraude de ley, cuando no existían razones que habilitaran el recurso bien a la interinidad (a los abusos en el recurso a la misma se ha acabado imponiendo idéntica solución de convertir a la persona afectada en indefinida no fija, en una doctrina jurisprudencial ya completamente asentada; véase por ejemplo la reciente STS de 28 de junio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2454), bien a la contratación laboral temporal (Requena Montes, 2022). Pero, y por otro lado, como es constantemente explicado por toda la doctrina y jurisprudencia europea en la materia, un segundo objetivo de esta exigencia legal de estabilización en el empleo de los trabajadores afectados por estas prácticas es tratar de desincentivar que estos abusos sigan produciéndose. El hecho de que hasta la fecha no sea detectable una renuncia a este tipo de prácticas y atajos, de hecho, es un factor no menor que explica la evolución de una jurisprudencia que va paulatinamente incrementando la traslación de las consecuencias del art. 8 ET al sector público ante la constatación de que, por el momento, no se ha logrado la consecución de este segundo objetivo. En parte por ello, pero también porque no quedaba otra que levantar acta de la consolidación absoluta de la referida doctrina por parte de sus colegas de la Sala IV del Tribunal Supremo, finalmente la Sala III parece acomodarse definitivamente a esta solución en la STS de 26 de septiembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3251.

Así, la implantación de la figura, la aclaración sobre cuándo es la respuesta debida que ha de operar en nuestro ordenamiento, frente a qué fraudes y qué abusos, con qué

efectos y con qué posibles límites son cuestiones que han venido consolidándose en última instancia a través de las decisiones de los tribunales, tanto españoles como europeos. Hasta la fecha, esta jurisprudencia, que como se ha dicho se ha ido consolidando y volviendo más ambiciosa, no había impedido, en cambio, a las Administraciones públicas la convocatoria de un proceso de selección para cubrir la plaza en cuestión con carácter definitivo (lo que convertiría a la persona que ganara ese procedimiento de selección de personal no sólo en persona trabajadora indefinida sino también en fija). Simplemente, caso de que la persona finalmente seleccionada no hubiera coincidido con aquella que había estado hasta ese momento ocupando la plaza en cuestión como persona trabajadora indefinida pero no fija habría de ser en consecuencia despedida y debidamente indemnizada de acuerdo con la legislación laboral, dada que ésta es la naturaleza del vínculo de los indefinidos no fijos con las Administraciones Públicas. Se trata de un régimen que, de este modo, trata (o trataba) de respetar la idea de igualdad, mérito y capacidad construida en España respecto del acceso al empleo público, según la cual sólo a través de las convocatorias y procedimientos correspondientes y debidamente reglados, realizados de acuerdo a la legislación vigente en cada momento en materia de empleo público, puede entenderse cumplido ese requisito sin que haya afección a los posibles derechos del resto de ciudadanos a concurrir a las mismas (consagrados en el art. 103.3 CE y que tienen naturaleza incluso fundamental, ex art. 23.2 CE; vide Roqueta Buj, 2020).

De alguna manera, también, este punto de equilibrio trata de lograr una cierta equiparación *de facto* en las consecuencias que tiene una estabilización en el empleo como consecuencia de los fraudes en la contratación entre el sector privado (donde mientras no se incurra en causas de discriminación que lleven a la nulidad del despido éste siempre es posible, por mucho que pueda ser considerado improcedente, lo que permite acomodar las necesidades de plantilla según las considera e interpreta el empleador, aunque sea mediante el pago de la correspondiente indemnización) y el sector público (donde los despidos por razones objetivas son posibles sólo en casos extremos y muy justificados derivados de la desaparición de la actividad que se lleva a cabo o por consideraciones económicas que obliguen a su redimensionamiento, pero en los que la rotura del vínculo contractual con una persona trabajadora fija, en concreto y por considerarse que ésta no es la más adecuada para realizar esas funciones no son, sencillamente, posibles una vez lograda la estabilización en el empleo público, con la excepción de incumplimientos tan graves que habiliten un despido disciplinario). Como es evidente, esta equiparación *de facto* hace que sea particularmente comprometido extender o ampliar los efectos de esta doctrina a los trabajadores públicos que no tienen la consideración de personal laboral sino de funcionarios públicos. Esta es la razón por la cual, como ya se ha comentado, la solución final para los casos de abusos en la contratación de funcionarios interinos ha acabado recurriendo también a la vía de convertirlos también a ellos en indefinidos no fijos, esto es, en personal laboral (Treviño Pascual, 2017; Sánchez Ocaña y Guamán Hernández, 2019), pero no en funcionarios de carrera, puesto que si pasaran a serlo se impediría en cualquier caso el recurso a esta acomodación, dado que el funcionario de carrera es, por definición legal, ex artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), *fijo*.

Por estos mismos motivos, también, en el momento en que pueda acabar quedando definitivamente en cuestión la conveniencia de que la respuesta del ordenamiento jurídico frente a estos abusos, cuando son cometidos por una Administración pública, sea la conversión del trabajador en indefinido no fijo para considerarse (en la hipótesis de que así llegue a pasar) que ha de garantizarse a estas personas trabajadoras también la fijeza de su relación laboral como mejor respuesta jurídica frente a estos abusos, también será previsiblemente inevitable, con el tiempo la traslación de la construcción incluso a las categorías funcionariales de trabajadores públicos, por cuanto habría desaparecido también, a su vez, la barrera conceptual para que se pueda estabilizar definitivamente a un trabajador en el sector público. Si éste llegare a ser el caso no sería extraño, pues, que acabáramos teniendo también funcionarios públicos investidos como tales como respuesta jurídica a un fraude o abuso en la contratación de funcionarios interinos. La implacable lógica de esta evolución es la que, por ello, y en parte, explica también las reticencias de gran parte de la doctrina jurídico-administrativa española, que considera este punto de llegada no tanto como inaceptable sino directamente como estructural y ontológicamente inconcebible. Se entiende que tal conclusión contravendría de una manera directa y frontal la dogmática tradicional que siempre ha considerado como absolutamente esencial y nuclear garantizar las formas de acceso y procesos de selección para nuestra función pública como procesos pautados, reglados y controlados por el Derecho público... sin indeseables “automatismos” que tengan otro origen (judicial, por ejemplo; o que suponga “interferencias” desde otra disciplina cuyo foco está en los derechos de los trabajadores y no en cómo regular el funcionamiento de las Administraciones públicas).

En definitiva, el precario equilibrio provisionalmente alcanzado así descrito, al permitir en todos estos casos que las Administraciones públicas convocaran la plaza en cuestión para realizar un proceso de selección con todas las garantías (o, más bien, con estricto cumplimiento formal a los procedimientos legalmente exigibles según nuestro sistema de empleo público... que no es exactamente lo mismo) ha minimizado durante unos años la crítica desde la perspectiva de la igualdad en el acceso y ha permitido a nuestros poderes públicos asumir la jurisprudencia reseñada, si bien no exactamente con agrado o con facilidad, sí, a la postre, sin excesivos traumas. De hecho, puede incluso considerarse que ésta era una solución que tenía la ventaja adicional de que permitía poner el acento en las disfunciones, no tanto de la solución jurisprudencial en sí, sino de los incumplimientos reiterados de nuestras Administraciones públicas y, en concreto, de aquella implicada en cada proceso de generación de una persona trabajadora indefinida no fija: era esa Administración pública la que, en supuestos de fraudes o abusos en la contratación temporal o de funcionarios interinos, se veía en la tesitura de encontrarse con una figura incómoda como la de las personas indefinidas no fijas en su plantilla, la que había de lograr ordenar una conversión de esas plazas en fijas por medio de las correspondientes, y correctas, convocatorias de las plazas en cuestión; y la que, en definitiva, se veía de algún modo “sancionada” con la obligación de indemnizar a la persona en cuestión caso de que ésta no fuera finalmente la que ganara el proceso de selección. Todas estas consecuencias ponen el foco en las disfunciones previas y ayudan por ello incentivar

una conducta más adecuada a Derecho de los poderes públicos a la hora de emplear las diversas opciones que tienen de contratación temporal.

Foco que debiera haber llevado a una respuesta de nuestras Administraciones y del legislador para, de una parte, pautar mejor estos procesos y, de otra, tratar de aprobar medidas que ayudaran a solucionar algunos de los problemas estructurales que derivaban en la generalización del fenómeno. Ninguna de estas dos consecuencias se ha producido.

Llegados a este punto, alcanzado un equilibrio jurídico con una solución que, si bien no a gusto de todos, sí estaba asentada y era aceptada por todos los órdenes jurisdiccionales, parecía posible y razonable que algo así hubiera ocurrido. No ha sido el caso. El mencionado punto de equilibrio no ha logrado un respaldo legislativo a efectos de dotar de seguridad jurídica a la cuestión y garantizar un régimen jurídico de mínimos a todos sus flecos y derivadas (casos particulares, reglas operativas, límites, exigencia de actuación posterior de las Administraciones públicas implicadas...), lo que ha llevado a incrementar las tensiones y a convertir el equilibrio alcanzado en inestable.

1.3. La pasividad del legislador español a la hora de afrontar los problemas estructurales de temporalidad en el empleo público y su manifiesto desinterés a la hora de establecer un marco legal para el empleo, límites y condiciones de la doctrina de la conversión de ciertas relaciones laborales en indefinidas no fijas

Dada esta pasividad del legislador, tampoco se ha interpuesto solución legislativa alguna al pretendido problema de la debida conciliación de las reglas del Derecho del Trabajo vigente (y, en concreto, de los efectos que se deducen de la aplicación del art. 8 ET a partir de los postulados jurídicos del Acuerdo Marco y de la Directiva 1999/70 decantados por la jurisprudencia europea) con las normas tradicionales en materia de acceso al empleo público en este punto y, muy especialmente, con respecto a los principios constitucionales que suelen derivarse de los arts. 103.3 y 23.2 CE en materia de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Por ejemplo, recientemente, y dando respuesta justamente a la cuestión del exceso de temporalidad en el empleo público, cuestión íntimamente conexa con el problema que nos ocupa, ni el Decreto-ley 14/2021 ni la posterior Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, aprovecharon para abordar en profundidad o con vocación de eliminar al menos algunos de ellos los muchos problemas estructurales de la elevada temporalidad en el sector público español. El legislador opta simplemente por regular un proceso de estabilización en el empleo público (Todolí Signes, 2022); uno más de tantos, con la limitada y concreta intención de paliar el problema respecto de parte de las cohortes de trabajadores temporales, pero sin resolver las cuestiones estructurales de fondo que acaban provocando que se reproduzcan una y otra vez los problemas de interinidad en nuestras Administraciones Públicas (por todos, véase la acertada crítica de Gifreu i Font, 2022). Dada esta patente ausencia de ambición, no es extraño que tampoco se afrontara o se diera respuesta normativa a la situación generada a partir de las sentencias europeas

y del Tribunal Supremo respecto de los casos en que se generaban vínculos laborales convirtiéndose a las personas trabajadoras en indefinidas no fijas.

Ambas normas reconocen que la temporalidad excesiva se ha convertido en estructural, funcionando como una “alternativa organizativa” en la Administración Pública y que ello genera muchos problemas. Pero más allá de tratar de estabilizar, una vez más, a muchas de estas personas no se acomete reforma alguna de fondo del andamiaje jurídico de acceso al empleo público ni de las disfunciones que han llevado a esta situación. Habitualmente se ha criticado esta incapacidad del legislador para afrontar tanto estos problemas en sí mismos como la necesidad de realizar cambios estructurales en elementos como los sistemas de acceso al empleo público y su modernización y flexibilización (por todos, Sánchez Morón, 2019; también Desdentado Daroca, 2024, reclamando una reforma que logre conciliar los diversos intereses en juego que permita superar la doctrina del indefinido no fijo), dado que éste es el contexto general en que opera y se produce el problema. No ha sido, además, por falta de generación de propuestas doctrinales, que ha sido constante estos años, no sólo respecto de la necesidad de modificar el marco jurídico general de la contratación temporal (por ejemplo, Goerlich Peset, 2017 y 2021), sino más en concreto sobre cómo trasladar posibles esquemas más flexibles propios del mercado privado o de modelos comparados próximos a los procesos de selección de trabajadores públicos, tanto con carácter temporal como para la satisfacción de necesidades estructurales (véanse las soluciones propuestas en VV.AA., 2018; así como las que hemos recogido en dos trabajos precisamente sobre estas cuestiones: Boix Palop y Soriano Arnanz, 2020 y 2021).

Es más, y frente a toda voluntad de cambio estructural, la regulación probada para acometer estos procesos de estabilización en el empleo público no deja de subrayar y validar, en la medida en que se basa en la lógica de siempre. En el viejo entendimiento de que en el Derecho español del empleo público no es posible convertir “automáticamente” (a partir de la concurrencia de ciertas circunstancias, como pueda ser por ejemplo el transcurso del tiempo a partir de ciertos límites; Morate Martín, 2024) una relación temporal en permanente, y por ello el acceso a plazas fijas exige superar procesos selectivos basados en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que se declinan de modo tal que un “automatismo” de esa naturaleza o de cualquier otra lo contravendría.

1.4. Un equilibrio inestable, llamado a hacer crisis definitiva y a obligar a una transformación mayor que la vivida hasta ahora

Esta ausencia de solución definitiva aportada por el legislador, y su incapacidad para introducir modificaciones estructurales en el sistema, explican también que la polémica no haya cesado y que el equilibrio alcanzado haya sido muy precario. Por un lado, porque no acababa de convencer a la doctrina administrativista, ni a sus trasuntos jurisprudenciales, en lo referente a las garantías de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad al empleo público; por otro, porque tampoco era un punto de llegada satisfactorio para gran parte de la doctrina laboralista en la medida en que los efectos que entiende que

han de lograrse para desincentivar estas prácticas abusivas y fraudulentas a la luz de las normas europeas están lejos de haberse alcanzado. Ello explica la vuelta de tuerca adicional consistente en declarar la fijeza de la relación cuando las Administraciones públicas demostraban una particular incuria regularizando las condiciones de estas personas trabajadoras, a partir de diversas sentencias de instancia que poco a poco son incluso validadas por el Tribunal Supremo en algunos casos (STS de 28 de marzo de 2017, que en casos de abusos extremos valida la figura del indefinido fijo; diversas SSTS que a partir de 2021 pasan a declarar que la fijeza a interinos contratados en fraude de ley en ciertos casos, Requena Montes, 2022), hasta el punto de que los tribunales españoles comienzan a elevar cuestiones prejudiciales al TJUE con la pretensión de conseguir un aval explícito para generalizar esta solución a más casos.

En respuesta a estas cuestiones, y con importantes efectos sistémicos, la STJUE de 22 de febrero de 2024, *MP y otros contra Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid y otros*, C-59/22, C-110/22 y C-159/22, ECLI:EU:C:2024:149, de la que nos ocuparemos posteriormente con más detalle, es el último (por el momento) y previsible eslabón de una cadena que confirma la evolución en un sentido tempranamente apuntado por la doctrina laboralista (Desdentado Bonete, 2018): es suficiente en este punto señalar que el TJUE considera que la figura del indefinido no fijo como remedio a los casos de contratación de trabajadores laborales e interinos en fraude de ley no ha demostrado ser una solución suficiente para desalentar a las Administraciones públicas españolas a recurrir a este tipo de prácticas (Vicente Andrés, 2024) y, por ello, insta al Derecho español a buscar una solución diferente, entre la que resulta obvio cuál es la que se avizora en el horizonte.

Las consecuencias de esta última sentencia todavía han de asentarse, pero ya han propiciado en los últimos meses diversos casos de reconocimiento de la condición de indefinido fijo, y es previsible que esta dinámica se generalice. Es manifiesto que el Derecho europeo, del que esta sentencia no es sino su última manifestación, marca una línea que inevitablemente acabará llevando a perfilar soluciones, al menos para algunos casos, consistentes en acabar asumiendo también la fijeza en el puesto de trabajo de algunos trabajadores contratados en fraude de ley también en el sector público. Se trata de una línea que hasta la fecha ha recabado muy pocos apoyos entre la doctrina jurídico-administrativa, que sigue considerando que un automatismo como el descrito para sancionar abusos en el empleo administrativo iría directamente contra algunos de los principios básicos de nuestro Derecho público habitualmente predicados en materia de mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Por esta razón, conviene tratar de entender cuáles son las razones de que una muy concreta manera de declinar estas garantías habitualmente predicadas por la doctrina jurídico-administrativista provoque una recepción tan crítica de soluciones que, por lo demás, son acogidas de manera generalizada como no problemáticas, e incluso como convenientes, por la doctrina especializada de nuestro Derecho del Trabajo. Quizás a partir de esta comprensión sea más fácil entender en qué punto estamos, cuál será la previsible evolución de esta cuestión y, más en concreto, cuáles son las consecuencias

previsibles y los efectos que de manera sistémica generará no sólo una sentencia como la referida STJUE de 22 de febrero de 2024 sino, de forma mucho más importante, las consecuencias y efectos del propio Derecho europeo en la materia sobre nuestro Derecho público en materia de empleo público y los postulados constitucionales (o, más bien, la interpretación tradicional en que éstos se asientan) que lo vertebran.

2. Reticencias jurídico-administrativas para la aceptación de la figura del indefinido no fijo

2.1. Una evolución que se sostiene problemática respecto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad

Para la mayoría de la doctrina laboralista, la evolución jurisprudencial arriba esbozada de manera sintética no sólo es considerada como correcta y adecuada, sino directamente como necesaria y hasta cierto punto ineluctable a partir del marco jurídico europeo en materia de relaciones laborales directamente aplicable a España, también a las relaciones laborales dentro del sector público. Lo cual no significa que sea considerada un punto de llegada suficiente o satisfactorio. Es más, como se ha dicho, es detectable cierta frustración por la pasividad constatada de las Administraciones públicas a la hora de convocar procesos selectivos para regularizar las situaciones creadas por la aparición de personas trabajadoras indefinidas no fijas, figura que ha demostrado ser incapaz de resolver el problema de los abusos, en un marco de creciente laboralización del empleo público en España donde los principios constitucionales de protección de las personas trabajadoras y la propia idea, rectamente entendida, de mérito y capacidad, no se estarían respetando (Desdentado Bonete, 2018), por lo que se reclama también desde esta óptica una reforma superadora de esta solución provisional (Desdentado Daroca, 2024).

Cuestión distinta es la valoración desde el Derecho público, donde doctrina y especialmente la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional siguen, por el contrario, recalando que las exigencias de acceso al empleo público a partir de los criterios de igualdad, mérito y capacidad del art. 103.3 CE y del derecho al acceso en condiciones de igualdad al empleo público que el art. 23.2 CE define como un derecho fundamental impiden, a partir de la declinación tradicional de estos preceptos que ha hecho la doctrina española, aceptar que pueda darse una situación que lleva a la conversión automática en funcionario público, o en personal laboral indefinido, pero con carácter de fijeza, a partir de la situación de la persona trabajadora respecto de la que se ha constatado la existencia de fraude o abusos en la contratación temporal, por mucho que se haya acabado aceptando, como inevitable, la figura del indefinido no fijo incluso respecto de los fraudes en la contratación de funcionarios interinos (Treviño Pascual, 2017; Sánchez Morón, 2019; Sánchez Ocaña y Guamán Hernández, 2019).

Conviene recordar que, si bien el Derecho europeo no impone esta conversión automática, como por lo demás incluso la STJUE de 22 de febrero de 2024 ya comentada

ha reiterado una vez más, es evidente que ésta es una posible consecuencia de la evolución comentada (que además desde un punto de vista formal es la que más fácilmente cumple con la completa equiparación entre el trato a trabajadores del sector público y del sector privado que el propio TJUE también ha reiterado como tendencialmente deseable). Resulta por ello llamativo que entre la doctrina jurídico-administrativa española suponga un completo anatema, generando un rechazo absoluto que introduce notables rigideces en el entendimiento general de nuestro sistema de empleo público y complica las soluciones, con una virulencia que no es habitual en otros países de nuestro entorno. Puede resultar interesante, por esta razón, tratar de esbozar algunas posibles explicaciones a esta generalizada oposición a contemplar siquiera esta posibilidad, no ya siquiera con carácter general, pero sí al menos en determinadas situaciones excepcionales para las que así se podría dar una respuesta ajustada a Derecho europeo (y adecuada en términos de los incentivos que pueda generar) a los casos patológicos más graves.

2.2. Razones de fondo, y su traducción jurídica, que explican la tradicional oposición de parte de la doctrina a que puedan generarse relaciones laborales fijas como consecuencia de los abusos y fraudes en la contratación en el sector público

Frente a las razones que se aducen en defensa de la aparición de la figura del indefinido no fijo, la doctrina jurídico-administrativa no suele entender que los constatados abusos en materia de contratación temporal en que también incurren las Administraciones públicas, empleando de forma mucho más habitual de lo que sería deseable a trabajadores temporales para necesidades estructurales, sean una cuestión que afecte gravemente a los derechos de estas personas trabajadoras. Se entienden más como una manifestación de desajustes en el régimen jurídico del empleo público español, que en ocasiones sería demasiado rígido y no sería capaz de dar un abanico suficiente de opciones a las Administraciones públicas para dotarse del personal necesario en cada momento de manera satisfactoria, o, en el peor de los casos, como vías de fraude que suponen patologías que también benefician irregularmente a los trabajadores así contratados (que serían en estos supuestos también beneficiados de las irregularidades, especialmente en casos de fraude, porque habrían consolidado de facto una situación a la que habrían llegado sin pasar por el procedimiento exigible, ni hacer frente a la competencia mínima debida). Por ello, las soluciones que se suelen proponer se dice que han de ser de tipo estructural en cuanto a la mejora de los sistemas de selección y acceso, así como de flexibilización en su caso de los mismos, pero sin entender que los derechos de las personas afectadas puedan entenderse sistemáticamente afectados ni que, por ello, sea precisa una reparación a este respecto.

Esta razones llevan a que no se acepte la equiparación con las soluciones necesarias para combatir la temporalidad fraudulenta en el sector privado, donde ésta siempre es en perjuicio de un trabajador que, si es el que desea el empleador o empresario que realice estas funciones, va a poder ser contratado en todo caso, haya más o menos competencia o personas interesadas en el puesto de trabajo. Estas consideraciones, junto a la ya señalada

respecto a la no equiparación de las condiciones de terminación de una relación laboral indefinida fija en el sector público y el sector privado, son las que explican reticencias de fondo, de tipo material, que en ocasiones son completamente entendibles y atendibles, aunque no de forma absoluta. Ello lleva, por lo general, a considerar que la compatibilización del Derecho administrativo de la función pública con las exigencias del Derecho del Trabajo no haya de pasar por una traslación completa de las soluciones propias del sector privado.

Jurídicamente, estas reticencias suelen plasmarse en críticas a la ausencia de plasmación legal expresa de tal solución, carencia que se argumenta que es particularmente relevante en un contexto donde el principio de legalidad de la actuación administrativa es un mandato constitucional (art. 103.1 CE) y de sujeción de la acción de los poderes públicos a una habilitación legal que doctrinalmente se ha explicado durante muchos años como de *positive Bindung*. Ello se ha entendido tradicionalmente que hacía que fueran siempre requeridas habilitaciones expresas especialmente cuando hay implicado dinero público o generación de obligaciones públicas derivadas de esa actuación administrativa, como es el caso. Esta falta de base legal explícita, además de argumentarse que hace que las Administraciones públicas no puedan emplear la figura salvo casos en que así les sea ordenado por una sentencia judicial, es además empleada para argumentar que parece claro que el silencio del legislador no transmite, precisamente, entusiasmo por una solución que, a pesar de tener ya más de dos décadas de vigencia y que está plenamente consolidada, es cierto que hasta la fecha no ha recibido ese aval legislativo (aunque tampoco se haya legislado contra esta solución).

También suelen señalarse como objeciones o problemas adicionales algunos efectos prácticos que se consideran negativos, aunque en realidad es fácil desmontar estas críticas si atendemos a que señalan más patologías del sistema y de la reacción más habitual de las Administraciones públicas españolas en estas situaciones antes que verdaderas ineficiencias achacables a la solución: por ejemplo, se dice que la propia aparición de personas trabajadoras indefinidas no fijas supone una suerte de desincentivo para la cobertura de estas plazas de manera estable y definitiva, ya que es posible mantener de facto indefinidamente a estas personas sin convocar los correspondientes procesos selectivos; también se ha señalado en ocasiones que estos trabajadores acaban por no tener los mismos derechos que los trabajadores indefinidos, especialmente (y como es obvio) en términos de estabilidad y que ello es negativo para el funcionamiento de las burocracias públicas.

Sin embargo, las mayores objeciones que se han opuesto tradicionalmente a la figura, y que a día de hoy siguen apareciendo cuando se plantea la conveniencia de su generalización y ampliación, tienen que ver con las supuestas dificultades de encaje constitucional de la misma. En concreto, de un modo un tanto apodíctico, se hace derivar de los arts. 103.3 y 23.2 CE la idea de que los principios de igualdad, mérito y capacidad impiden en todo caso que los trabajadores accedan a empleos públicos, de manera permanente (lo que ya es una interesante matización en el propio enunciado de las consecuencias del principio que se introduce desde su misma enunciación), sin superar un proceso selectivo debidamente convocado y desarrollado de acuerdo con las

exigencias del régimen jurídico de nuestro sistema de empleo público, estabilizando así una relación laboral que no respetaría la exigencia de concurrencia competitiva mínima y básica que hay detrás de esos principios constitucionales (véase la exposición de estas críticas y de la doctrina subyacente en Roqueta Buj, 2020). Además, suele abundarse en este sentido apuntando que el Tribunal Constitucional ha reiterado que las figuras laborales en el sector público no pueden regularse de manera que sustituyan los procedimientos selectivos necesarios para garantizar la transparencia e igualdad. Así, es habitual citar a este respecto toda una serie de sentencias del Tribunal Constitucional que, se afirma, contienen este principio, tales como las SSTC 75/1983 (que fija inicialmente la doctrina de que cualquier regulación que permita una relación laboral estable o fija en la Administración sin un procedimiento selectivo regulado sería inconstitucional, pues infringiría el principio de igualdad y podría dar lugar a arbitrariedad), 99/1987 (que aborda la necesidad de regular adecuadamente los procedimientos de acceso al empleo público, evitando atajos en los procesos selectivos y sin que se pueda permitir la consolidación de situaciones de hecho que deriven de decisiones discrecionales que obvien la concurrencia competitiva), 67/1989 (que señaló que el respeto a estos principios era esencial y que por ello cualquier medida que permita acceder a una relación laboral estable en la Administración española sin someterse a estos procedimientos, incluyendo casos de consolidación de situaciones irregulares, violaría estos principios), 203/2000 (donde el TC declara que la estabilidad en el empleo público debe estar sujeta siempre a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y que no puede haber reconocimiento automático de derechos laborales, como la fijeza, sin garantizar esos principios en respuesta a casos de pretensión de consolidación de relaciones laborales sin proceso selectivo formal), o 88/2019 (que aborda el uso irregular de la temporalidad en el empleo público y los límites constitucionales para su corrección y parece insistir en que cualquier forma de estabilidad debe pasar por un proceso selectivo reglado, lo que supondría límites a que la figura del indefinido no fijo evolucionara en esa dirección).

Es cierto que estas sentencias, aunque no hayan analizado la cuestión en concreto nunca de manera completa y exhaustiva (la falta de desarrollo legislativo en esta materia, de hecho, ha ayudado a esta falta de pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional, lo que es un elemento adicional que justifica la crítica a esta llamativa y sorprendente anomia legislativa; sólo en un auto reciente (ATC 427/2023), confirmador de un supuesto en que el TS había desestimado la fijeza, se ha pronunciado, sucintamente, el Tribunal Constitucional al respecto, eso sí, en un sentido coincidente con el señalado; Casas Baamonde, 2024), sí parecen traslucir un posicionamiento alineado con el entendimiento tradicional que la doctrina jurídico-administrativa hace de los límites constitucionales que impone una lectura combinada de los arts. 103.3 y 23.2 CE en materia de acceso al empleo público sobre la extensión de la lógica de la figura de los indefinidos no fijos a casos donde incluso podría llegarse a establecer una relación laboral permanente como consecuencia jurídica a ciertos abusos o fraudes particularmente cualificados y donde, por ejemplo, los derechos de las personas trabajadoras pudieran verse negativamente afectados. Sin embargo, también lo es que no dejan de ser declara-

ciones inconcretas y muy generales, hasta cierto punto rituales, que incurren en notables peticiones de principio, y que obvian de manera sorprendente tanto la propia evolución de la jurisprudencia española como, muy especialmente, la del Derecho europeo en la materia, así como las decisiones e interpretaciones del mismo a cargo de los tribunales europeos, y especialmente del TJUE, que como es sabido se supraordenan en cualquier caso a la Constitución española y obligan a nuestros operadores jurídicos a interpretarla de un modo acorde con la interpretación consolidada del Derecho europeo.

Podría decirse que estas sentencias, y muy especialmente la pretendida interpretación maximalista que se deriva de ellas, son más bien expresión y consecuencia de un consenso doctrinal previo llamativamente pétreo en la materia que una construcción dogmática y jurisprudencial acabada que permita afirmar que ésta es la lectura jurídicamente correcta e indubitada de estos principios.

Especialmente llamativo es, como se ha dicho, que parece que esta doctrina sea totalmente ajena a una evolución, tanto legislativa como constitucional española que ha permitido numerosas quiebras y flexibilizaciones de estos supuestos criterios de igualdad, mérito y capacidad, y que ha demostrado bastante flexibilidad y ductilidad para aceptar todo tipo de contrataciones en procesos de laboralización (desde los años 80 del siglo pasado; sin ánimo de exhaustividad, están documentados estos casos y su justificación jurídica en Boix Palop, 2024) y de estabilización (en oleadas que son ya tradicionales y rituales, la última de las cuales es, como ya ha sido comentado, de esta misma década), pero que en cambio constituiría un valladar infranqueable para el caso que nos ocupa. Para este entendimiento tradicional más o menos comúnmente aceptado, ninguno de los supuestos anteriormente referidos se entiende equivalente a “entrar por la puerta de atrás” al sacrosanto mundo del empleo público estable, por mucho que podamos estar hablando de procesos de laboralización a partir de meros concursos de méritos extraordinariamente generosos o de dinámicas de estabilización *ad hoc* donde resulta absolutamente excepcional que las personas en cuestión no logren consolidar sus plazas, mientras que un supuesto avalado por el Derecho europeo, donde hay una suerte de “sanción” a quienes abusan o emplean fraudulentamente posibilidades de contratación temporal para objetivos diferentes a los previstos que acaba protegiendo los derechos de estos trabajadores para desincentivar estas prácticas, en cambio, supondría un completo anatema. No sólo es que la doble vara de medir resulte jurídicamente llamativa; es que, además, la construcción dogmática que la sustenta es francamente deficiente e insatisfactoria.

2.3. Sesgos de escuela, conservación del statu quo y el tradicional conservadurismo frente a la evolución dogmática del Derecho público español

A estos efectos, es probable que la diferencia entre la receptividad con la que los laboristas han acogido estas soluciones originadas en el Derecho europeo, por medio de interpretaciones extensivas y ambiciosas de normas europeas en sede jurisprudencial, tenga que ver con cierto sesgo de la doctrina laboralista española en el sentido de estar eminente-

mente orientada a buscar soluciones jurídicas que mejoren las condiciones de las personas trabajadoras con independencia de que puedan ser más o menos ortodoxas o, incluso, de que puedan introducir incoherencias en nuestro sistema. En este caso, si el Derecho europeo puede constituir una herramienta instrumental útil para la consecución de estos objetivos, se emplea y asume con menos dificultades de las que en cambio ha demostrado tener el iusadministrativismo español para integrar nuevas soluciones, incluso en casos en que puedan resultar manifiestamente útiles.

En el Derecho público español, al menos a lo largo de gran parte del siglo pasado, se ha instaurado una cierta cultura de lo que podríamos denominar “conciencia de autosuficiencia jurídica” que ha tendido a considerar innecesaria la importación de construcciones jurídicas que contradijeran las posiciones tradicionales de nuestra doctrina y tribunales. De hecho, parte de las dinámicas estructurales que han moldeado nuestro Derecho público a lo largo de su proceso de maduración durante la transición a la democracia en la parte final del siglo pasado se basan en esa suerte de “autarquía jurídica del Derecho público español”, que se estima que no tiene nada que envidiar a las soluciones foráneas y europeas (he tenido ocasión de estudiar y explicar este sesgo de nuestra doctrina iuspublicista en Boix Palop, 2014; más recientemente Medina Alcoz, 2022, ha documentado de forma muy detallada estas posiciones a partir de las cuales se justifica la innecesariadad de importar construcciones foráneas por constituir nuestro Derecho público un conjunto suficientemente férax a la hora de producir soluciones adecuadas).

Así, en todos y cada uno de los procesos evolutivos del Derecho administrativo español que podemos rastrear en las últimas décadas y que han llevado a transformaciones de algunos de sus postulados de carácter estructural puede detectarse una misma pauta, ya sea en ámbitos como la normativa en materia de contratación pública, en las normas sobre transparencia administrativa o incluso en la afirmación de ciertas garantías procedimentales: una inicial resistencia a aceptar que las soluciones del Derecho público español sean inadecuadas o deban matizarse o completarse con soluciones que vienen de fuera, en una primera fase; un momento posterior en que, con mucha resistencia, pero obligados por sentencias europeas que instan a incorporar o asumir algunos cambios, los operadores jurídicos intentan cumplir con ellas pero minimizando estas transformaciones por la vía de incorporarlas a nuestro ordenamiento como meras adiciones o complementos a nuestro sistema, aunque tratando de preservar a toda costa el andamiaje básico del mismo; y un estadio final en que la aproximación anterior hace crisis, por introducir enormes disonancias en el sistema, hasta el punto de hacerlo poco funcional, lo que lleva a que poco a poco se acabe aceptando la necesidad de asumir cambios estructurales para poder proceder a esa correcta adaptación al Derecho europeo que no resulte operativamente perturbadora (de nuevo, he tenido ocasión de estudiar y documentar con cierta exhaustividad este proceso y algunas de sus fases respecto de ciertas materias en Boix Palop, 2017).

Este tipo de dinámicas, además, es también ejemplo representativo en el que operan de manera bastante destacada los sesgos de escuela o de materia con los que a veces nos aproximamos a la elaboración de doctrina jurídicas (estudiados, por ejemplo, por Doménech Pascual, 2016); sesgos que además se refuerzan con anclajes en el *statu quo*

que están también muy documentados, y que son una posible explicación de la pervivencia de una teoría jurídica sobre las implicaciones de los principios jurídicos en materia de empleo público que, a día de hoy, es posible considerar como muy posiblemente equivocada (Doménech Pascual, 2024, ha explicado cómo la tradición, los sesgos de escuela y la conservación de las estructuras jurídicas y soluciones tradicionales explican en ocasiones la pervivencia de lo que él ha denominado “dogmas jurídicos” mucho más allá de lo que sería razonable, a partir de criterios de operatividad o, directamente, de contraste riguroso respecto de su corrección jurídica).

En concreto, parece evidente que mantener a día de hoy, con la evolución de la jurisprudencia europea más reciente en la materia, estos postulados tradicionales de manera obcecadamente rígida, incluso en el caso de que nos puedan parecer soluciones más correctas y beneficiosas para el interés público, es directamente hacer mal Derecho porque supone desconocer las coordenadas de integración jurídica europea en que necesariamente nos movemos. Por mucho que pueda ser defendida la oportunidad o conveniencia de otras soluciones, lo que no puede hacerse, cuando hablamos de análisis jurídico, es sostener estas visiones de conveniencia y oportunidad obviando la evolución del contexto jurídico europeo, al que nuestra Constitución y al interpretación de sus principios está, como es sabido y ya hemos expuesto, infraordenada. Para muestra definitiva, y poder extraer a partir de ese punto las debidas conclusiones, conviene repasar con algo más de detalle la importante, y ya citada, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, por sus previsibles consecuencias sistémicas y establecer a partir de ella una línea y pautas jurídicas interpretativas sobre los mencionados principios que, a mi juicio, es imposible ya a estas alturas obviar si se pretende hacer un análisis jurídico que se quiera riguroso y a las que, por ello, la doctrina iusadministrativista habrá de adaptarse necesariamente en un futuro próximo (pasando del segundo estadio antes referido, de asunción desganada de las consecuencias jurídicas que nos impone el Derecho europeo donde se intentan integrar las mismas sin alterar nuestro sistema estructuralmente a ese último estadio en que se asume la necesidad de aceptar cambios dogmáticos estructurales para evitar incoherencias y constantes problemas prácticas de operatividad jurídica).

3. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 y algunas de sus consecuencias previsibles

3.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2024: iter procesal y contenido de la decisión

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2024 aborda, como ya se ha comentado, tres cuestiones prejudiciales relacionadas con la figura de las personas trabajadoras indefinidas no fijas en el sector público español (Vicente Andrés, 2024). Entre otras cosas, el Tribunal analiza si esta figura, en concreto, es compatible con la ya también mencionada Directiva 1999/70/CE (y el Acuerdo Marco sobre el trabajo

de duración determinada anexo a la mencionada Directiva). Señala que la indefinición temporal en que quedan estas personas trabajadoras, causada por irregularidades en la contratación y la posterior falta de convocatoria de esas plazas, puede acabar generando situaciones de larga duración que pueden terminar abruptamente mediante la amortización o cobertura definitiva de la plaza, con una indemnización limitada a 20 días por año trabajado, similar al despido objetivo. Y concluye que no parece que el Derecho español esté dando una solución satisfactoria a esta situación ni haya logrado desincentivar adecuadamente el recurso fraudulento a la contratación temporal abusiva, la que se acaba realizando fuera de los supuestos legalmente previstos, en el sector público.

En concreto, en lo que es probablemente el pronunciamiento más interesante de la decisión, el TJUE insta directamente a modificar la jurisprudencia española, incluyendo expresamente en esas consideraciones la interpretación de disposiciones constitucionales caso de que se entienda que puedan llegar a ser contrarias a los objetivos del Acuerdo Marco, con la finalidad de lograr que el sistema de empleo público español lleve a un régimen jurídico debidamente adaptado a la Directiva 1999/70. Aunque el fallo busca compatibilizar las normas nacionales con el Derecho europeo y acepta con naturalidad que ha de haber un lógico margen de adaptación que permita soluciones no idénticas y cierta flexibilidad, también recuerda expresamente un caso previo (C-760/18, 2021), lo que es obviamente significativo, donde se autorizó la conversión de contratos temporales en indefinidos incluso frente a disposiciones nacionales de rango constitucional que lo prohibían. La sentencia, en definitiva, subraya la necesidad de que los tribunales nacionales adopten interpretaciones conformes con el Derecho europeo para evitar abusos en la contratación temporal, reformulando la interpretación incluso de principios constitucionales si fuera necesario para garantizar la protección frente a estos abusos, y señala claramente un camino a seguir para España que, si bien anticipado por la doctrina laboralista, parece haber sido hasta la fecha inasumible para la mayor parte del Derecho administrativo español.

De hecho, las primeras reacciones en la doctrina laboralista han sido coincidentes en considerar esperable, al menos en la mayor parte de sus manifestaciones, la sentencia (Casas Baamonde, 2024). Se recuerda en este sentido que la STJUE de 3 de junio de 2021 (caso IMIDRA, C726/19, ECLI:EU:C:2021:439) ya había sido considerada un primer pronunciamiento que anticipaba estas consideraciones. Aunque en respuesta a esta sentencia el Tribunal Supremo en unificación de doctrina en la sentencia de la Sala IV 649/2021, de 28 de junio, (ECLI:ES:TS:2021:2454) amplió algunos de los casos en que cabía el reconocimiento de más supuestos de indefinidos no fijos, ello no supuso un cambio estructural de nuestro sistema al que sí parece en cambio conducir inevitablemente la STJUE de 22 de febrero de 2024. En ésta es fácilmente detectable una aproximación bastante crítica con la manera en que el ordenamiento jurídico español ha ido adaptándose a las exigencias del Derecho europeo (Directiva 1999/70 y Acuerdo Marco) a la hora de combatir la temporalidad en el sistema, sin que los procesos de estabilización desarrollados en los últimos años sean juzgados como una solución definitiva a los problemas. Esta visión crítica es especialmente intensa respecto de la sucesión de abusos en la contratación temporal por parte de las Administraciones públicas españolas, sin que la

aparición y consolidación de la figura del indefinido no fijo (que la sentencia recalca que es de creación jurisprudencial, sin que haya sido reforzada legislativamente con posterioridad) haya sido suficiente para desincentivar debida y suficientemente estas prácticas.

3.2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2024 y la jurisprudencia ordinaria y constitucional española sobre los fundamentos constitucionales de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y las consecuencias de los mismos

Es de particular interés que el TJUE analiza, además, las razones que el Derecho español ha opuesto tradicionalmente a la adopción de medidas más contundentes a la mera conversión de una persona trabajadora en indefinida no fija (más contundente es, por ejemplo, la conversión de la persona en fija). En concreto, se refiere a la idea de que los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad pueden ser atendibles para justificar un intento de adaptación a las exigencias del Derecho europeo de ciertas características, pero que no constituyen en ningún caso “razones objetivas” que justifiquen “la renovación de tales (...) relaciones laborales” de las que demanda el Acuerdo Marco (cláusula 5ª, apartado 1, letra a)). Así, la convocatoria de los procesos selectivos correspondientes para la cobertura definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por los trabajadores indefinidos no fijos puede ser una solución adecuada para prevenir renovaciones abusivas no amparadas por la norma europea, pero la constatación de que esas convocatorias públicas no se han respetado siempre ni han sido particularmente rápidas, ni tan siquiera habituales, hace considerar al TJUE que el marco jurídico español vigente no está garantizando la efectividad del resultado al que los Estados miembros están obligados a perseguir ex. Cláusula 5ª del referido Acuerdo Marco de 1999. Obviamente, tampoco los procesos excepcionales y masivos de estabilización de empleados públicos temporales pueden ser considerados medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos en materia de contratación temporal por parte de las Administraciones públicas españolas.

El *iter* argumentativo del Tribunal permite, así, anticipar su empatía respecto de la cuestión esencial planteada por las cuestiones prejudiciales, esto es, la posibilidad de conversión en fijos de aquellos contratos indefinidos no fijos en casos donde se haya llegado a esa situación por ese uso abusivo de la contratación temporal, agravada además por la habitual desidia en su regularización de las Administraciones públicas españolas. Y ello aunque esto vaya contra la interpretación dominante y consolidada, si fuera el caso, de preceptos constitucionales tales como los arts. 23.2 y 103.3 CE (el órgano remitente señala que esta oposición ha sido afirmada por el Tribunal Supremo, pero no por el Tribunal Constitucional, lo que no deja de ser una apreciación exótica... excepto si se interpreta en el sentido de considerar, como también he expresado ya anteriormente, que esa interpretación constitucional dominante en España no es, en ningún caso, la única posible de los mencionados preceptos y de las consecuencias prácticas concretas de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad).

En efecto, a juicio del TJUE, la lógica de la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco de 1999 respaldaría la posibilidad de esa conversión contractual como mecanismo de protección de los derechos de los trabajadores tal y como han de ser garantizados y protegidos en el marco de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco. Y aprovecha para reiterar la necesidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales interpreten el Derecho interno de manera conforme con el Derecho europeo, algo que es evidente que en este caso es perfectamente posible a juicio del tribunal. A partir de este punto, las consecuencias que se derivan del iter argumental de la sentencia son inevitables y fáciles de prever: encarga al tribunal remitente realizar esta interpretación y adaptación de la jurisprudencia española al marco europeo, habilitando expresamente, incluso, a garantizar la fijeza de ciertos contratos en algunas situaciones, caso de que no haya otros mecanismos alternativos en Derecho español para lograr estos mismos objetivos que se demuestren suficientemente satisfactorios. Y ello aunque para alcanzar estos objetivos se requiera de una modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido considerando contraria a los principios constitucionales una solución como la referida “si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitución incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco”.

Resulta evidente que el TJUE no sólo está considerando perfectamente posible una interpretación de los principios constitucionales contenidos en los arts. 103.3 y 23.2 CE que entienda compatible con los mismos el que en ocasiones pueda llegarse a una relación contractual permanente (al menos, laboral) con las Administraciones públicas españolas a partir de mecanismos diferentes a la superación, siempre y en todo caso, de los procedimientos y pruebas selectivas. Es más, señala expresamente que a la luz del Derecho europeo debiera asumirse y declararse su perfecta y completa compatibilidad constitucional con una interpretación que permita una automática conversión de una relación en fija en situaciones de abuso de la temporalidad y fraude reiterado que no sea debidamente resuelto por otras vías jurídicas (situación que, además, le indica a los tribunales españoles, y especialmente al remitente, se da respecto de los casos de las personas trabajadoras indefinidas no fijas cuyos casos se analizan).

Más allá de las consecuencias sobre los supuestos concretos enjuiciados y el hecho de que es evidente que esta sentencia alentará que se sucedan más casos en que jurisprudencialmente se vaya a imponer, siquiera sea de manera de momento sólo excepcional y cuando concurren circunstancias muy cualificadas de fraude y de incuria administrativa asociadas a la no convocatoria de los correspondientes y debidos concursos para regularizar la situación en tiempos razonables (Morat Martín, 2024), lo que resulta particularmente interesante, con carácter estructural, es analizar hasta qué punto esta sentencia permite anticipar una futura presión incremental del TJUE y del Derecho europeo respecto de la interpretación de los principios constitucionales derivados de los arts. 103.3 y 23.2 CE que hemos calificado de apodíctica y tópica de nuestro tradicional Derecho público español (no sólo por parte de la doctrina administrativista mayoritaria, sino también de la constitucionalista) y que hemos avanzado que nos parecía una errónea interpretación de nuestro marco constitucional, por no estar declinando esos principios de un modo

que pueda calificarse como de internamente coherente. Téngase en cuenta que esta visión tradicional, además, tampoco es la más adaptada a la conciliación de nuestros principios e interpretación constitucional con la actualmente fijada por el Derecho europeo, al que, recordemos una vez más, nuestro ordenamiento jurídico y constitucional ha de acomodarse. Ambos factores debieran obligar a una recepción de la sentencia que no sólo la asuma para los casos concretos a que se refieren estas consideraciones, sino que las naturalice con carácter sistémico, iniciando un proceso de reforma estructural de algunos de los postulados centrales referidos a la interpretación tradicional de los principios constitucionales más básicos de nuestro Derecho del empleo público.

4. Sobre la necesaria evolución de la doctrina jurídica española dominante sobre los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público

La situación descrita, más allá de la previsible evolución del debate en materia de personas contratadas como indefinidas no fijas, que es claro que va a acabar aceptando y ampliando supuestos donde, por interposición directa del Derecho europeo, ya sea a partir de interpretaciones de tribunales europeos, ya a partir de la que los tribunales españoles harán del mismo como órganos de aplicación ordinaria del Derecho europeo, empezaremos a ver y a normalizar supuestos donde la excepcionalidad del abuso en la contratación temporal y de la incuria administrativa para poner remedio a la situación derivará en declaraciones de situaciones de fijeza del contrato subsiguiente, ha de acabar propiciando una transformación, a mi juicio muy necesaria, de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales dominantes en el Derecho público español, y en particular en el Derecho administrativo de la función pública, sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad derivados de los artículos 103.3 y 23.2 CE.

Como he explicado anteriormente, y por el momento, muchas de las reticencias para asumir algunas de las consecuencias jurídicas derivadas de la manera en que los tribunales europeos interpretan la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, presentan claras similitudes con reticencias parecidas que el Derecho público español, y en especial la doctrina iusadministrativista, han expresado en el pasado respecto de otros procesos de adaptación al Derecho europeo. En esas experiencias previas, y más allá de los sesgos conservadores y de escuela, la realidad del actual ordenamiento jurídico, donde nuestros principios constitucionales han de adecuarse a los principios “constitucionales” europeos y la interpretación de éstos ha de condicionar y determinar la de aquéllos, se ha acabado por imponer una adaptación coherente con el Derecho europeo, como no puede ser de otra manera. En ocasiones, y por ejemplo en materia de contratación pública, el proceso de adaptación ha resultado costoso y ha requerido de un tránsito que ha durado años de adaptaciones forzosas, operadas a golpe de sentencia europea, que nuestro ordenamiento y tribunales incorporaban selectivamente, tratando de hacer compatibles estas derogaciones concretas de parte de nuestro modelo con una estructura general y global tradicional

que se pretendía dejar inalterada, hasta que esta aproximación acaba haciendo crisis por su insostenibilidad, las numerosas incoherencias en que incurría y los evidentes problemas de operatividad que planteaba. No es particularmente osado señalar que, por mucho trauma a corto plazo que su reconocimiento genere todavía en partes de la doctrina iusadministrativista española, estamos en materia de empleo público, respecto de la interpretación de los principios de igualdad, mérito y capacidad y de su proyección sobre los problemas que hasta ahora venimos solucionando por medio de la figura del indefinido no fijo, en un proceso semejante que deberá concluir con la aceptación, con naturalidad, del paradigma europeo respecto del entendimiento de esos principios y, a partir de la misma, de una declinación coherente con el mismo de nuestro modelo de empleo público.

A estos efectos, es esencial comenzar a asumir que el entendimiento aún dominante en nuestra doctrina, del que he señalado antes que la jurisprudencia constitucional en la materia sigue siendo un fiel reflejo, debe ir virando hacia una interpretación más flexible, que por lo demás se ajustará también mejor a lo que ha sido una evolución de la propia doctrina española que ha aceptado con naturalidad tanto los procesos de laboralización como los concursos relativamente sencillos para acceder al empleo público en muchos casos y, muy especialmente, procesos de estabilización que en la práctica carecían de los requisitos y exigencias de mínimos que la doctrina, en sus declaraciones formales, siempre afirmaba exigir teóricamente. Podría decirse que un entendimiento tan estricto y una declinación tan rígida de lo que suponen los principios constitucionales en materia de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público respecto de cómo han de ser los procesos selectivos para evitar “automatismos” o la “predeterminación a partir de ciertas situaciones fácticas de hecho ya consolidadas” son dogmas jurídicos tan exitosos en el Derecho español en su declamación y festejo teórico como débiles y difíciles de percibir, en no pocas ocasiones, en su plasmación práctica. A partir de esta constatación, un ejercicio de sinceridad sobre esta cuestión debería ayudar a aceptar también con más naturalidad otros supuestos “automatismos” para la creación de relaciones laborales fijas y, así, de este modo, empezar a podar nuestra dogmática jurídica de dogmas inoperantes y que generan rigideces que nos dificultan tanto la mejora práctica de nuestros sistemas de selección como la correcta solución de ciertas patologías en la línea que nos indica, tozudamente, el Derecho europeo.

Señala acertadamente Casas Baamonde (2024) que, en contra de lo señalado por el Tribunal Supremo en las referidas cuestiones prejudiciales remitidas al TJUE, no es tan diferente la jurisprudencia ordinaria de la constitucional en la materia y que, en realidad, el conflicto no lo es tanto entre una interpretación de Derecho europeo frente a una jurisprudencia ordinaria diferente pero que no se corresponde exactamente con la jurisprudencia constitucional española, como un conflicto entre la visión del Derecho europeo, más flexible y pragmática, y una doctrina iuspublicista española, tanto al nivel de la jurisprudencia ordinaria como también de la constitucional, que es formalmente muy rígida, rigorista y exigente, por mucho que en la práctica selectivamente acepte derogaciones de esas mismas exigencias que tan grandiosamente son proclamadas teóricamente. La evolución requerida por el Derecho español a que me refiero lo ha de ser también por ello en sede constitucio-

nal, como demuestra el ya referido reciente auto de nuestro Tribunal Constitucional (ATC 427/2023) específicamente referido a esta cuestión (frente a una sentencia del Tribunal Supremo que no aceptó la conversión en fijo de un vínculo laboral el TC acude, precisamente, a la argumentación tradicional en la materia, no entendiendo que exista problema alguno de constitucionalidad en reafirmar la tradicional negativa a aceptar que puedan derivarse condiciones de fijeza en el vínculo laboral con las Administraciones públicas, lo que en realidad no supone pronunciarse contra la constitucionalidad de la interpretación que aquí se defiende pero sí demuestra que el TC tiene interiorizada la doctrina tradicional).

A mi juicio, parte de estas resistencias a aceptar el cambio que inevitablemente impone el Derecho europeo y que obligará tarde o temprano a esa adaptación tiene que ver con un modelo de empleo público español que sigue siendo comparativamente más rígido y menos flexible tanto en sus formas de acceso como en las de terminación del vínculo (situación que se agrava más si cabe cuando la relación es de tipo funcional y no laboral) en comparación con el régimen jurídico del empleo público de la mayor parte nuestro entorno comparado. En dos trabajos relativamente recientes en los que con cierta pretensión de exhaustividad Alba Soriano y yo mismo (Boix Palop y Soriano Arnanz, 2020 y 2021) hemos revisado los sistemas de acceso al empleo público de diversos países occidentales (entre ellos, varios europeos), así como el de la Unión Europea, realizados con la intención de detectar modelos diferentes que pudieran ser experiencias de éxito que sirvieran para una mejor de nuestros sistemas de acceso, constatamos hasta qué punto la rigidez formal aparente de nuestro sistema (por mucho que permita derogaciones aplicativas prácticas) es a día de hoy una excepción comparada. Casi todos los sistemas de nuestro entorno cuentan con posibilidades de acceso, bien por una creciente laboralización que permite incorporar pautas propias del mercado privado de trabajo a la selección y acceso; bien por la aparición de sistemas dinámicos, flexibles o adaptados a la búsqueda activa de determinados perfiles dentro de sistemas tradicionalmente públicos, que desmienten la supuesta necesidad de que todos y cada uno de los trabajadores públicos deban ser seleccionados en procedimientos públicos competitivos abiertos pautados al estilo de los que en España consideramos esenciales. De manera equivalente, la ausencia de rigidez sobre los sistemas de acceso también flexibiliza en parte los regímenes de terminación de la relación de trabajo. Se trata de un reflejo especular de lo que ocurre en España, donde la práctica imposibilidad de terminar con las relaciones de trabajo, sean laborales o funcionariales, en el seno del empleo público salvo por razones disciplinarias conduce a un exceso de celo, siquiera sea formal y declarativo, sobre la necesidad de que el control del acceso sea extremadamente escrupuloso y estricto, dado que en condiciones normales todo el que accede a una ocupación pública va a conservarla para siempre. Con independencia del juicio que nos puedan generar estos sistemas más flexibles y diversos, es importante tener en cuenta que en España en ocasiones la flexibilidad se introduce *de facto*, mientras se sigue declamando una rigidez formal extraordinaria.

Además de por estas razones, otro elemento que sin duda influye en las dificultades de nuestra doctrina administrativa para asumir esta evolución que nos viene impuesta por el Derecho europeo tiene que ver con el escaso recorrido que ha tenido, hasta el momento,

la pretensión del EBEP de generalizar un régimen de empleo público donde las diferencias entre el vínculo funcionarial y el laboral se diluyan todo lo posible. Sin embargo, de nuevo, es el Derecho europeo el que está propiciando que se avance en esta dirección de forma mucho más decidida. Por un lado porque, a efectos de garantizar la libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha mostrado crítico con las legislaciones nacionales que contenían una definición de trabajos públicos vinculados a la idea de soberanía, ejercicio de autoridad o de funciones públicas básicas muy amplia y que, a partir de esa amplia definición, pretendiera reservar esos trabajos sólo a nacionales del respectivo Estado miembro (lo que en principio permite el artículo 45.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Pero, además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido aproximando, en una evolución que aún no ha concluido, las condiciones de funcionarios y trabajadores laborales al entender que la tantas veces mencionada Directiva 1999/70 se aplica plenamente a las relaciones de trabajo dentro de las Administraciones públicas, de lo que se ha seguido una lluvia de sentencias que han reconocido todo tipo de condiciones y derechos a los trabajadores públicos laborales en España cuando estas o estos no se correspondían, sin justificación objetiva, con los del resto de trabajadores. Especialmente intensa, como es sabido para cualquier especialista en Derecho del Trabajo, ha sido la equiparación en derechos por esta vía de los funcionarios interinos y de los trabajadores laborales temporales, tanto en lo referido a sus condiciones de trabajo como en otras muchas cuestiones (y de ahí que también haya afectado a la aplicación de las medidas de contención del fraude en la contratación laboral temporal con la consiguiente obligación de garantizar un contrato indefinido a los trabajadores en esa situación con la figura del indefinido no fijo también en estos casos). Esta jurisprudencia está ya muy asentada (v. gr. las recientes STJUE de 3 de junio de 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, C-726/19 ECLI:EU:C:2021:439; STJUE de 11 de febrero de 2021, *M. V. y otros*, C-760/18, ECLI:EU:C:2021:113; STJUE de 19 de marzo de 2020, *Fernández Álvarez y otros*, C-103/18 y C-429/18, ECLI:EU:C:2020:219; STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y C-197/15, ECLI:EU:C:2016:680), siendo la sentencia más conocida y ejemplo paradigmático de la lógica aplicada en estos casos es la STJUE de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras*, C-619/17, ECLI:EU:C:2018:936. Estos ejemplos demuestran lo imparable del proceso de forzada convergencia con los paradigmas europeos y la acelerada frecuencia con la que nuestros tribunales vienen imponiendo estas soluciones, incluso en cuestiones ya esbozadas pero no desarrolladas por el EBEP, cuando el legislador español se ha mostrado incapaz de concretar todas sus consecuencias. Una dinámica semejante es de esperar con la flexibilización de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público que lleve a una concepción más plural que permita y ampare, por fin, nuevos modelos y procedimientos de acceso, muy necesarios para desatascar ciertas dinámicas estructurales (que también explican en parte algunos de los abusos en materia de temporalidad. Además, de este modo, se sientan las bases para un modelo en el que también en ocasiones los vínculos laborales fijos aparezcan a partir, por ejemplo, de dinámicas que en la actualidad siguen reconduciéndose a partir de la figura del indefinido no fijo.

En última instancia, jurídicamente, nuestra particular querella de las investiduras se resolverá a la postre como lo fue la que zanjó el Concilio de Worms entre el papado y los emperadores alemanes, a partir de consideraciones que también han de ser de poder: tenía capacidad para nombrar e investir, en la práctica, quien ostentaba un efectivo control sobre las dinámicas últimas en cuanto a la capacidad de imponer su criterio, razón por la cual incluso con un reconocimiento final de la competencia papal el poder secular acabó siendo clave en la determinación de los nombramientos sobre los que se generaba el conflicto. De manera equivalente, en un contexto jurídico como el actual, la consideración formal de la competencia de nuestros tribunales, y especialmente de nuestro Tribunal Constitucional para decidir sobre el alcance de los principios constitucionales de Derecho interno de igualdad, mérito y capacidad en materia de empleo público, sólo será jurídicamente operativa si es conciliable con el Derecho europeo y sus postulados básicos. Siquiera sea porque, en estos momentos, y en un plano estrictamente jurídico, pero también de poder, está claro qué ordenamiento ha de adaptarse a los principios del otro y dónde reside el poder último de decisión sobre la correcta configuración e interpretación de aquellos principios con consideración constitucional básica. En definitiva, frente a una reiterada exposición por parte del Derecho europeo sobre cómo han de conciliarse los principios en materia de acceso al empleo público con la debida protección de los derechos de las personas trabajadoras, resulta sencillamente imposible pretender seguir obviando dónde residen los mecanismos que asegurarán la eficacia y aplicación práctica de una de las visiones en conflicto.

Conviene que nos adaptemos cuanto antes, y de la mejor y menos traumática manera posible, a esta realidad fáctica y jurídica. La gran mayoría de los especialistas en Derecho del Trabajo en España hace años que lo tiene claro. Queda acabar de convencer a parte de la doctrina iuspublicista y a nuestro Tribunal Constitucional, que no debiera demorarse mucho en asumir la necesidad de estos cambios y operar las transformaciones estructurales necesarias para, haciendo de la necesidad virtud, aprovechar esta transformación para acometer cambios estructurales necesarios que mejoren nuestro sistema de empleo público. Lo cual pasa también necesariamente por dotar al ordenamiento jurídico español, de una vez, de los sistemas de acceso más flexibles y adaptados a las necesidades de una sociedad como la actual y de unas Administraciones públicas que requieren de personal seleccionado de modos, en ocasiones, muy diferentes entre sí y no pocas veces muy distintos a los que tradicionalmente han sido descritos como modelo ideal y único para nuestros procesos de selección de personal.

Bibliografía citada

Boix Palop, A. (2013). Spanish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles. Ruffert (ed.), *Administrative Law in Europe. Between Common Principles and National Tradition*. Europa Law Publishing, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2756983>

- Boix Palop, A. (2017). La europeización del Derecho administrativo español. Martín Delgado, Almeida Cerrada y Di Lascio (coords.), *La europeización del Derecho administrativo: una evaluación desde el ordenamiento español*. Andavira, pp. 35-108.
- Boix Palop, A. (2024). *Empleados públicos, Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.
- Boix Palop, A. y Soriano Arnanz (2020). *El acceso al empleo público en España estudio comparado y propuestas de mejora*. PUV.
- Boix Palop, A. y Soriano Arnanz (2021). Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 20, pp. 52-73.
- Candela Talavero, J.E (2021). El personal indefinido no fijo en las entidades locales. *La Administración práctica: enciclopedia de Administración municipal*, 6/2021, pp. 53-67.
- Casas Baamonde, M. E. (2024). Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2/2024.
- Cavas Martínez, F. (2018). *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*. Laborum.
- Desdentado Bonete, A. (2018). Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? *Revista de información laboral*, pp. 17-45.
- Desdentado Daroca, E. (2024). El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público. *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, 3 (2/2024), pp. 93-123.
- Doménech Pascual, G. (2016). Que innoven ellos: Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora. *Indret*, 2/2016.
- Doménech Pascual, G. (2024). Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas. *Indret*, 1/2024.
- Gallardo Pernas, E. y Santiago Lara, L. (2022). El trabajador indefinido no fijo en sociedades mercantiles de capital público. *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2022.
- Gifreu i Font, J. (2022). La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Ley 20/2021: ¿un bálsamo de Fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso? *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Nueva época)*, 18, pp. 77-99.
- Goerlich Peset, J.M. (2017). ¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal? *Documentación Laboral*, 110, pp. 9-25.
- Goerlich Peset, J.M. (2021). Una propuesta de reforma de la contratación temporal. Sáez Lara, Navarro Nieto, Gómez Caballero y Durán López (coords.), *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico: Libro homenaje a Federico Durán López*, Iustel, pp. 265-274.

- López Balaguer, M. (2019). La controvertida figura del personal laboral indefinido no fijo. Blasco Pellicer y López Balaguer (dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público*. Tirant lo Blanch, pp. 449-512.
- López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F. (2020). *El personal “indefinido no fijo”: génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*. Tirant lo Blanch.
- Medina Alcoz, L. (2022). *Historia del Derecho administrativo español*. Marcial Pons
- Morate Martín, L. (2024). ¿Se puede convertir una relación laboral indefinida no fija en una relación fija por el simple transcurso del tiempo? *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 3/2024.
- Requena Montes, O. (2022): Un paso más, pero no definitivo, hacia la fijeza como respuesta a la contratación irregular. Comentario a la STS, Sala de lo Social, nº 1112/2021, de 16 de noviembre. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 61.
- Roqueta Buj, R. (2020). Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 442, pp. 23-61.
- Roqueta Buj, R. (2023). Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las Administraciones públicas. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1/2023, pp. 122-129.
- Sánchez Morón, M. (2019). La consagración del funcionario interino indefinido. *Revista de Administración Pública*, 208, pp. 223-238.
- Sánchez Ocaña, J.M. y Guamán Hernández, A. (2019). La desnaturalización del contrato de interinidad en el ámbito de la Administración Pública como elemento que implica el paso a la condición de indefinido no fijo. *Revista española de Derecho del Trabajo*, 222, pp. 281-288.
- Sempere Navarro, A.V. (2023). Inaplicación de la categoría “indefinido no fijo” para el personal estatutario. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5/2023.
- Todolí Signes, A. (2022). Los sistemas de selección en la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad en el empleo público: especial atención a los límites para valorar méritos. Soriano Aranz y Todolí Signes (coords.), *Régimen jurídico de la selección y consolidación de personal en el sector público. Especial consideración a la normativa contar el abuso de la temporalidad*. Aranzadi.
- Treviño Pascual, M. (2017). La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 409, pp. 63-88.
- Vega López, J.J. y Goerlich Peset, J.M. (1998). ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla (a propósito de las SSTS, dictadas en unificación de doctrina, de 7 de octubre y 10 y 30 de diciembre de 1996 y 14 de marzo, de 24 de abril y 7 de julio de 1997). *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1/1998, pp. 569-587.
- Vicente Andrés, R. (2024). El fraude en la contratación temporal: la declaración de fijeza como medida destinada a evitar la abusividad, conforme a la sentencia del TJUE

- de 22 de febrero de 2024 (C-59/22, C-110/22 y C-159/22), Unión Europea Aranzadi, 5/2024.
- Vila Tierno, F. (2023). La aplicación de la figura del indefinido no fijo a las fundaciones del sector público. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7/2023.
- VV.AA. (2018). *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, número especial 2/2018.

La transformación de los sistemas de selección como clave para la reducción de la temporalidad en el empleo público*

The transformation of selection systems as a key to reducing temporary employment in public employment

Alba Soriano Arnanz
Universitat de València

doi: 10.20318/labos.2024.9127

Resumen: La temporalidad en el empleo público es un problema estructural del que no parece posible librar a las Administraciones públicas españolas. El presente trabajo aborda las causas y soluciones que se han tratado de dar con el objetivo de reducir los niveles de temporalidad y aboga por introducir modificaciones significativas en los procesos de selección. Partimos de la rigidez de los procesos selectivos del personal empleado público como una de las principales razones que han derivado en la situación actual y entendemos que, introduciendo las transformaciones necesarias y flexibilizando los sistemas de acceso, podrían lograrse significativas mejoras en el funcionamiento general de nuestras Administraciones, contribuyendo además a limitar las tasas de temporalidad y los abusos cometidos en este sentido.

Palabras clave: Empleo público, temporalidad, sistemas de acceso, Administraciones públicas, selección de personal.

Abstract: The very significant levels of fixed-term appointments and contracts in the Spanish public employment system have become a structural problem which is proving almost impossible to solve. This paper examines the causes and solutions that have been put in place in order to reduce the amount of fixed-term public employees and advocates significant changes in the selection processes. We argue that the rigidity of the selection mechanisms for public employees is one of the main reasons for the current situation and we believe that, by introducing the necessary changes and making the access systems more flexible, significant improvements could be achieved in the general functioning of our administrations, which would also contribute to limiting the rates of temporary public employment and the abuse resulting from the use of successive fixed-term employment contracts or appointments.

Keywords: Public employment, temporary employment, access systems, public administrations, staff selection.

*Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto «Administrative Planning» (PlanAdm) (Ref: PID2023-152781NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

1. La situación del empleo público en España

Las Administraciones públicas se perciben en España como unos lugares de trabajo más seguros y estables que el sector privado. Esta percepción se debe, fundamentalmente, a la inamovilidad del personal funcionario de carrera y al hecho de que, por contagio, este privilegio también lo goza *de facto*, gran parte del personal laboral fijo de las Administraciones españolas. Sin embargo, los elevadísimos niveles de temporalidad que nos encontramos en el sector público, los cuales ascendían a un 28,6% en el tercer trimestre de 2024¹, ofrecen, en principio, una imagen muy diferente al de ese seguro de vida que parece suponer conseguir un empleo público.

Ahora bien, tampoco podemos obviar que, a pesar de la precariedad y sensación de inseguridad que provocan en el personal empleado público las relaciones laborales o funcionariales interinas, lo cierto es que son muchos los casos en los que la concatenación de contratos o nombramientos de duración determinada deriva en una suerte de “estabilidad inestable” en la que el personal temporal llega a desarrollar una gran parte de su carrera profesional e incluso llega a jubilarse en este régimen². Es por ello que, a pesar de que los niveles de temporalidad en el sector privado son más reducidos (13,6% en el tercer trimestre de 2024³), en el imaginario colectivo se sigue percibiendo el sector público como un mejor empleador. Por supuesto, esto es algo que también tiene que ver con las mejores condiciones laborales de las que, como norma general, goza el personal empleado público.

Sea como fuere, y en lo que aquí nos interesa, los elevadísimos niveles de temporalidad que encontramos en las Administraciones públicas españolas constituyen un problema de carácter estructural al que no se logra hacer frente y que introduce importantes distorsiones en nuestro sistema de empleo público y en el funcionamiento del sector público y sus servicios. El problema de la temporalidad debe ser resuelto no solamente por las irregularidades que implica para un sistema de empleo público en teoría basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino también, fundamentalmente, porque los excesivos niveles de temporalidad redundan inevitablemente en un empeoramiento de la calidad de los servicios públicos dado que los altos niveles de rotación en distintos puestos de trabajo impiden la construcción de organizaciones estables. Asimismo, las personas que se perciben en una situación de inestabilidad y que deben, por tanto, prepararse para acceder a un empleo público de manera definitiva mientras desarrollan su trabajo en régimen de interinidad difícilmente van a poder ofrecer la misma dedicación que un empleado o empleada que ya goza de fijeza, además de, en muchas ocasiones, no gozar del mismo nivel de preparación que el personal funcionario de carrera o laboral fijo.

¹ INE, Encuesta de población activa del tercer trimestre de 2024.

² BRUFAO CURIEL, Pedro. Funcionarios interinos y empleo público: análisis general de su controvertido régimen jurídico. *Revista Vasca de Administración Pública*. Núm. 120, 2021, p. 23.

³ INE, Encuesta de población activa del tercer trimestre de 2024.

El problema de la temporalidad en el empleo público debe ser también examinado desde la perspectiva de género, dado que las mujeres representan un 67% del personal temporal de las Administraciones, una cifra diez puntos por encima de la proporción que representan estas en el conjunto del empleo público en España⁴. Esto puede deberse a múltiples factores entre los que podemos destacar el hecho de que los ámbitos en los que más elevados niveles de temporalidad encontramos son aquellos fundamentalmente ocupados por mujeres, como la sanidad o la educación⁵. También debemos referirnos a la paralización que sufren las carreras profesionales de una gran cantidad de mujeres en las etapas vitales dedicadas al cuidado de otras personas, al seguir recayendo estas tareas fundamentalmente sobre la población femenina. Para estas mujeres resulta mucho más complicado disponer del tiempo necesario para prepararse para las pruebas que deben superarse para acceder a un empleo fijo.

La situación de precariedad en la que se encuentra el sector público en España no se debe únicamente a las elevadas tasas de temporalidad, sino también a otro enorme problema al que nos enfrentamos: el envejecimiento de las plantillas, pues un 44% del personal empleado público tiene más de 50 años⁶. Más allá de las causas que han derivado en esta situación y que más adelante mencionaremos de manera tangencial por no ser este el objeto de estudio del presente trabajo, esta es una cuestión a la que también debemos hacer frente de manera urgente por la rápida pérdida de conocimiento que supone la jubilación masiva de personal, así como por la forma en que esto contribuirá a debilitar más intensamente nuestras ya frágiles estructuras administrativas. Por ello, resulta esencial que tenga lugar un relevo generacional de manera pautada y estratégica, incorporando a suficiente nuevo personal fijo para garantizar la continuidad de nuestros servicios públicos.

Partiendo del marco descrito, de la necesidad de resolver el problema de la temporalidad en el empleo público, de abordar el problema del envejecimiento y teniendo presente la necesaria perspectiva de género con la que se debe analizar esta cuestión, el presente trabajo trata de realizar un repaso de las causas que nos han llevado a la situación actual, analizando la ineffectividad de las soluciones planteadas hasta la fecha, incluyendo también las medidas introducidas por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante, Ley 20/2021) y realizando algunas propuestas principalmente basadas en la necesidad de modificar, simplificar y flexibilizar los sistemas de acceso al empleo público. El objetivo de las propuestas realizadas en la parte final del trabajo es, por una parte, ayudar a mejorar la calidad de los procesos de selección y, por otra, agilizarlos con la finalidad de facilitar una más rápida y sencilla incorporación de nuevo personal fijo, redundando, a su vez, en una reducción del empleo temporal.

⁴ *Ibidem*.

⁵ DE LUXÁN MELÉNDEZ, José María. La estacionalidad en el empleo público desde una perspectiva de género. un análisis de la estadística de afiliación de la seguridad social: 2014-2019, *IgualdadES*, núm. 3, 2020, p. 488.

⁶ INE, Encuesta de población activa del tercer trimestre de 2024.

2. Algunas causas de los elevados niveles de temporalidad en el empleo público

Este apartado aborda algunas de las causas que explican los elevados niveles de temporalidad que encontramos en el empleo público en España. El análisis de las cuestiones que a continuación se abordan permiten detectar algunos de los ámbitos en los que en el pasado se han cometido errores que deberían evitarse en aras a la articulación de un sistema de empleo público más robusto, así como aquellas áreas en las que pueden introducirse mejoras que contribuyan a la reducción de la temporalidad. Nos centramos así en tres cuestiones principales que consideramos como elementos clave en la estructuración de un sistema de empleo público enormemente dependiente de los contratos y nombramientos de duración determinada: la reducción de costes en sector público; la rigidez y duración de los procesos de selección y la ausencia de mecanismos sancionadores frente a los abusos en la temporalidad.

2.1. El abaratamiento de costes inicial y la progresiva aproximación entre las condiciones de personal fijo y temporal

Desde hace ya muchos años y especialmente a partir de la crisis de 2008 vienen introduciéndose en las leyes de presupuestos significativas limitaciones a la posibilidad de reponer los efectivos de las Administraciones públicas, así como a la posibilidad de dotar a estas de plazas de nueva creación. La tasa de reposición, que se situaba en un 100% en el año 2008 (art. 23 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado –en adelante, LPGE– para 2008), se redujo drásticamente a partir del año 2009 hasta establecer la LPGE para 2012 en su art. 23 que, a lo largo de dicho año, no se procedería a la incorporación de nuevo personal, fijándose de manera excepcional una tasa de reposición del 10% para algunos ámbitos del empleo público. Si bien es cierto que el porcentaje de nuevas incorporaciones ha ido aumentando paulatinamente desde ese momento, situándose en la actualidad entre el 110 y el 125% (art. 20 de la LPGE 2023), también lo es que la ausencia de renovación de personal durante muchos años ha envejecido, precarizado y debilitado significativamente las estructuras de nuestras Administraciones, por lo que, en principio, según lo anunciado por el Gobierno, se eliminará dicha limitación en la LPGE para 2025⁷.

En todo caso, volviendo al tema que nos ocupa, el resultado de las limitaciones indicadas ha sido que una parte muy importante las necesidades de recursos humanos existentes en las Administraciones públicas, refiriéndonos aquí tanto a plazas vacantes ya existentes como aquellas de nueva creación, no han sido cubiertas con personal fijo de plantilla durante muchos años, sino con personal de naturaleza temporal.

⁷ MURCIA, Esperanza, Ya se conoce cuándo se eliminará la tasa de reposición: habrá más oportunidades para ser funcionario o empleado público. El Gobierno quiere eliminar la tasa de reposición, que limita las actuales Ofertas de Empleo Público, en los Presupuestos Generales de 2025. *HuffPost*, 1 de julio de 2024. Disponible el 3 de noviembre de 2024 en: <https://noticiastrabajo.huffingtonpost.es/>

El objetivo subyacente tras estas limitaciones en la reposición de personal fijo era el ahorro presupuestario. Sin embargo, a efectos prácticos, dicho ahorro no se ha podido producir a través del uso de este mecanismo. Aunque inicialmente las condiciones de personal temporal y personal fijo no eran equivalentes lo cierto es que, en particular como consecuencia de la promulgación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, el Acuerdo marco), la situación de ambos tipos de personal fue aproximándose progresivamente⁸. El Acuerdo marco establece como uno de sus objetivos principales “impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo” (considerando 14) y es en aras a la consecución de este objetivo que su cláusula cuarta establece que “no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

En línea con esto, por ejemplo, las SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/05, Del Cerro Alonso) y de 22 de diciembre de 2010 (asuntos C-444/09, Gavieiro Gavieiro y C-456/09, Iglesias Torres) reconocen el derecho del personal funcionario interino a percibir trienios y otras retribuciones vinculadas a la antigüedad reconocidas al personal funcionario de carrera. Otros ámbitos en los que se han ido igualando las condiciones entre personal temporal y personal fijo es en relación con el régimen de jornada, no pudiéndose aplicar una reducción de jornada obligatoria, con la correlativa reducción retributiva, exclusivamente al personal temporal (Auto del TJUE de 9 de febrero de 2017, asunto C-443/16, Rodrigo Sanz y STC 22/2018).

Esta evolución ha llegado hasta el punto de incluso reconocer el derecho del personal indefinido no fijo⁹ de poder participar en un proceso de promoción interna al entenderse que la única diferencia entre esta clase de personal y el fijo es que los contratos del personal indefinido no fijo se encuentran sometidos a la condición de que la plaza no sea cubierta de manera definitiva (STS de 2 de abril de 2018, Rº 27/2017, Sala de lo Social). Por ello, el personal indefinido no fijo puede participar en procesos de promoción interna “conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho”. Así, “durante la vigencia del vínculo laboral, la jurisprudencia reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos los mismos derechos que a los trabajadores fijos en todos los ámbitos de la relación laboral, incluso en aquellos que conllevan la posibilidad de acceder a otros puestos diferentes”. Aunque es cierto que esta jurisprudencia ha sido matizada por la STS de 17 de abril de 2024, Rº 853/2021, Sala de lo Social (FJ 3º).

En todo caso y en lo que ahora nos importa, a pesar de que en algunos momentos sí han existido diferencias notables entre el coste del personal fijo y el temporal, lo cual

⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*. 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2024, p. 85.

⁹ Esta figura se examina más adelante al haber constituido una de las pretendidas soluciones frente a los abusos en la contratación temporal por parte de las Administraciones públicas.

ha llegado a constituir un incentivo perverso para el aumento de la contratación y de los nombramientos de esta segunda clase de personal, así como su prolongación irregular, lo cierto es que la evolución jurisprudencial que ha tenido lugar a lo largo de prácticamente las dos últimas décadas ha derivado en que no se produzca ese pretendido abaratamiento de costes a través de la contratación del personal temporal o, como mínimo, que el ahorro haya sido mucho más exiguo de lo inicialmente esperado.

2.2. *La excesiva duración de los procesos de selección*

La rigidez que caracteriza a los sistemas de selección del personal empleado público en España es otro de los motivos que han derivado en los elevados niveles de temporalidad que encontramos actualmente en nuestras Administraciones públicas¹⁰. Así, cuando surge la necesidad de cubrir una plaza esta debe, en primer lugar, introducirse en la oferta de empleo público, debiéndose después publicar las bases y la convocatoria, procediéndose a continuación a la formación del tribunal (cuyos integrantes, recordemos, tienen otra ocupación principal). Una vez formado el tribunal y terminado el plazo de presentación de candidaturas se publica la lista provisional y después de resueltos los correspondientes recursos, ya definitiva, de personas admitidas y excluidas, dando, por último, comienzo a las fases de selección. Durante todo este tiempo, cuando no se trata de plazas de nueva creación, estas permanecerán ocupadas por personal temporal.

Debemos detenernos necesariamente en el desarrollo de las pruebas de oposición como causa específica de los elevados niveles de temporalidad en el empleo público en España. Si bien la realización de todos los pasos indicados anteriormente puede contribuir a la excesiva duración de los procesos de selección, es en la forma de desarrollar las pruebas donde podemos encontrar las principales deficiencias de nuestro modelo de acceso al empleo en las Administraciones públicas (no solo referentes a la temporalidad), siendo también este el ámbito en el que existe mayor margen para introducir mejoras y reducir su duración.

La propia forma en la que se han concebido tradicionalmente en España los procesos de selección del personal empleado público, debiendo realizarse varias pruebas incluso para los grupos en los que los tipos de trabajos a desempeñar no requieren un nivel de conocimientos previos ni una capacidad técnica muy elevados (C1 y C2 en el ámbito funcional), deriva inevitablemente en que estos procesos se dilaten considerablemente en el tiempo. A esto cabe añadir que, dado que en España las condiciones laborales son significativamente mejores en el ámbito público que en el empleo privado, son miles las personas que se presentan a muchos de estos procesos, lo cual alarga inevitablemente el trabajo desarrollado por el tribunal.

¹⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva, El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público. *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, vol. 3, núm. 2, 2024, p. 95.

Tampoco podemos obviar la propia lentitud que, por falta de incentivos, ha caracterizado la labor de las Administraciones y los propios tribunales de oposición encargados de desarrollar estos procesos. Por tanto, no se trata tanto de que los plazos máximos señalados para el desarrollo de procesos de selección sean poco realistas dada la gran cantidad de fases que se deben incluir en estos, sino de que durante mucho tiempo se ha consentido que no se siguiese un calendario ajustado a la norma.

Hasta la reciente aprobación del Real Decreto-ley 6/2023¹¹, las convocatorias debían ejecutarse en el plazo de tres años a contar desde su publicación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 70 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP). Actualmente, dicho periodo se ha reducido a dos años, debiendo realizarse todas las pruebas de selección en el periodo de un año (art. 108, RD Ley 6/2023). Sin embargo, incluso cuando se disponía de tres años para el desarrollo de estos procesos no eran raros los casos en los que la Administración también se excedía de dicho plazo¹², a pesar de ser este más que suficiente para desarrollar los procesos selectivos.

Buena muestra de que, en realidad, es perfectamente posible evitar estas dilaciones indebidas por parte de la Administración, la encontramos en algunos los procesos selectivos recientemente llevados a cabo por la Generalitat Valenciana. Cabe destacar, en primer lugar, que la Ley Valenciana, 4/2021, de Función Pública (en adelante, LFPV) establece que los procesos selectivos deberán realizarse en el plazo de un año y tres meses desde la publicación de la oferta de empleo público (art. 55.3 LFPV). Pues bien, dicho plazo se cumplió en el proceso selectivo relativo a la oferta de empleo público del año 2023 para el cuerpo superior técnico de administración general de la Administración de la Generalitat, A1-01 (sector administración general), al haberse producido la publicación de la oferta de empleo público el 5 de abril de 2023 y habiéndose realizado el último ejercicio el 30 de junio de 2024¹³. Por tanto, aunque como veremos más adelante, para poder cumplir con los plazos probablemente resulte necesario rediseñar algunos procedimientos selectivos como, por otra parte, ya se ha hecho en la Generalitat Valenciana, lo que es importante extraer de este ejemplo es que, si verdaderamente existe una voluntad de realizar las pruebas selectivas en espacios de tiempo relativamente cortos, se pueden llevar a cabo.

2.3. La falta de mecanismos de control y consecuencias jurídicas frente al incumplimiento

El Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada incorporado a la Directiva 1999/70/CE prevé que los Estados deberán adoptar medidas para “prevenir los abusos

¹¹ Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

¹² BOLTAÍNA BOSCH, Xavier, Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro. *Documentación Administrativa*. Núm. 8, 2021, p. 70.

¹³ Convocatoria 1/23. Proceso selectivo número 1: cuerpo superior de administración, A1-01. Disponible el 20 de octubre de 2024 en: <https://www.gva.es/>

como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Sin embargo, al tiempo que se establece de manera bastante clara qué elementos deben concretarse en la regulación nacional para entender qué se considera un uso abusivo de las relaciones de trabajo temporales¹⁴, no se determina con claridad cómo debe orientarse el régimen indemnizatorio ni de responsabilidad sancionadora para hacer frente a los posibles incumplimientos de la norma¹⁵. Ahora bien, como se determina de forma meridiana en la jurisprudencia del TJUE, la ausencia de precisión no se traduce en una inexistencia de obligaciones aplicables a cada Estado de introducir en sus ordenamientos jurídicos medidas adecuadas para sancionar la concatenación abusiva de las relaciones de trabajo de duración determinada (así, por ejemplo, se pronuncia dicho Tribunal en la Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés y Castrejana López, párrafo 36 o en la Sentencia de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro, párrafo 29).

Sin embargo, como en muchos otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, una de las principales causas del incumplimiento exacerbado de las normas en materia de empleo público temporal es precisamente la ausencia de mecanismos sancionadores y de control efectivos que garanticen el respeto por parte de las Administraciones públicas de las limitaciones normativas al empleo público de naturaleza temporal¹⁶. Como indica Cantero, “de poco sirve tener un marco normativo perfecto o cuasi perfecto si después no se cumple y no se evita un constante y sostenido aumento de la tasa de empleo temporal”¹⁷.

Pues bien, ya en el “Informe de la comisión para el estudio y preparación del estatuto básico del empleado público” se indicaba la necesidad de establecer un régimen de responsabilidades para penalizar a las autoridades competentes por los abusos en la contratación y nombramientos temporales¹⁸. Dicho informe, publicado en el año 2005, proponía la inclusión de la siguiente cláusula en la norma básica reguladora del régimen del personal empleado público:

“Ha de emitirse informe jurídico preceptivo, por el titular del órgano competente en cada caso, bajo su propia responsabilidad, sobre la imposibilidad legal de prorrogar de manera expresa o implícita el

¹⁴ De acuerdo con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco los Estados miembros deben incluir una o varias de las siguientes medidas: “a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.”

¹⁵ MELCHOR LLOPIS, Lorena, La falacia del tercer procedimiento de estabilización del empleo público temporal, *Documentación Administrativa*, núm. 12, 2024, p. 74.

¹⁶ FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, “El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad”, *Documentación Administrativa, Nueva Época*, núm. 7, 2020, p. 89.

¹⁷ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *Temporalidad y estabilización en el Empleo Público: Ley 20/2021, de 28 diciembre, de Medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en la Administración*. Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 138.

¹⁸ *Informe de la comisión para el estudio y preparación del estatuto básico del empleado público*, p. 62. Disponible el 25 de octubre de 2024 en: https://www.uhu.es/ccoo/comunicados/2005_04_25_informe_comision.pdf

nombramiento de interino o contrato temporal que finaliza. Emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asume la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le corresponda según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral.”¹⁹

A pesar de las recomendaciones contenidas en dicho informe, hasta la aprobación de la LPGE para 2017 no se introdujo ninguna disposición de similares características a la indicada. En la Disposición Adicional 43ª de dicha norma se preveía, si bien con un carácter mucho más descafeinado que en la propuesta que había realizado la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, la exigencia de responsabilidades por las actuaciones irregulares en materia de contratación temporal, refiriéndose en todo caso el indicado precepto únicamente a la contratación laboral. A mayor abundamiento, como veremos más adelante, hasta la fecha, de poco han servido estos escasos intentos de reconocer responsabilidades por los abusos en la temporalidad.

En los últimos años, sí que se ha venido reconociendo alguna penalización para la Administración como resultado de estos incumplimientos, aunque con efectos muy tímidos. En la STS de 12 de diciembre de 2019, Rº 3554/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, el Alto Tribunal entiende que, a pesar de deber considerarse la convocatoria anulable por haberse publicado más de tres años después de la inclusión de la plaza convocada en la oferta de empleo público, dado que “el procedimiento selectivo se desarrolló sin que se atribuya vicio o tacha alguna, en su ejecución, determinante de su invalidez” (FJ 5) y tratándose la anulabilidad de un vicio de invalidez que permite “la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”, se mantiene la validez del procedimiento selectivo. Sin embargo, sí se reconoce la indemnización a favor de la funcionaria interina que ocupaba la plaza convocada al entender el Tribunal Supremo que “constituye la única medida posible, a los efectos del artículo 71 de la LJCA, para lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada por el acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico”.

Sin embargo, la norma general ha sido la ausencia de mecanismos para sancionar y reconocer las responsabilidades en el más que reiterado incumplimiento de los límites a la contratación y los nombramientos temporales en las Administraciones públicas. Es más, como veremos en el siguiente apartado, los pocos mecanismos que sí se han adoptado con el objetivo de sancionar a las Administraciones públicas por la concatenación abusiva de relaciones de trabajo de duración determinada, debiendo destacar aquí por ejemplo la creación de la figura del personal indefinido no fijo, han tenido unos efectos más que limitados, por no decir casi inexistentes como herramientas para disuadir de incurrir en esta clase de incumplimientos y reducir los niveles de temporalidad. Así, esta ausencia de mecanismos disuasorios y sancionadores, constituye una de las más evidentes causas del problema estructural y endémico con el que nos encontramos actualmente.

¹⁹ *Ibidem*, p. 65.

3. Soluciones adoptadas hasta la fecha: el ¿fracaso? de la Ley 20/2021

Este apartado se centra en aquellos mecanismos adoptados por la jurisprudencia y el legislador hasta la fecha con el objetivo de sancionar y reducir los niveles de temporalidad en el empleo público en España, una serie de intentos de solucionar este problema estructural que culminaron con la aprobación de la Ley 20/2021²⁰, cuyo objetivo, según la exposición de motivos de la norma era “situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas”. La norma se estructura en tres bloques fundamentales: la articulación de procesos de estabilización; el establecimiento de una serie de medidas que pretenden ser efectivas para limitar los contratos y nombramientos temporales estableciendo, entre otras cuestiones, un sistema de reconocimiento de responsabilidades e indemnizaciones por la prolongación irregular de las situaciones de temporalidad y, por último, la adopción de una serie de disposiciones dirigidas a mejorar la gestión y planificación en materia de recursos humanos.

En el presente apartado se abordan los tres segmentos de la Ley y los problemas que estos presentan, en particular, en relación con el más que deficiente cumplimiento por parte de las Administraciones. Sin embargo, antes de comenzar dicho análisis, estimamos también conveniente referirnos, si bien de manera muy breve, a la figura del personal indefinido no fijo, al haberse planteado esta figura ya desde la década de 1990 como una de las primeras soluciones frente a los abusos en la temporalidad en el empleo público, aunque también con escaso éxito a la larga.

3.1. La figura del personal indefinido no fijo

Una de las primeras medidas que se adoptó con el objetivo de paliar los abusos en la contratación temporal fue la creación de la figura del personal indefinido no fijo, un mecanismo de elaboración jurisprudencial²¹ que pretendía sancionar la prolongación irregular de los contratos laborales en las Administraciones públicas, obligando a la permanencia de este personal pero de manera que tampoco se introdujesen quiebras en los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen nuestro sistema de acceso al empleo público²². Por ello, este personal no se convertiría en fijo, sino que únicamente podría permanecer en la plaza hasta su cobertura definitiva o amortización. Asimismo, dicha jurisprudencia reconoce el derecho a indemnización de 20 días por año trabajado en el momento de

²⁰ Dicha norma encuentra su origen en el Real Decreto-Ley 14/2021. Para un análisis detallado de este último, el cual incorporaba ya muchas de las medidas posteriormente incluidas en la Ley 20/2021 ver, por ejemplo, ROQUETA BUJ, Remedios y GOERLICH PESET, Jose María, *Interinos en el empleo público. Régimen jurídico y puntos críticos tras el Real Decreto-Ley 14/2021*, València, Tirant Lo Blanch, 2021.

²¹ Ver por todas la STS de 20 de enero de 1998 (R° 317/1997, Sala de lo Social) y ATC 124/2009 de 28 de abril.

²² MELCHOR LLOPIS, Lorena, La falacia del tercer procedimiento de estabilización del empleo público temporal, *Op. cit.*, 2024, p. 75.

cese o amortización de la plaza de esta clase de personal, equiparando esta situación a la de un despido objetivo²³.

Lo cierto es que el reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo podría haber llegado a ser una medida suficiente en el caso de que efectivamente hubiese derivado en la convocatoria o amortización de las plazas de manera inmediata. El propio TJUE en su Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15 y C-197/15) considera de manera implícita esta medida como una sanción efectiva frente a las infracciones cometidas por las Administraciones al indicar que “comoquiera que este concepto no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada en lo que atañe a dicho personal” (párrafo 47). Se puede así entender, *sensu contrario*, que dicho tribunal sí consideraba, en aquel momento, que el reconocimiento de la figura del personal indefinido no fijo constituía una medida suficiente para hacer frente a los abusos cometidos por las Administraciones en relación con el personal temporal en régimen de derecho laboral²⁴.

Sin embargo, el resultado que se ha dado ha sido más bien el contrario ya que, al prolongarse durante años la situación de esta clase de personal empleado público, se genera un incentivo perverso para la Administración al disponer de cobertura para esas plazas por tiempo indefinido. Es por ello precisamente que la reciente sentencia de 22 de febrero de 2024 del TJUE, dictada en los asuntos acumulados 59/22, 110/22 y 159/22, considera que la forma en la que se ha estado empleando la figura del personal indefinido no fijo, cuyos contratos se han prolongado en el tiempo sin haberse convocado la plaza ni haberse procedido a su amortización, constituye un supuesto en el que se han dado “sucesivas relaciones laborales de duración determinada” de manera irregular (párrafos 78 a 82).

La figura del personal indefinido no fijo se aplica, en principio, exclusivamente al personal laboral de las Administraciones públicas, habiendo rechazado el Tribunal Supremo, en teoría, su reconocimiento y aplicación al personal sometido a régimen de derecho administrativo (SSTS de 16 de septiembre de 2018, Rº 1305/2017 y 785/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo). Por su parte, el TJUE, en la antecitada sentencia de 14 de septiembre de 2016, establecía que nada se opone a que las medidas aplicables frente a los abusos en las relaciones temporales de trabajo fuesen diferentes en función de si los servicios prestados lo son en régimen de derecho laboral o de derecho administrativo, debiendo ser el propio ordenamiento jurídico interno de los Estados el que determine cuáles son las consecuencias específicas derivadas de los incumplimientos en este ámbito²⁵.

Ahora bien, el TJUE también establece que las medidas adoptadas por el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro no deben “ser menos favorables que las

²³ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, 2017, p. 20.

²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, pp. 230-231.

²⁵ *Ídem*, p. 233.

aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)” (párrafo 37, STJUE de 14 de septiembre de 2016). En dicha sentencia consideraba el tribunal europeo que, no existiendo una medida equivalente para sancionar los abusos en las relaciones temporales de trabajo sometidas al régimen de derecho administrativo en España, la aplicación de la figura del personal indefinido no fijo también al personal funcionario cuyos nombramientos se hubiesen extendido de manera irregular en el tiempo podría constituir una medida sancionadora aceptable frente a estos incumplimientos.

Incluso tras dicha sentencia del TJUE, el Tribunal Supremo español rechazó la aplicación de la figura del personal indefinido no fijo en el caso del funcionariado interino en las antecitadas sentencias de 16 de septiembre de 2018, pero sí que reconoció el derecho a mantenerse en el puesto de trabajo hasta que se diese una de las causas legalmente establecidas en el art. 10 TREBEP que pueden dar lugar al cese del funcionario o funcionaria interina cuyo nombramiento hubiese sido irregularmente prolongado. Se considera en estos casos que el acto administrativo por el que se cesa a un funcionario o funcionaria interina fuera de los supuestos establecidos para ello en la normativa en materia de empleo público carece de base legal y es nulo de pleno derecho, debiendo reincorporarse el empleado o empleada. Es más, incluso se reconoce la posibilidad de reclamar una indemnización en caso de ceses contrarios a derecho por los daños y perjuicios sufridos, pero en ningún caso se equipara dicha indemnización a la resultante del cese en las relaciones laborales, debiendo acreditarse adecuadamente la existencia de los daños generados por el cese irregular.

En todo caso, más allá del esfuerzo realizado por el TS para evitar la aplicación del régimen de derecho laboral a la prestación de servicios temporal en régimen de derecho administrativo, lo cierto es que el Tribunal logra una solución similar al menos en lo que respecta a la permanencia en el puesto de trabajo hasta que exista una causa con suficiente base legal para su cese²⁶. Asimismo, de igual manera que ha sucedido con la solución dada por la jurisprudencia en el ámbito laboral, tampoco esta ha constituido, a la postre, una medida realmente efectiva para disuadir a las Administraciones de cometer abusos en la prestación de servicios temporales en régimen de derecho administrativo.

3.2. Los procesos de estabilización

Una de las principales soluciones que se ha ido dando con el objetivo de reducir los elevadísimos niveles de temporalidad existentes en el empleo público en España ha sido la realización de procesos de estabilización que tratan de incorporar como personal fijo de plantilla,

²⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Op. cit.*, 2019, p. 234; FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización, *Revista de Administración Pública*, núm. 212, pp. 210-212.

ya sea de naturaleza laboral o funcionarial, al personal que lleva ya un tiempo prestando servicios a través de nombramientos o contratos temporales²⁷. No implica esto que en esta clase de procesos de selección se vede el acceso a candidatas y candidatos que no hayan prestado servicios en las Administraciones públicas, sino que se otorga una parte proporcionalmente muy significativa de la puntuación de la fase de concurso a la experiencia profesional adquirida en las Administraciones. En algunos casos, de manera excepcional, como ha sucedido con la Ley 20/2021, incluso se ha llegado a permitir el acceso a puestos de naturaleza funcionarial exclusivamente por la vía del concurso de valoración de méritos.

Así, el art. 2 de dicha norma prevé la inclusión en los procesos de estabilización previstos por las LPGE para 2017 y 2018 de aquellas “plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020”. Estas plazas serían cubiertas por sistema de concurso oposición, “con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate” previéndose además la posibilidad de que los ejercicios de la fase de oposición no fuesen eliminatorios²⁸.

Por otra parte, la Disposición Adicional 6ª de dicha norma prevé que se convocarían por el sistema de concurso, aquellas plazas que, estando o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad al 1 de enero de 2016. Este mecanismo extraordinario de estabilización pretende abordar y poner fin a las situaciones de interinidad de larga duración que son aquellas que la jurisprudencia y el legislador entienden que se producen cuando una plaza ha sido ocupada de manera temporal durante cinco años o más²⁹.

Una cuestión llamativa y que ofrece muchas pistas acerca de cómo se lleva a cabo la gestión del personal y las prioridades de una parte importante de las Administraciones públicas es que, a pesar de la enorme flexibilidad introducida para el desarrollo de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, han sido varias las Administraciones locales cuyas bases han sido declaradas nulas por haber otorgado una puntuación

²⁷ CAMPOS DAROCA, Jose María, “Integración del personal temporal en la función pública de carrera”, en Campos Daroca, Jose María y ZAFRA MATA, Diego, *Consolidación y estabilización del empleo público temporal: Ley 20/21 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, Madrid, Wolters Kluwer, 2022, p. 30.

²⁸ Como señala MELCHOR LLOPIS, la posibilidad de establecer la fase de oposición como no eliminatoria no ha sido unánimemente escogida por todas las Administraciones, lo cual debe valorarse muy positivamente. MELCHOR LLOPIS, Lorena, La falacia del tercer procedimiento de estabilización del empleo público temporal, *Op. cit.*, 2024, p. 82.

²⁹ Ver, por ejemplo, la STC 203/2000 de 24 de julio de 2000 o la exposición de motivos de la Ley 20/2021.

excesiva a la experiencia en la misma entidad en comparación con la experiencia adquirida en otras entidades locales en puestos equivalentes³⁰.

Dado que el objetivo de esta norma era dar una solución rápida al problema de la temporalidad en el empleo público, los plazos que se establecían para estos procedimientos de estabilización eran relativamente breves. Así, las ofertas de empleo público para estos procesos debían ser publicadas antes del 1 de junio de 2022, las convocatorias debían realizarse antes del 31 de diciembre del mismo año y los procesos deben concluir antes del 31 de diciembre de 2024.

Una vez más, podríamos valorar positivamente la articulación de estos procesos de estabilización si verdaderamente hubiesen derivado en una reducción de los niveles de temporalidad en el empleo público. Sin embargo, lejos de alcanzar el objetivo del 8% de cobertura temporal de plazas estructurales especificado en el art. 2.3 de la Ley 20/2021, lo cierto es que seguimos encontrándonos con una situación en la que los porcentajes de temporalidad son elevadísimos. Si bien es cierto que de las cifras que se encuentran disponibles no podemos extraer con certeza qué porcentaje de las coberturas temporales se realizan en plazas de naturaleza estructural, sí que resulta evidente que, teniendo en cuenta que la temporalidad en el empleo público se sitúa en un 28,6%, resulta muy evidente que nos encontramos muy lejos del objetivo previamente indicado.

Ahora bien, es cierto que, dado que los procesos de estabilización convocados en el marco de la Ley 20/2021 no deben concluir hasta el 31 de diciembre de 2024, todavía no es posible apreciar con certeza los efectos de aquellos sobre los niveles de temporalidad. Sin embargo, a pesar de esto, la tímida reducción en el empleo temporal que sí se vislumbra (de un 32%³¹ en el tercer trimestre de 2021 al ya indicado 28,6% en el tercer trimestre de 2024), hace que sea poco probable que se llegue a alcanzar un nivel de temporalidad del 8%. En todo caso, deberemos esperar un par de años para poder ver los efectos reales de estos procesos de estabilización, aunque advertimos de nuestra falta de optimismo en la consecución de los objetivos marcados.

3.3. Medidas dirigidas al control de la temporalidad

3.3.1. El reconocimiento de responsabilidades

Aunque en el presente apartado nos vamos a centrar fundamentalmente en la regulación contenida en la DA 17^a del TREBEP, consideramos conveniente mencionar el cese automático que, desde 2021, fija el art. 10.4 TREBEP para el personal interino que ocupe plazas vacantes una vez transcurran tres años desde su nombramiento. Este es un mecanismo que, en combinación con los que a continuación se detallan, debemos valorar positivamente y puede llegar a contribuir a la reducción de la temporalidad. Ahora bien,

³⁰ Ver, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de diciembre de 2023, R^o 408/2023, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

³¹ INE. Encuesta de población activa, 2023.

si ya se está tramitando la convocatoria mediante la que se cubrirá la plaza, el personal interino podrá permanecer en dicha plaza hasta que sea cubierta de manera definitiva. Como de manera muy acertada apunta Sánchez Morón, esta excepción al cese automático puede ser “peligrosa, pues a veces la tramitación de los procedimientos de selección se eterniza, de manera artificial. Además, si el proceso selectivo queda desierto, se podrá efectuar otro nombramiento de interino”³².

En línea con esto, la DA 17ª del TREBEP introducida por la Ley 20/2021 también establece que “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”. A pesar de las buenas intenciones que se desprenden de este precepto y la clara vocación de aportar una respuesta contundente frente a las actuaciones irregulares en materia de temporalidad, nos encontramos ante un precepto caracterizado por una excesiva vaguedad y cuya aplicación práctica no podemos sino poner en duda³³.

Pasando ya específicamente a abordar el reconocimiento de responsabilidades, tal como establece la Exposición de Motivos de la Ley 20/2021, uno de los objetivos de esta norma es justamente “implantar un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos”. Es más, se incide en que se pretende “clarificar cualquier vacío o duda interpretativa que la actual regulación haya podido generar”. Nada más lejos de la realidad, como se ha señalado ya en numerosas ocasiones y se evidencia por las cuestiones prejudiciales que los tribunales españoles han planteado al TJUE desde la aprobación de la norma³⁴.

Del contenido de la DA 17ª del TREBEP que, como ya se ha comentado, introdujo la Ley 20/2021, se desprende la voluntad del legislador por reconocer la responsabilidad de las Administraciones en los casos de incumplimiento con los plazos máximos de duración de los contratos y nombramientos temporales. Sin embargo, no llegan a concretarse medidas específicas que garanticen que verdaderamente lleguen a dirimirse dichas responsabilidades, limitándose el precepto indicado, especialmente en sus dos primeros apartados, a establecer mandatos que, en la práctica, constituyen meras declaraciones de intenciones.

Así, declara por ejemplo el apartado primero de la DA 17ª del TREBEP que las Administraciones públicas “velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino”, tratándose esta afirmación de un simple recordatorio de una obligación que los poderes públicos evidentemente ya debían cumplir. Se añade también que las Administraciones “promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición”, pero sin llegarse a indicar cómo deben concretarse estos, ni estableciendo tampoco ningún tipo de sanción que pueda ir

³² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*. 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2024.

³³ Sobre las dudas que suscita este precepto a nivel interpretativo y su difícil encaje y aplicación práctica ver CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *Temporalidad y estabilización en el Empleo Público...*, *Op. cit.*, pp. 302-313.

³⁴ DESDENTADO DAROCA, Eva, *El fin del indefinido no fijo...*, *Op. cit.*, pp. 106-109.

aparejada al no establecimiento de estas normas internas y nuevamente resultando evidente que ya antes de la introducción de esta disposición las Administraciones deberían haber introducido criterios y orientar en todo caso su actuación hacia el cumplimiento de las normas contenidas en el TREBEP.

Por su parte, el apartado segundo de la DA 17ª del TREBEP establece que “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”. Nuevamente nos remite la norma a la actuación propia de cada Administración sin especificar exactamente cuáles son esas normas. Es más, no parece muy realista que, si hasta la fecha no se han adoptado medidas encaminadas a exigir responsabilidades por incumplimiento de los plazos máximos de los contratos y nombramientos temporales, vaya a ser ahora el momento en el que se adopten esos mecanismos. De hecho, desde la introducción de la Disposición Adicional mencionada en diciembre de 2021 no se ha apreciado ningún cambio significativo en el ámbito concreto de la imposición de sanciones a los órganos responsables de incumplir con las normas en materia de temporalidad en el empleo público. Esto se ve corroborado por la afirmación realizada por el propio TJUE en su sentencia de 22 de febrero de 2024, dictada en los asuntos, C-59/22, C-110/22 y C-159/22, en cuyo párrafo 112 se refiere a que “el tribunal remitente no tiene constancia de que se haya exigido responsabilidad a ninguna Administración Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales”.

Además, el TJUE, en la citada sentencia considera que las previsiones contenidas en la DA 17ª del TREBEP tienen un excesivo grado de ambigüedad y abstracción, no pudiendo considerarlas como mecanismos suficientemente disuasorios y efectivos para combatir los abusos en la contratación temporal y siendo, por tanto, no conformes con el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada acerca del cual versa la Directiva 1999/70/CE (párrafos 111 a 114).

En definitiva, como ha señalado la doctrina y jurisprudencia, la vaguedad con la que se articula este reconocimiento de responsabilidades necesariamente debe hacernos dudar de su efectividad como mecanismo disuasorio³⁵. Nuevamente, nos encontramos con meras declaraciones de intenciones por parte del legislador que no se concretan y que contribuyen a perpetuar las irregularidades e incumplimientos existentes.

3.3.2. Indemnizaciones

La DA 17ª TREBEP contempla también el reconocimiento de una indemnización para el personal funcionario interino en el caso de que se incumpla el plazo máximo de permanencia en el puesto de trabajo “equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por

³⁵ GIFREU FONT, Judith, La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso? *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Núm. 18, 2022, p. 80.

año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades”, refiriéndose la cuantía de la indemnización “exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”. También se prevé la misma cuantía de indemnización para el personal laboral temporal cuyos contratos hayan sido prolongados de manera irregular y para “el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización” (art. 2.6, Ley 20/2021).

El TJUE considera, en general, “que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada” (STJUE de 22 de febrero de 2024, párrafo 106). Además, específicamente en relación con las cuantías fijadas, ha considerado dicho tribunal que, dado que la compensación “tiene un doble límite máximo (el tope de los veinte días de retribución por año de servicio y el tope de los doce meses de salario en total), no permite ni la reparación proporcionada y efectiva en las situaciones de abuso que superen una determinada duración en años, ni la reparación adecuada e íntegra de los daños derivados de tales abusos” (STJUE de 13 de junio 2024, párrafo 81).

También la Comisión Europea ha remitido recientemente a España, en el marco del procedimiento de infracción por la incompatibilidad de la legislación española con el Acuerdo Marco, una carta de emplazamiento en la que se considera que las modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 20/2021 continúan sin ser suficientes. En particular, la Comisión indica que España no brinda “protección suficiente contra el uso abusivo de contratos sucesivos de duración determinada a los trabajadores del sector público [...] Por ejemplo, con independencia de que un trabajador con un contrato temporal haya sido contratado durante veinte o treinta años, la indemnización es la misma. Y en caso de que un trabajador, tras haber ejercido su actividad durante veinte años en el marco de una sucesión de contratos temporales, dimita por cualquier motivo, como por cambiar de puesto de trabajo o cuidar a un familiar, no tiene derecho a indemnización alguna, aunque un tribunal declare abusiva la sucesión de contratos de duración determinada.”³⁶

Siguiendo con esta crítica, propone Baquero Aguilar la modulación de las indemnizaciones en función del tiempo trabajado. Así, “en vez de 20 días como recoge la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, establecer un régimen indemnizatorio de 45 días para aquel personal que venga padeciendo la temporalidad antes de 2012, 33 días para aquel personal que venga sufriendo dicha situación entre 2012 y 2017, y 20 días para el personal que se encuentre en dicha situación desde esa fecha en adelante.”³⁷ No podemos

³⁶ COMISIÓN EUROPEA, Paquete de procedimientos de infracción de octubre: principales decisiones. Disponible el 18 de noviembre de 2024 en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_24_4561

³⁷ BAQUERO AGUILAR, Jorge, *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Murcia, Laborum, 2022, p. 354.

sino coincidir con esta propuesta ya que, a pesar de que el reconocimiento de las indemnizaciones supone un avance con respecto a la situación anterior, en la que la única posibilidad de resarcimiento por abusos en la temporalidad era la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como estableció el TS, entre otras, en su sentencia de 9 de mayo de 2023, dictada en recurso 5132/2019, lo cierto es que el marco jurídico actual sigue sin ser suficiente para compensar la concatenación de nombramientos temporales con la precarización para el personal y para la propia organización administrativa.

3.4. Gestión y planificación en materia de recursos humanos

Aunque, por su impacto indirecto sobre los niveles de temporalidad, se ha prestado menos atención a las disposiciones contenidas en la Ley 20/2021 referentes a la gestión y planificación en materia de recursos humanos, consideramos que también es relevante realizar algunas breves reflexiones específicamente en relación con la DA 2ª de esta norma. Dicha disposición atribuye al Ministerio con competencias en materia de función pública la obligación de elaborar un “informe anual de seguimiento de la situación de la temporalidad en el empleo público”. Se trata de una medida que, a pesar de no tener una incidencia directa en la evolución de la temporalidad en el empleo público, tiene una enorme relevancia por cuanto que resulta necesario realizar diagnósticos y análisis de la situación y su evolución para poder diseñar mecanismos que verdaderamente contribuyan a solucionar los problemas de los que adolece nuestro actual sistema de empleo público, pudiendo también así verificar los efectos de las medidas que ya se han ido adoptando.

Sin embargo, no parece que, por el momento se hayan ido realizando esos informes durante los últimos tres años, demostrándose nuevamente cómo muchas de las disposiciones de la Ley 20/2021 constituyen poco más que meras declaraciones de intenciones. Consideramos que es absolutamente esencial que se realicen estudios y análisis detallados y transparentes de la situación real de la temporalidad en el empleo público en España, pues la única forma de solucionar un problema como este es conocerlo en profundidad y hacer un seguimiento detallado y transparente de su evolución. La ausencia de una estrategia de planificación en materia de empleo público, para la cual se requieren estos esfuerzos de estudio, análisis y recogida de datos, nos aboca inevitablemente a ir introduciendo pequeños remiendos en gran medida inefectivos en lugar de atacar el problema de raíz.

4. La necesaria transformación del sistema español de empleo público

En España llevamos ya varios años viviendo una crisis institucional que va profundizándose por momentos. El más que mejorable funcionamiento de las Administraciones públicas, el cual se encuentra estrechamente relacionado con las deficiencias de nuestro sistema de empleo público, contribuye a debilitar la credibilidad en nuestros poderes

públicos. Por ello, resulta absolutamente esencial introducir cambios de calado que contribuyan a mejorar la situación de nuestro sistema de empleo público y, por ende, de las Administraciones públicas. Partiendo de la situación descrita en las páginas anteriores, realizamos a continuación algunas reflexiones y propuestas dirigidas a reducir la endémica situación de temporalidad en el empleo público.

4.1. El debate acerca de la conversión de los contratos y nombramientos temporales en fijos

Una de las soluciones más sencillas a los excesivos niveles de temporalidad que actualmente encontramos en el empleo público en España, pero que también es de las más controvertidas, es aquella que aboga por incorporar directamente al personal laboral temporal y al personal funcionario interino como personal fijo cuando se haya prolongado su relación de trabajo con la Administración de manera irregular durante un periodo de tiempo significativo.

Hasta la fecha la conversión del personal temporal en fijo se ha admitido solamente en casos en los que se trataba de personal laboral y siempre que el trabajador o trabajadora hubiese superado las pruebas selectivas para acceder a un puesto fijo en la Administración³⁸. Asimismo, tras la publicación de la STJUE de 22 de febrero de 2024, algunos tribunales optaron también por la conversión en fijos de quienes hubiesen tenido una relación laboral con la Administración que se hubiese prolongado más allá del tiempo máximo legalmente establecido³⁹. Esto es así, a pesar de que el TJUE no ha establecido en ningún momento que la única medida aceptable para solucionar el problema de la temporalidad fuese la incorporación definitiva del personal temporal cuyos nombramientos o contratos hubiesen sido prolongados de manera irregular.

En todo caso, en particular con respecto al personal funcionario interino, aunque también en relación con el personal laboral, el sentir mayoritario es contrario a su conversión en personal fijo⁴⁰. Debemos así señalar que la Ley 20/2021 fortifica el carácter temporal del personal funcionario interino al modificar el art. 10 TREBEP, señalando el apartado segundo de dicho precepto que el nombramiento derivado de los procedimientos de selección para el personal interino “en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera”, por lo que resulta evidente que no es la voluntad del legislador facilitar esa conversión automática que se ha defendido por parte de algunos sectores.

Aunque las Administraciones hayan incumplido los límites temporales para los nombramientos del personal funcionario interino o para la contratación del personal laboral temporal, no podemos en este caso aplicar las lógicas jurídicas que seguimos

³⁸ STS de 16 de noviembre de 2021, Sala de lo Social (Rº 3245/2019).

³⁹ SSJS Madrid, núm. 26, de 23 de febrero de 2024 (proc. 199/2023), Sevilla núm. 13, de 27 de febrero de 2024 (proc. 667/2023) y STJS del País Vasco, de 22 de abril de 2024, rec. 229/2024.

⁴⁰ Ver, por todos, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *Temporalidad y estabilización en el Empleo Público...*, *Op. cit.*

cuando es un empleador privado el que prorroga contratos temporales más allá del tiempo legalmente establecido. Así, en el caso de las relaciones laborales privadas los intereses principales en juego son los de la persona empresaria y los del trabajador o trabajadora, debiendo el ordenamiento jurídico evitar los posibles abusos cometidos por quien se halla en una posición de mayor poder (el empresario o empresaria). Por ello, se deben sancionar, obligando a la transformación de la relación laboral de temporal a indefinida, las extensiones contrarias a derecho de los contratos de trabajo en el sector privado.

Sin embargo, en el ámbito de las Administraciones públicas, los intereses que deben tenerse en cuenta no son exclusivamente los indicados, esto es, los del personal empleado público y los de la Administración como empleadora, sino también el interés general, cuya protección y consecución tienen precisamente encomendadas estas instituciones de conformidad con lo dispuesto en el art. 103 CE. Así lo han indicado, por ejemplo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el FJ 3º de su Sentencia de 20 de enero de 1998 (rec. 317/1997) o el propio Tribunal Constitucional en su auto núm. 124/2009.

Asimismo, el TC, en el antecitado auto núm. 124/2009 se refería también a otro elemento que diferencia la relación de empleo en el sector privado y en el sector público y que supone una cuestión fundamental a tener en cuenta a la hora de decidir las soluciones por las que queremos optar. Se trata de la posibilidad de que exista un común interés entre las autoridades, el personal fijo y el personal temporal de algunas Administraciones de prolongar los contratos y nombramientos temporales de manera irregular con el objetivo de que se terminen por transformar estas relaciones de trabajo en fijas. Esto es algo que no se da en el sector privado, en el que las motivaciones que pueden tener los y las empleadoras para prorrogar los contratos temporales irregularmente obedecen a una lógica de ahorro de costes, sin pretenderse llegar a la situación en la que se vean obligados, como consecuencia de una resolución judicial, a convertir estos contratos en indefinidos. En el caso de la Administración, la conversión automática de una relación de trabajo temporal en fija no supone necesariamente una penalización para las personas responsables de haber cometido dicha irregularidad, sino más bien todo lo contrario, estaríamos premiando precisamente esa voluntad de vulnerar los procedimientos reglados de acceso al empleo público.

Además de lo anterior, uno de los principales problemas que se suele señalar cuando se sugiere esta conversión automática a una situación de fijeza es que estaríamos vulnerando los principios de igualdad, mérito y capacidad⁴¹ al atribuir la condición de personal funcionario de carrera o laboral fijo a personas que han accedido al empleo público sin superar aquellas pruebas, en teoría caracterizadas por un mayor nivel de rigurosidad, que han debido superar quienes han accedido a puestos de naturaleza indefinida por la vía legalmente establecida de la oposición o del concurso-oposición para el personal funcionario, pudiendo también optarse por el sistema de concurso para el personal laboral (art. 61 RDLeg 5/2015).

⁴¹ MONEREO PÉREZ, José Luís, Prólogo, En: BAQUERO AGUILAR, Jorge, *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Murcia, Laborum, 2022, p. XX.

Aunque coincidimos en parte con esta argumentación, consideramos que adolece de un punto de hipocresía que debe de ser señalado. Nuestros sistemas de selección del personal empleado público, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, han sido configurados como uno de los mecanismos que pretenden garantizar la independencia e imparcialidad del personal empleado público en un sistema administrativo como es el español en el que la Administración está dotada de una serie de privilegios y prerrogativas especiales. Sin embargo, resulta cuanto menos llamativo que, al tiempo que existe un consenso cada vez mayor relativo a la falta de eficacia de nuestros sistemas de selección de personal empleado público y a sus deficiencias a la hora de seleccionar al personal más capacitado, se critique también que la transformación automática del personal temporal en personal laboral fijo o funcionario de carrera es contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben de regir los procesos de selección del personal empleado público. Realmente debemos plantearnos si una persona que ha ocupado un puesto de trabajo de determinada naturaleza durante tres, cuatro, cinco años o muchos más en algunos casos, realmente no está capacitada para desarrollar dichas funciones.

No quiere decir lo anterior que abogemos por la incorporación automática del personal funcionario interino y laboral temporal cuyos nombramientos o contratos se hayan prolongado irregularmente en el tiempo, fundamentalmente por las razones que expondremos a continuación. Ahora bien, como mínimo, debería realizarse una reflexión acerca de si este rechazo frontal al acceso directo, sobre todo del personal que lleva ya muchos años desempeñando su puesto de trabajo, es verdaderamente proporcionado.

En todo caso, entendemos que la conversión del personal temporal en fijo no se trata tanto de un problema referente al incumplimiento de los principios que deben regir el acceso al empleo público, como un problema de incentivos y (ausencia de) sanciones. Volviendo a las cuestiones que ya hemos tratado previamente en este apartado, en realidad, cuando obligamos a una Administración pública a que incorpore como fijo a personal con contratos o nombramientos de duración determinada tras una situación de abuso en la temporalidad, ¿verdaderamente estamos sancionando a esa Administración o la estamos premiando? Es sobre esta pregunta sobre la que realmente debe pivotar la decisión de considerar aceptable o no esa conversión. Puesto que entendemos que la respuesta a esta pregunta es negativa y que, de hecho, en no pocas ocasiones, estaremos premiando a las Administraciones, entendemos que esta no puede ser la solución dada frente a los elevados niveles de temporalidad en el empleo público.

La solución no debe abordarse tanto desde esa supuesta perspectiva punitivista, entre otras cosas por su clara ineffectividad, sino desde la introducción de soluciones que flexibilicen el sistema. Lo cierto es que las quiebras que se han producido en los sistemas de acceso al empleo público muestran una realidad que parece ser muy costosa de asumir, y es que nuestras Administraciones no tienen la capacidad de funcionar con sistemas selectivos tan rígidos como los que en teoría deben utilizar. Esta es la cuestión en la que nos centramos a continuación y que entendemos como elemento esencial para aportar soluciones reales a las deficiencias de nuestro sistema de empleo público.

4.2. La modificación y mejora de los sistemas de selección de personal empleado público

La DA 4ª de la Ley 20/2021 prevé, de manera muy genérica, la implantación de medidas para agilizar los procesos de selección, reconociéndose de forma indirecta la incidencia que la excesiva duración de estos tiene en los elevados niveles de temporalidad de los que adolece nuestro sistema de empleo público. A continuación abordamos las deficiencias de nuestros sistemas de acceso al empleo público y algunas posibles soluciones.

4.2.1. Las deficiencias en los sistemas de acceso

Desde hace ya años viene reclamándose por parte de la doctrina la necesaria transformación de los sistemas de selección del personal de las Administraciones que a día de hoy todavía se siguen empleando en España⁴². Como ya hemos indicado en otros trabajos, la forma en la que seleccionamos al personal empleado público en España no respeta los principios de igualdad, mérito y capacidad por diferentes razones⁴³.

En primer lugar, el hecho de que nos limitemos en muchas ocasiones a evaluar la capacidad memorística de las personas candidatas, en particular, cuando nos referimos al acceso a los puestos de más elevado nivel, implica que son muchas las habilidades que no son evaluadas y que son necesarias para el desempeño de puestos de trabajo en las Administraciones públicas. No queremos con ello decir que no sea necesario comprobar que las y los candidatos tienen una base de conocimientos teóricos suficiente, sino que centrarnos exclusivamente en este aspecto es insuficiente. Es más, muchos de los actuales sistemas de oposición, en los que las personas candidatas se limitan a recitar o redactar un tema, ni siquiera son útiles para acreditar una verdadera comprensión de los contenidos. Pero más allá de esto, como ya hemos indicado, hay muchas otras habilidades, como la capacidad analítica, de resolución de problemas, de planificar, gestionar o para trabajar en grupo que no se evalúan y que son necesarias para garantizar que el personal que presta servicios en nuestras Administraciones es verdaderamente el más capacitado.

Además, la normalización de unos sistemas de acceso cuya preparación lleva varios años tiene importantes y muy negativas implicaciones para la salud mental de una parte significativa de quienes opositan derivadas del estudio en solitario durante varios años como principal o única actividad. También debemos destacar que, al dedicar tanto tiempo a la preparación para el acceso al empleo público, la sociedad está desperdiciando

⁴² Ver, por ejemplo, el Informe del grupo de trabajo de estudio y propuesta de medidas para la innovación en los procesos de selección de personal al servicio de la Administración de la Generalitat. Disponible el 11 de diciembre de 2024 en: <https://hisenda.gva.es/documents/90598607/168117781/Informe+GT+Selecci%C3%B3n.pdf/5f1a5f2d-17e9-4460-8911-40faea467dc6>

⁴³ BOIX PALOP, Andrés y SORIANO ARNANZ, Alba, El acceso al empleo público en España. Estudio comparado y propuestas de mejora, València, PUV, 2020; BOIX PALOP, Andrés y SORIANO ARNANZ, Alba. Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 20, 2021, pp. 52-73.

do importantes recursos, pues estas personas se encuentran en algunos de los años más productivos de su vida y, sin embargo, estamos retrasando su acceso al mercado laboral.

Tampoco podemos olvidar los efectos discriminatorios que se derivan de estos sistemas, ya que el hecho de que una persona no acceda al mercado de trabajo durante varios años por prepararse una oposición genera un importante coste para su núcleo familiar. Estos costes no pueden ser asumidos sobre todo por las poblaciones en situaciones socioeconómicas más debilitadas, generándose un importante sesgo y distorsión en los grupos sociales que acceden sobre todo a los puestos de más elevado nivel dentro de las Administraciones.

Otro problema que debemos destacar en esta sección, aunque se encuentra directamente vinculado con los procesos de estabilización, es la necesidad y dificultad de rejuvenecer las plantillas de las Administraciones españolas cuando se vienen articulando en los últimos años, de manera casi sistemática, sistemas de acceso que priorizan la experiencia laboral. Si no resolvemos el problema de la elevada temporalidad en el empleo público y nos seguimos viendo en la necesidad de seguir recurriendo a los procesos de estabilización va a resultar necesario ir conjugando estos con otros procesos que se desarrollen paralelamente y que permitan el acceso al empleo público exclusivamente empleando el sistema de oposición. En este sentido, cabe valorar positivamente el precepto introducido en la LFPV que establece que al menos un 50% de las plazas convocadas en la oferta de empleo público deben ser reservadas para el acceso a través de sistema de oposición (art. 65.2).

Por último, como ya se ha indicado previamente, la rigidez de estos sistemas contrasta con la flexibilidad y permisividad existente hacia los abusos en el empleo temporal, derivando en la aparición de incentivos para que las Administraciones prefieran, en determinadas ocasiones, la comisión de irregularidades al cumplimiento de una norma que les genera mayores costes.

4.2.2. Algunas propuestas de reforma

Como ya se ha indicado previamente en este trabajo, una de las razones que deriva en los elevadísimos niveles de temporalidad que nos encontramos en nuestro sistema de empleo público es la rigidez y excesiva duración de los procesos de selección. Por una parte, recurrir a esos procesos de selección acuñados como “blandos” por Jiménez Asensio⁴⁴, cuyo objetivo principal es en realidad la estabilización de personas y no de plazas⁴⁵, como debería ser, no parece el mecanismo más adecuado para asegurar que las Administraciones públicas cuentan con el personal más capacitado y mejor preparado. Pero, por otra parte, los sistemas de selección que históricamente han venido empleándose en España tampoco han sido los más idóneos, como ya ha quedado reflejado previamente.

⁴⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “«Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Especial 2/2018, p. 11.

⁴⁵ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “Los procesos de estabilización en la Administración local”, *Anuario de Derecho Municipal 2021, 2022*, p. 149.

Partiendo de esta realidad necesitamos articular sistemas que sean ágiles, pero que también permitan evaluar aquellas habilidades y conocimientos necesarios para garantizar el correcto funcionamiento de las Administraciones públicas. Además, debemos ser realistas y conscientes de que los elevados niveles de temporalidad que nos encontramos en el empleo público no van a desaparecer repentinamente.

A) Un doble sistema de acceso

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario, en primer lugar, establecer un doble sistema de acceso al empleo público que, por una parte, se centre en estabilizar aquellas plazas que lleven ocupadas de manera temporal durante un largo periodo y que, por otra parte, garantice la posibilidad de acceder directamente a las personas jóvenes que recientemente hayan terminado sus estudios universitarios. Estos procesos deberían realizarse anualmente en todas las Administraciones públicas, previéndose además la posibilidad de centralizar a nivel provincial o autonómico, la realización de los procedimientos de selección locales, garantizando de esta forma que también los municipios de menor tamaño disponen de recursos suficientes para poder seguir los plazos marcados. Así, una de las soluciones que se han planteado y que, de hecho, incorpora la LFPV, es la creación de un órgano específico encargado de gestionar los procesos de selección del personal empleado público (art. 61.2.d). Las propuestas que se realizan a continuación se centran, sobre todo, en los cuerpos de Administración general, pero con los correspondientes ajustes podrían ser perfectamente trasladados a otros cuerpos.

Con respecto a los procesos de estabilización, debemos concretar, en este sentido, qué entendemos por una interinidad de larga duración. Si acudimos a la jurisprudencia, el criterio empleado es el de los cinco años⁴⁶, sin embargo, coincidimos con Melchor Llopis en que los plazos que se deberían tener en cuenta para ofertar las plazas deberían ser los máximos para cada supuesto de interinidad⁴⁷, estableciéndose, asimismo, un plazo de tres años, a partir de los cuales debería ofertarse la plaza, para los supuestos de sustitución para los que el TREBEP no fija una duración, sino que se refiere únicamente a que tengan lugar “durante el tiempo estrictamente necesario”⁴⁸.

B) Las clases de pruebas a desarrollar

Antes de comenzar a abordar específicamente la propuesta acerca de cómo deberían desarrollarse las pruebas de acceso, resulta esencial incidir en el hecho de que nuestro

⁴⁶ SSTC 203/2000, de 24 de julio y 240/1999, de 20 de diciembre, entre otras.

⁴⁷ MELCHOR LLOPIS, Lorena, La falacia del tercer procedimiento de estabilización del empleo público temporal, *Op. cit.*, p. 78.

⁴⁸ También en este sentido, BOLTAINA BOSCH, Xavier, Personal temporal en la Administración pública: soluciones de presente y opciones de futuro, *Op. cit.*, p. 72.

marco legislativo en materia de empleo público no exige, en ningún momento, que el acceso por oposición requiera la realización de pruebas que impliquen la memorización y reproducción de normativa o temas puramente teóricos. En este sentido, abogamos por la eliminación de todas aquellas pruebas de estas características pues es perfectamente posible evaluar los conocimientos de las personas candidatas en un proceso selectivo sin necesidad de recurrir a sistemas de “cante” o de reproducción escrita de los temas.

Comenzamos describiendo cómo deberían de articularse los sistemas de selección que se lleven a cabo exclusivamente mediante el sistema de oposición. Para ello estimamos conveniente recomendar la adopción de un sistema de selección similar al que se viene empleando por la Generalitat Valenciana (en adelante, GVA) en las convocatorias de los años 2022, 2023 y 2024, aunque posiblemente con algunas modificaciones que supongan su mejora. Estos procesos selectivos se desarrollan en tres fases. En la primera fase lo ideal es realizar una prueba tipo test de carácter teórico práctico (la primera fase se divide en dos pruebas en el ámbito de la GVA, pero no es necesario que sea así); la segunda fase consiste en un periodo de prácticas (en el caso de la GVA duran unos cuatro meses) y en la tercera se realizan pruebas cuyo objetivo es evaluar habilidades como el “pensamiento crítico, análisis y resolución creativa de problemas”, la “gestión de la información (alfabetización digital y en materia de datos)”, el “trabajo en equipo” y el “aprendizaje como capacidad”⁴⁹.

Como apunte a realizar con respecto a la primera prueba, creemos conveniente abandonar el clásico modelo excesivamente teórico en el que, por miedo a posibles impugnaciones, los tribunales se limitan a copiar preceptos de diferentes normas, modificando, añadiendo o eliminando algunas palabras o frases, debiendo las personas candidatas señalar cuál es la respuesta correcta. Recurrir a esta forma de evaluar a las y los candidatos nos lleva nuevamente a un sistema fundamentalmente centrado en comprobar la capacidad memorística de las personas aspirantes a prestar servicios en las Administraciones. Una aproximación desde una perspectiva más práctica, como se realiza, por ejemplo, en el examen estatal de acceso a la Abogacía, es más útil para evaluar si existe una verdadera comprensión de los contenidos estudiados.

Por otra parte, la fase de prácticas debe aplicarse con cautela, ya que puede dificultar el acceso de personas que vengan del sector privado y que deban abandonar su puesto de trabajo para poder realizar esta segunda parte del proceso de selección. Aunque consideramos que el periodo de prácticas puede ser muy beneficioso, también entendemos que deberían articularse las adaptaciones necesarias para garantizar que no se introducen elementos discriminatorios para diferentes tipos de potenciales aspirantes.

En relación con la tercera fase, y creemos que es especialmente importante recalcar esto, resulta necesario formar en el buen trato hacia la ciudadanía a todas las personas aspirantes a una plaza en las Administraciones públicas. Especialmente a medida que

⁴⁹ Ver, por ejemplo, la Orden 11/2022, de 27 de octubre, de la Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública, por la que se convocan pruebas selectivas de acceso al cuerpo superior técnico de administración general de la Administración de la Generalitat, A1-01, sector administración general, convocatoria 3/22, turno libre general, personas con diversidad funcional y enfermedad mental, por el sistema de oposición, correspondientes a la oferta de empleo público de 2022 para personal de la Administración de la Generalitat.

se va profundizando en el proceso de digitalización de las Administraciones, es esencial asegurar una atención y asistencia presencial de calidad para cualquier ciudadano o ciudadana que pueda necesitar ayuda para realizar trámites administrativos. Este es un aspecto que entendemos debería evaluarse y en el que debería formarse a todo el personal de las Administraciones.

Este sistema, parcialmente inspirado en el sistema MIR o en el modelo alemán del *Staatsexamen*, debería además ser diseñado de manera que su superación fuese posible únicamente tras un año de preparación, debiendo abandonarse los sistemas de selección que requieren varios años de estudio para su superación, por una parte, por los efectos discriminatorios que estos generan y, por otra, por la ineffectividad de este tipo de pruebas para seleccionar a las y los mejores candidatos. Asimismo, deberían generalizarse los sistemas de becas y ayudas a la preparación de oposiciones, debiendo además perseguirse de manera mucho más efectiva esa práctica, por desgracia más que habitual, de que muchos y muchas preparadoras de oposiciones no declaren dichos ingresos, pues esto redundaría en una mayor dificultad para acceder a las ayudas al no poder acreditarse la asistencia a un centro de preparación para el acceso al empleo público.

Los sistemas de estabilización podrían articularse de forma que únicamente se realizase la última fase. Es decir, considerando que una persona que ya lleva un tiempo considerable trabajando para la Administración tiene conocimientos y experiencia suficientes y que únicamente debe acreditar que es capaz de desempeñar su trabajo correctamente. Por supuesto, es de gran importancia evitar que esas últimas pruebas se realicen con efectos meramente estéticos. Es esencial asegurar que verdaderamente se evalúan las capacidades de las personas aspirantes, por mucho que lleven ya tiempo desempeñando su carrera profesional en la Administración.

Tanto los procesos de acceso normal como los de estabilización deberían realizarse anualmente para los cuerpos de Administración general y para aquellos otros ámbitos donde más personal se necesita. Los procesos de estabilización deberían ser una medida en todo caso de transición hasta conseguir reducir las elevadas tasas de temporalidad.

Además de lo anterior, para evitar efectos discriminatorios, también deberían establecerse sistemas de acceso a través de programas de prácticas y preparación dirigidos a personas procedentes de entornos socioeconómicos más vulnerables. En línea con lo indicado más arriba, consideramos que eliminar la privatización de la preparación de oposiciones es de gran importancia para solucionar muchos de los problemas a los que nos hemos referidos y que ese proceso de eliminación de la preparación privada debería partir de centrar los esfuerzos sobre todo en la inclusión de los grupos que han sido tradicionalmente discriminados por nuestros sistemas de acceso al empleo público.

5. Conclusiones

Son muchos los ámbitos en los que nuestro sistema de empleo público tiene margen de mejora y que pueden contribuir a reducir la temporalidad y a mejorar el funcionamiento

de nuestras Administraciones. Las medidas introducidas por la Ley 20/2021 han demostrado su insuficiencia, tal como han indicado tanto la Comisión Europea como el TJUE. Por ello, entre otras cuestiones deberíamos replantearnos la posibilidad de introducir mecanismos más efectivos de reconocimiento de la responsabilidad de las autoridades que permitan la prolongación irregular de contratos y nombramientos temporales.

Además de lo anterior, entendemos que la solución no pasa por convertir en personal fijo al temporal por los incentivos perversos que generaría para las Administraciones. Sin embargo, un ámbito en el que la introducción de modificaciones contribuiría no solo a reducir los niveles de temporalidad, sino a mejorar globalmente el funcionamiento de las Administraciones públicas, es en los sistemas de selección. Es decir, sin realizar esa conversión directa, sí que deberíamos flexibilizar los sistemas de acceso para facilitar la incorporación de personal nuevo, pero también del personal en situación de temporalidad de larga duración.

Disponemos ya de algunos ejemplos prácticos en los que se está innovando y, poco a poco, sustituyendo los procesos arcaicos que todavía se emplean para seleccionar a buena parte del personal empleado público. Las propuestas realizadas deberían agilizar y flexibilizar la gestión de la selección de personal. Estas transformaciones son, por tanto, necesarias a todos los niveles y para toda clase de cuerpos si queremos reducir la temporalidad, pero también eliminar muchos de los problemas de los que adolecen nuestros actuales sistemas de selección de personal empleado público.

Bibliografía

- BAQUERO AGUILAR, Jorge, *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Murcia, Laborum, 2022.
- BOIX PALOP, Andrés y SORIANO ARNANZ, Alba, El acceso al empleo público en España. Estudio comparado y propuestas de mejora, València, PUV, 2020; BOIX PALOP, Andrés y SORIANO ARNANZ, Alba. Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 20, 2021, pp. 52-73.
- BOLTAINE BOSCH, Xavier, Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro. *Documentación Administrativa*. Núm. 8, 2021, pp. 66-91
- BRUFAO CURIEL, Pedro, Funcionarios interinos y empleo público: análisis general de su controvertido régimen jurídico. *Revista Vasca de Administración Pública*. Núm. 120, 2021, pp. 19-60.
- CAMPOS DAROCA, Jose María, Integración del personal temporal en la función pública de carrera, En: CAMPOS DAROCA, Jose María y ZAFRA MATA, Diego, *Consolidación y estabilización del empleo público temporal: Ley 20/21 de medidas*

- urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, Madrid, Wolters Kluwer, 2022, pp. 21-51.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Núm. 12, 2017, pp. 8-29.
- *Temporalidad y estabilización en el Empleo Público: Ley 20/2021, de 28 diciembre, de Medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en la Administración*. Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022
- Los procesos de estabilización en la Administración local, *Anuario de Derecho Municipal 2021*, 2022, pp. 141-182.
- COMISIÓN EUROPEA, Paquete de procedimientos de infracción de octubre: principales decisiones. Disponible el 18 de noviembre de 2024 en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_24_4561
- *Informe del grupo de trabajo de estudio y propuesta de medidas para la innovación en los procesos de selección de personal al servicio de la Administración de la Generalitat*. Disponible el 11 de diciembre de 2024 en: <https://hisenda.gva.es/documents/90598607/168117781/Informe+GT+Selecci%C3%B3n.pdf/5f1a5f2d-17e9-4460-8911-40faea467dc6>
- *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del estatuto básico del empleado público*. Disponible el 25 de octubre de 2024 en: https://www.uhu.es/ccoo/comunicados/2005_04_25_informe_comision.pdf
- DE LUXÁN MELÉNDEZ, José María, La estacionalidad en el empleo público desde una perspectiva de género. un análisis de la estadística de afiliación de la seguridad social: 2014-2019. *IgualdadES*. Núm. 3, 2020, pp. 473-517.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público. *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*. Vol. 3, núm. 2, 2024, pp. 9-123.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad, *Documentación Administrativa, Nueva Época*, núm. 7, 2020, pp. 88-103.
- La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización. *Revista de Administración Pública*. Núm. 212, pp. 201-230.
- GIFREU FONT, Judith, La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso? *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Núm. 18, 2022, pp. 77-99.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Núm. Especial 2/2018, pp. 8-29.

- MELCHOR LLOPIS, Lorena, La falacia del tercer procedimiento de estabilización del empleo público temporal. *Documentación Administrativa*. Núm. 12, 2024, pp. 71-86.
- MURCIA, Esperanza. Ya se conoce cuándo se eliminará la tasa de reposición: habrá más oportunidades para ser funcionario o empleado público. El Gobierno quiere eliminar la tasa de reposición, que limita las actuales Ofertas de Empleo Público, en los Presupuestos Generales de 2025. *HuffPost*, 1 de julio de 2024. Disponible el 3 de noviembre de 2024 en: <https://noticiastrabajo.huffingtonpost.es/>
- MONEREO PÉREZ, José Luís, Prólogo, En: BAQUERO AGUILAR, Jorge, *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Murcia, Laborum, 2022, pp. I-XXII.
- ROQUETA BUJ, Remedios y GOERLICH PESET, Jose María, *Interinos en el empleo público. Régimen jurídico y puntos críticos tras el Real Decreto-Ley 14/2021*, València, Tirant Lo Blanch, 2021.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, La consagración del funcionario interino indefinido. *Revista de Administración Pública*. núm. 208, 2019, pp. 223-238.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*. 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2024.

Resoluciones judiciales citadas

- ATC 124/2009 de 28 de abril. STC 240/1999, de 20 de diciembre
- STC 203/2000 de 24 de julio de 2000
- STS de 20 de enero de 1998 (Rº 317/1997, Sala de lo Social).
- STS de 2 de abril de 2018, Rº 27/2017, Sala de lo Social.
- STS de 12 de diciembre de 2019, Rº 3554/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
- SSTS de 16 de septiembre de 2018, Rº 1305/2017, Sala de lo Contencioso Administrativo.
- STS de 16 de septiembre de 2018, Rº 785/2017, Sala de lo Contencioso Administrativo.
- STS de 9 de mayo de 2023, Rº 5132/2019, Sala de lo Contencioso Administrativo.
- STS de 17 de abril de 2024, Rº 853/2021, Sala de lo Social.
- STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de diciembre de 2023, (Rº 408/2023).
- STJUE de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/05, Del Cerro Alonso).
- STJUE de 22 de diciembre de 2010 (asuntos C-444/09, Gavieiro Gavieiro y C-456/09, Iglesias Torres).
- STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15 y C-197/15).
- Auto del TJUE de 9 de febrero de 2017 (asunto C-443/16, Rodrigo Sanz).
- STJUE de 7 de marzo de 2018 (asunto C-494/16, Santoro).
- STJUE de 22 de febrero de 2024 del TJUE (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22).
- STJUE de 13 de junio 2024 (asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22).

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

NORES TORRES, LUIS ENRIQUE. *Configuración y reforma del proceso laboral. Una justicia laboral para el siglo XXI*. Tirant lo Blanch, (Valencia), 2024.

Doi: 10.20318/labos.2024.9128

En un mundo de cambios acelerados hay que detenerse de cuando en cuando para reflexionar con tranquilidad sobre las instituciones que constituyen el objeto de nuestra atención como juristas. La afirmación vale para lo que está ocurriendo «fuera», en el sistema social y económico que interactúa con las normas laborales; pero también para lo que está pasando «dentro», esto es, en el ámbito de las personas que nos dedicamos a ello.

Lo que nos rodea no es proclive a una contemplación pausada. Las novedades normativas se suceden, a veces sin orden ni concierto; y lo mismo ocurre con el contexto, en el que aparecen permanentemente nuevos focos de atención. La velocidad del entorno impone el recurso a medios que permitan un rápido acceso a lo que está pasando. No es por ello de extrañar que se esté reconociendo cada día más el papel de las aportaciones en redes, las entradas de los blogs y otros mecanismos que contribuyen decisivamente en este terreno. Ahora bien, sin desconocer la importancia que pueden tener, parece claro que el derecho es algo más que la descripción de novedades normativas y jurisprudenciales. Es esencial mantenerse al día; pero en este tipo de conocimiento la inteligencia artificial nos llevará en poco tiempo una ventaja sustancial como puede intuir fácilmente cualquiera que haya utilizado Chat GPT. Nuestra aportación como juristas requiere algo más que la descripción de los cambios: no solamente debemos saber qué está pasando, también hemos de conocer por

qué están ocurriendo, cuáles son los efectos previsibles que pueden desplegar en el futuro y proceder a la valoración crítica de todo ello.

Esto es particularmente necesario para quienes nos dedicamos a la reflexión teórica. Solo si nos movemos en esa línea, encontraremos el sentido de eso que llamamos ciencia del Derecho, por lo demás tan diferente de las demás ciencias, incluso de las otras de carácter social. Lo malo es que los cambios en el modelo de progresión en el marco de la academia han hecho que este tipo de análisis vaya escaseando. Ahora se deposita toda la confianza en la «caja negra» de las agencias de evaluación que parecen concentrarse en el cómputo de ítems (¿cuántas publicaciones?, ¿cuántas páginas?, ¿cuántos autores?). Como consecuencia de ello, el sistema de concursos, en los que, por lo demás, ha desaparecido la competencia, se ha ido aligerando. De este modo, en el *cursus honorum* académico ya no se exige que se dedique un tiempo, como se hacía antaño, a reconstruir el objeto de nuestro estudio, previa lectura de quienes nos habían precedido en esta tarea.

A pesar de lo indicado, y por fortuna, hay quien sigue optando por hacerlo en los momentos de promoción en su carrera. Luis Enrique Nores pertenece a este grupo: *Configuración y reforma del proceso laboral*, el libro que me propongo presentar a continuación, tiene su origen, en gran medida, en los ejercicios que presentó al concurso a catedrático que tuvo lugar en el otoño pasado.

* * * * *

No es habitual elegir el proceso laboral como objeto de la memoria, proyecto docente o la denominación que ahora tenga el correspondiente ejercicio de este tipo

de concursos. Normalmente se ofrece una visión general del derecho sustantivo que acaso contenga alguna referencia a los aspectos procesales. A pesar de ello, la opción tiene todo el sentido e, incluso, me atrevo a calificarla de acierto. El autor ha dedicado un notable esfuerzo al derecho procesal del trabajo, en las distintas facetas de su actividad académica: por supuesto, en el terreno docente —en el que, además de liderar un manual, ha organizado una metodología docente innovadora, sin incurrir en las superficialidades o extravagancias que vemos a nuestro alrededor—; pero también en el terreno investigador y de la llamada transferencia, a través de su extensa experiencia como magistrado suplente.

Más allá de estas consideraciones subjetivas, es claro que la disciplina del proceso es una realidad inseparable de la ordenación sustantiva de las relaciones laborales y de protección social. Ello ha sido así históricamente: la primera legislación procesal laboral, la Ley de Tribunales Industriales, que se remonta a mayo de 1908, se aprueba cuando apenas existen normas legales que aplicar. Desde entonces, disciplina sustantiva y adjetiva han evolucionado juntas, afrontando de consuno las diferentes realidades políticas, económicas y sociales por las que ha atravesado el entorno de las relaciones laborales; y haciéndolo sobre la base de principios que, como ha señalado la jurisprudencia constitucional desde 1983, las atraviesan de forma transversal. La imposibilidad de separar los aspectos sustantivos y adjetivos obliga, en definitiva, a mantener abierta también la reflexión sobre estos últimos. En pocas palabras, la misma atención requieren los desafíos que el siglo XXI abre a la ordenación del contrato de trabajo o de la protección social que los que enfrentan las instituciones que garantizan su eficacia. Sin embargo, existe un desequilibrio entre

la que dedicamos a aquellos y a estas. El libro que se presenta contribuye decisivamente a solventar esta situación, por lo que a los aspectos jurisdiccionales se refiere. Su subtítulo, *Una justicia laboral para el siglo XXI*, es un claro indicio de ello.

* * * * *

Por lo que se refiere a su contenido, el libro tiene dos partes bien diferenciadas. La puntillosa estructuración, característica del estilo del autor, nos indica que la primera se destina a analizar el “Origen y evolución del derecho procesal laboral”; la segunda, a considerar “Algunos retos de futuro y líneas de reforma en el derecho procesal laboral”. Por supuesto, estos títulos son muy ilustrativos de lo que el lector encontrará dentro de cada una de las partes; pero, desde mi punto de vista, la separación tiene una virtualidad adicional, relacionada con el posible sentido que el posible lector les encontrará.

La primera parte es, en este sentido, conceptual. Se nos habla de modelos de derecho comparado (cap. I.3), de la aparición histórica del proceso laboral y de su evolución normativa (cap. II) y, finalmente, de su propia noción, que se reconstruye a través de sus principios (cap. III). En esta primera parte, Luis Enrique Nores recoge el testigo de las personas que, a diferencia de la mayor parte de quienes nos dedicamos a esto, que hemos situado los temas procesales en segunda fila, han ido dedicando su atención a ellos a lo largo de los últimos ciento y pico años, contribuyendo a la forja del derecho procesal laboral. La minuciosidad con la que se manejan las fuentes normativas, jurisprudenciales o doctrinales, el estricto orden de la exposición y la cuidada y concisa redacción hacen, a mi juicio, que las aproximada-

mente 140 páginas que se integran en esta parte constituyan una obra de referencia para quienes quieran aproximarse, desde el rigor, al proceso laboral; y ello con independencia de que lo hagan desde el estudio teórico o se centren en su aplicación práctica. Es más, me atrevo a decir que deberían ser lectura obligatoria para quienes están en las primeras fases de su trayectoria académica, puesto que, de forma sintética pero más que suficiente, ofrecen un panorama de conjunto de las especialidades del proceso laboral y de los fundamentos históricos y normativos que las explican.

El hecho de que haya destacado el carácter de “obra de referencia” de la primera parte, no priva a la segunda del mismo carácter. Creo, sin embargo, que debo considerarla por separado en la medida en que admite otras formas de lectura. Por supuesto, el lector puede alcanzar la página 141 y continuar leyendo los sucesivos temas que el autor ha elegido para situar la justicia laboral en el siglo XXI: el impacto procesal de la internacionalización de las relaciones laborales (cap. II), las cuestiones relacionadas con las móviles fronteras de la competencia del orden social (cap. III), el papel de los medios extrajudiciales de solución de conflictos (cap. IV), las posibles reformas del proceso laboral (cap. V) y, cómo no, el impacto de la digitalización (cap. VI). Pero, a diferencia de la primera parte —que integra un todo—, esta segunda parte puede ser también abordada como una obra de consulta. La detallada estructuración de los capítulos permite, con facilidad, identificar sobre el índice el lugar en el que se tratan los aspectos problemáticos.

Por supuesto, a poco que uno esté interesado en el proceso social, la primera opción es la más recomendable. A la finalización de la lectura de los diferentes capítulos, se alcanza un conocimiento de

los problemas y desafíos a los que se enfrenta el proceso laboral en la actualidad y en el futuro inmediato. Este conocimiento es, por cierto, completo; y ello en un doble sentido. De un lado, a pesar de que el título de esta segunda parte parece dar a entender que solo “algunos” de aquellos son analizados, lo cierto es que no es fácil saber qué otras cuestiones podrían haberse afrontado: seguramente existen —Luis Enrique Nores no da puntadas sin hilo—; pero es muy probable que tengan escasa importancia. De otro, cada uno de los temas es objeto de un tratamiento que es, a su vez, completo: aparte el rigor en el tratamiento de las fuentes que ya he encomiado, se desarrolla un análisis crítico que detecta las insuficiencias de reglas e instituciones y formula propuestas para superarlas. Se podrá estar o no de acuerdo; pero, en cualquier caso, se contribuye de forma decisiva a los diferentes debates que habrán de desarrollarse en las próximas décadas.

* * * * *

Mi recomendación es, pues, hacerse con el libro y leerlo desde el principio hasta el final; y luego dejarlo a mano, para poder volver sobre él cuando sea necesario. Quiero pensar que esta recomendación surge de mi cabeza y no me nace del corazón. Soy consciente de que puedo ser tachado de hortera por escribir esta frase. Pero no puedo dejar de hacerlo.

Conozco a Quique Nores desde principios de la década de los 90, cuando se acercó por el departamento para que le asignáramos faena en su condición de becario de colaboración. Desde entonces hasta ahora, hemos trabajado juntos: tuve el honor de dirigir sus trabajos de doctorado y le he guiado después en su vida académica. Más allá de lo profesional, en estos casi trein-

ta años hemos compartido muchas cosas, hasta el punto de que muchos días pedaleamos juntos al terminar nuestra jornada. Venceré no obstante la tentación de enumerarlas: excedería el espacio que habitualmente corresponde a una reseña y, por lo demás, no creo que al posible lector le interese lo más mínimo.

Solo quiero dejar aquí testimonio de que las cosas son así, para salvar mi res-

ponsabilidad si alguien no encuentra en el libro lo que le he prometido. Creo, sin embargo, que esto no ocurrirá.

José María Goerlich Peset
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universitat de València
ORCID 0000-0002-2910-2153