

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

162/2022
Primer Trimestre

162



Andalucía

ORIGEN & DESTINO

Quinto Continente de la Primera Viaja al Mundo



Junta de Andalucía

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

162

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 162/2022

Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Los contornos de la discriminación	11
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	
Gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa de las sociedades anónimas cotizadas	19
BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA	
Un análisis “DAFO” de la ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades.....	55
XAVIER BOLTAINA I BOSCH	
La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: ¿medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación?	101
DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS	
La sucesión de empresas en las contratas y subcontratas: una propuesta de reforma normativa	141
SERGIO YAGÜE BLANCO	
El teletrabajo en la Administración Pública. Un análisis crítico de la regulación en la Administración General del Estado.....	183
RAFAEL MOLL NOGUERA	

2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Burgos

¿Puede un futbolista ser indemnizado por término de su contrato con su club? 207

RODRIGO MIGUEL BARRIO

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Oviedo

La representación del personal en los centros de trabajo virtualizados 239

COVADONGA FERNÁNDEZ VILLAR

DERECHO DE HUELGA

Universidad de Cádiz

Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio. El derecho de huelga: derecho subjetivo fundamental y algunos de sus límites 255

ALBERTO AYALA SÁNCHEZ

DERECHO PROCESAL

Universidad de Valencia

Los plazos de caducidad a ojos del derecho a la desconexión digital en el trabajo 281

FRANCISCO TRUJILLO PONS

3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 291

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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

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

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

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



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

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

5. TEXTO

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

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

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

6. NOTAS

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

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

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

Ejemplos:

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

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

7. EXTENSIÓN

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

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos e internacionalmente como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

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

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

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

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

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

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 162/2022**

First Trimester

INDEX

1. STUDIES

The contours of discrimination	11
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	
Corporate governance and corporate social responsibility of listed corporations.....	19
BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA	
A “SWOT” analysis of Law 20/2021 of December 28 on urgent measures for the reduction of temporality in public employment: weaknesses, threats, strengths and opportunities	55
XAVIER BOLTAINA i BOSCH	
The nature of measures for the regular employment of persons with disabilities: positive action measures or measures to combat discrimination?.....	101
DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS	
The succession of companies in contracts and subcontractors: a proposal for regulatory reform.....	141
SERGIO YAGÜE BLANCO	
Teleworking in the Public Administration. A critical analysis of regulation in the General State Administration	183
RAFAEL MOLL NOGUERA	

1. STUDIES

TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

University of Burgos

Can a footballer be compensated for the term of his contract with his club?..... 207

RODRIGO MIGUEL BARRIO

COLLECTIVE LABOUR LAW

University of Oviedo

Staff representation in virtualized workplaces..... 239

COVADONGA FERNÁNDEZ VILLAR

RIGHT TO STRIKE

University of Cadiz

Comment on STC 130/2021, of 21 June. The right to strike: fundamental subjective right and some of its limits 255

ALBERTO AYALA SÁNCHEZ

PROCEDURAL LAW

University of Valencia

Expiry periods in the eyes of the right to digital disconnection at work 281

FRANCISCO TRUJILLO PONS

3. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 291

LOS CONTORNOS DE LA DISCRIMINACIÓN

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

Consejero Permanente de Estado

EXTRACTO

Palabras clave: Discriminación, igualdad ante la ley, nuevos factores de diferenciación, empleo

El estudio reflexiona sobre la evolución experimentada por el concepto de discriminación y su específica técnica de tutela, que ha ido ampliando de forma paulatina su ámbito objetivo de actuación con el refrendo de los principales Tribunales nacionales e internacionales. Expansión que requiere al mismo tiempo salvaguardar su verdadera esencia, sobre todo cuando lo que procede para resolver un conflicto es el reconocimiento de nuevos derechos a fin de no contaminar su noción.

Se repasa una evolución que partiendo de una dimensión fundamentalmente individualista y de necesaria comparación de situaciones, ha transitado hacia análisis verdaderamente objetivos, destinados a grupos y colectividades, en los que se amplía el mecanismo reparador (acciones de discriminación positiva), el diagnóstico de situación (discriminación indirecta) y los factores prohibidos, como la edad, discapacidad y la libertad religiosa, en cuanto que directamente relacionados con el empleo.

ABSTRACT

Key words: Discrimination, equality before the law, new differentiating factors, employment

The study reflects on the evolution experienced by the concept of discrimination and its specific technique of protection, which has gradually expanded its objective scope of action with the endorsement of the main national and international Courts. Expansion that requires at the same time to safeguard its true essence, especially when what is appropriate to resolve a conflict is the recognition of new rights so as not to contaminate its notion.

It reviews an evolution that, starting from a fundamentally individualistic dimension and of necessary comparison of situations, has moved towards truly objective analyses, aimed at groups and collectivities, in which the reparative mechanism (positive discrimination actions), the diagnosis of the situation (indirect discrimination) and the prohibited factors, such as age, disability and religious freedom, are expanded, as directly related to employment.

La discriminación es un tema muy actual y muy oportuno su estudio ya que la pandemia ha puesto en primer término el problema de las desigualdades no solo en el campo del trabajo y del empleo. Las condiciones de trabajo y los derechos laborales se han visto afectados por la pandemia, pero también porque ella ha facilitado el desarrollo de nuevas realidades económicas, tecnológicas y sociales, que van a tener un considerable impacto en la discriminación también en el campo del empleo desde el que sobre todo voy a tratar de enfocar el tema.

Afrontar las nuevas discriminaciones y su tratamiento jurídico obliga a replantear el concepto jurídico de discriminación, un término de uso corriente que se usa extensivamente para referirse a situaciones que no tiene nada que ver con ella, pues el empleo usual y extensivo del término con frecuencia se refiere a situaciones que no pueden calificarse jurídicamente como discriminatorias.

Existe un concepto vulgar de discriminación que no coincide con el concepto jurídico de discriminación. En el concepto vulgar, la discriminación alude a diferencias intencionadas y a comparaciones, mientras que en el concepto jurídico, como vamos a ver, puede ser inintencional, indirecto o no comparativo, poniendo el foco en el efecto en la víctima. Una premisa para acercarnos a la discriminación es reconocer la distinción y la disfunción entre los modelos legales y vulgares de discriminación. El desconocimiento de esos planos es responsable de muchas controversias y paradojas que existen en torno a la discriminación en el plano político, doctrinal o ideológico. Por eso, como juristas, tenemos la función y la responsabilidad de delimitar el concepto de discriminación, teniendo en cuenta que ese concepto ha ido cambiando con el tiempo, y en función también de la perspectiva o el factor discriminatorio objeto de consideración.

El concepto de discriminación y, en particular, el de la discriminación en el empleo, ha sufrido cambios importantes tanto en la propia noción como en la lista de “factores odiosos” inaceptables y considerados y tratados como discriminatorios. En esa evolución el viejo principio de no discriminación, considerado como mero apéndice del principio de igualdad, se ha convertido en un derecho fundamental consagrado a nivel constitucional y a nivel europeo. El Derecho de la Unión Europea ha sido un factor decisivo para clarificar y hacer evolucionar el concepto de discriminación y su alcance, especialmente en los lugares de trabajo, un terreno abonado decisivo para la evolución del derecho antidiscriminatorio.

El Derecho del Trabajo ha influido mucho en la configuración del concepto de discriminación porque ha sido en los lugares de trabajo donde los fenómenos discriminatorios se han detectado más fácilmente y donde ha tenido que delimitarse el supuesto calificable como discriminatorio. En el plano internacional la doctrina del Comité de Libertad Sindical interpretando los Convenios núm. 87 y 98 OIT ha reflejado una casuística variada sobre discriminaciones antisindicales, pero de esa casuística ha deducido conceptos y criterios para calificarlas. Respecto a otros motivos, el libro colectivo “Discrimination in employment”, coordinado por Folke Schmidt, en el que contribuyeron grandes laboristas de la época como Gino Giugni,

Lord Weddeburn, Spiro Simitis, y otros, ya ofreció un panorama de los posibles motivos de discriminación en el empleo en un listado que con el tiempo se ha visto ampliado.

La tutela discriminatoria originaria se centró inicialmente en diferencias por razones étnicas o por razones de género o por motivos religiosos, y en el ámbito laboral, además, por razones de pertenencia o acción sindical. Pero ya en estos motivos se entrecruzan y confluyen tres elementos que están en el trasfondo de la noción de discriminación.

El más claro, pero no el único, es el de la desigualdad de trato, aun no superado especialmente en temas de género, pero también, y ganando importancia, el del ejercicio de libertades, un caso típico es el de la discriminación antisindical cuya prohibición es presupuesto del ejercicio de esa libertad, pero hoy en día aparecen otras libertades que pueden ser violadas en los centros de trabajo, algunas de ellas planteando problemas específicos como el de la libertad religiosa.

Pero la discriminación no es solo igualdad y libertad. También y sobre todo tiene su base en la protección de la dignidad de la persona, porque esa dignidad es la que en última instancia fundamenta todo el derecho antidiscriminatorio. Cuando una persona de color se sentó por primera vez en un autobús en un sitio reservado para los blancos es posible que lo hiciera no tanto por gozar de esos asientos sino por considerar contrario a su dignidad personal ser excluida del uso de esos asientos, aunque ese sencillo acto haya tenido una trascendencia fundamental en la lucha contra la discriminación racial.

La discriminación aparece en las grandes declaraciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, aunque en el Convenio de Roma el art. 14 no lo consideraba autónomamente sino como apoyo de los derechos incluidos en el TEDH. Es en este contexto donde se inserta el importante art. 14 CE, colocado formalmente fuera del listado de los derechos fundamentales pero susceptibles de amparo constitucional, lo que va a ser relevante para su interpretación por la jurisprudencia constitucional.

La primera aplicación del art. 14 CE por nuestro Tribunal Constitucional fue en un caso de despido, que en la demanda fue calificado como discriminatorio al entenderse debido a motivos sindicales al haberse acordado por el empleador tras anunciar dos trabajadores su candidatura a las elecciones a representantes de personal por una lista sindical. El despido fue calificado por la jurisdicción laboral como simplemente nulo por razones formales, no considerando probado el motivo antisindical. En la demanda de amparo, invocando los arts. 14 y 28.1 CE y los Convenios al respecto de la OIT, solicitaron del Tribunal Constitucional la nulidad radical del despido por vulnerar derechos constitucionales, debiendo ser readmitidos al trabajo sin que quepa la indemnización sustitutiva de la readmisión. La Sentencia 38/1981, de la que fue ponente don Jerónimo Arozamena, acoge los argumentos de la demanda de amparo presentada por Tomás Iglesias, colaborador entonces de la cátedra, en la que el asunto fue largamente debatido.

La Sentencia aborda temas de gran interés en cuanto a la invocabilidad de los Convenios de la OIT, en cuanto al alcance de la libertad sindical respecto a la participación en las elecciones a representantes a nivel de empresa, pero sobre todo en cuanto a la protección frente a los actos de discriminación en un caso que afecta a candidatos en curso en un proceso electoral interfiriendo en ese proceso. Es aquí donde la STC 38/1981 da dos pasos decisivos en cuanto a la protección eficaz contra los actos discriminatorios, primero respecto a la carga de la prueba imponiendo al empresario la carga de probar que el despido está justificado y que obedece a motivos razonables extraños a todo propósito de la libertad sindical y, en segundo lugar, respecto a la remoción de los efectos de la discriminación, restableciendo al demandante en la integridad de su derecho, lo que en el caso se cumple afirmando la nulidad radical del despido que comporta necesariamente la readmisión del trabajador.

Esta Sentencia reflejaba una visión de la discriminación como un problema individual del despido (aunque en su trasfondo tuviera una dimensión colectiva sindical) y como problema individual fue tratado reconociendo en el caso la existencia de un supuesto de discriminación directa por motivos sindicales. Sin embargo, la noción individualista de discriminación directa por motivos sindicales se va aplicar desde el art. 14 CE a todo tratamiento desfavorable por un motivo personal o social, o sea por una característica individual o por la pertenencia no ya a un sindicato sino a una organización religiosa, a un partido político, etc.

Se trataría, y así se decía entonces, de “poner entre paréntesis”, o sea ignorarlas y no tenerlas en cuenta, unas características u opciones personales, considerando ilícito e irreprochable su toma en cuenta para establecer diferencias. Ello suponía poner el acento tanto en la diferencia de trato como en el elemento intencional o volitivo. Ello podía dificultar la prueba de la existencia de tal elemento, pero nuestro Tribunal Constitucional trató de facilitarla, al desplazar el punto de atención en los efectos más que en los motivos, teniendo en cuenta el elemento comparativo.

Ese enfoque individualista tenía el inconveniente de ignorar el carácter sistémico de la discriminación, el hecho de que las diferenciaciones por los motivos incluidos en el art. 14 CE, también las establecidas por normas jurídicas, reflejaran una concepción de un pretendido “estado natural de las cosas”, en las que las diferencias se consideraban razonables, especialmente las diferencias entre hombres y mujeres. Así lo entendió durante algún tiempo el Tribunal Supremo norteamericano para denegar como discriminatorias diferencias de trato por razón de sexo, lo que por mojigatería denominó por razón de género la secretaria de la profesora Ginsberg, para hablar más púdicamente de la discriminación por razón de sexo, un cambio de término que ha tenido éxito y sobre todo una gran trascendencia jurídica.

Es curioso que el asunto que dio lugar a este cambio terminológico era relativo a un caso en que el demandante era un varón soltero que cuidaba a su madre y al que no se le permitía deducir los gastos de enfermera porque la norma fiscal tenía una perspectiva androcéntrica que sobreentendía que ese cuidado familiar correspondía siempre a mujeres o, en su caso, a hombres viudos. Por ello, el caso se defendió como

un asunto colectivo, en cuanto la regla fiscal reflejaba una determinada concepción del rol social de la mujer.

La trascendencia de la decisión judicial norteamericana no fue solo que el órgano judicial admitiera que la regla fiscal tenía un trasfondo discriminatorio sino también que la discriminación trascendía del caso y que tenía una dimensión colectiva. Ello suponía que la prohibición de discriminación de género no trataba tanto o solo de proteger a individuos discriminados sino a grupos o colectivos que sufren un perjuicio por sus condiciones personales o sociales, en particular las mujeres por el mero hecho de serlo. Aunque el perjudicado en el caso fuera un varón, la norma fiscal presuponía que el cuidado familiar correspondía a la mujer por el hecho de serlo y, por ello, como grupo desfavorecido por la regla cuestionada. Es llamativa la diferencia de enfoque con las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional sobre el viudo discriminado en materia de pensión de viudedad, en la que nuestro Tribunal Constitucional, desde una visión individualista, no criticó la medida por el trasfondo androcentrista de la regla, que presuponía que solo las mujeres, por su función social de amas de casa, tenían acceso a esa prestación. La norma legal daba por entendida esa función social y, con ello, la perpetuaba. Un cambio de visión lo refleja la STC 209/1988 que reconoció el derecho a no ser discriminado en materia de contribución sobre la renta por razón de ser una persona casada obligada a presentar una declaración conjunta, doctrina confirmada por la STC 45/1989 que declaró la nulidad de la regla fiscal que no permitía una declaración separada de cada uno de los cónyuges. En esta Sentencia se alegan diversos preceptos constitucionales, pero en el trasfondo de todo el tema está una discriminación basada en un pretendido “estado natural de las cosas” en relación con el rol social “normal” no productivo de las mujeres.

La dimensión colectiva permitió trascender el problema de la discriminación más allá de una cuestión singular de igualdad o paridad de trato. Aunque haya una conexión natural entre igualdad de trato y no discriminación, la prohibición de discriminación trasciende de la mera aplicación del principio de igualdad. Así lo declaró la STC 128/1987 al afirmar que la cláusula antidiscriminatoria representa “una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas”.

La progresiva objetivación de la noción de discriminación, en relación con los motivos psicológicos o intencionales, se acompaña también de una reducción de la importancia del elemento comparativo. Hemos partido de una interdicción de diferencias que requería una comparación con el tratamiento “normal”, pero aparecen supuestos de discriminación en los que la comparación no resulta necesaria o posible, y en ello ha tenido mucha influencia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al aplicar directivas antidiscriminatorias en materia de empleo en las que las víctimas lo eran precisamente por ser tratadas igual que los demás, cuando ellos eran o se sentían diferentes.

En suma, ha cambiado el significado de la discriminación. La misma ya no se limita a la consideración individual de la ilicitud o arbitrariedad de diferencias de trato por razón de sus motivos, sino que parte de una consideración colectiva de fenómenos sociales que crean víctimas discriminadas por el hecho de ser miembros de un determinado grupo o categoría de personas o por sus elecciones personales. Ello implica que la prohibición de la prohibición de discriminación progresivamente haya ido poniendo el acento más que en el elemento subjetivo de la intención del discriminador en el elemento objetivo de las consecuencias que supone la diferencia adoptada para la víctima y también para las personas iguales que la víctima. Ello permite el reconocimiento de discriminaciones aun en supuestos en los que falte un elemento de comparación sobre el que medir una diferencia de trato.

En esta transformación del concepto de discriminación ha tenido una importancia relevante la aceptación de la noción de discriminación indirecta, que por su naturaleza tiene siempre una dimensión colectiva. Esa prohibición de discriminación indirecta, de origen jurisprudencial, está hoy recogida en las normas jurídicas, pero sigue siendo importante su delimitación tanto por los tribunales ordinarios o constitucionales como por la jurisprudencia de Estrasburgo y de Luxemburgo.

La noción de discriminación indirecta centra el punto de atención en la realidad de los hechos. Esto tiene consecuencias en materia probatoria en cuanto a la noción de impacto desigual y la posibilidad de uso de estadísticas, pero sobre todo en su aplicación al tratar de corregir situaciones consolidadas de desventajas en el acceso efectivo a derechos, bienes o servicios por la pertenencia a un grupo o por una característica personal.

La idea de grupo histórica o socialmente desventajado se aplica también en el Derecho del Trabajo para descubrir diferencias de trato por así decirlo camufladas, pero siempre sospechosas en su dimensión colectiva. Un caso típico es el del trabajo a tiempo parcial, si la mayoría de las personas que lo realizan son mujeres, y si la regulación jurídica del mismo es menos favorable que la del trabajo a tiempo completo, no tendremos más remedio que decir que aquí hay un problema de desigualdad desfavorable de trato, de discriminación indirecta aunque no haya habido ninguna intención ni en el legislador ni en el empleador de lograr ese resultado desfavorable.

Con ello se pone en duda la aparente “neutralidad” de uno y otro, pero al hablarse de neutralidad nos encontramos con un nuevo elemento que incide en el tema de la discriminación, en cuanto la igualdad no puede ser entendida siempre como uniformidad o desconocimiento de las diferencias. Marzia Barbera se ha referido al perfil diferenciador de la igualdad que requiere eliminar eventuales influencias negativas de la categoría natural o social de pertenencia, removiendo obstáculos de partida y garantizando iguales oportunidades. También nuestro Tribunal Constitucional se ha abierto a esta idea cuando ha defendido la constitucionalidad de las medidas de acción positiva como forma de compensar o resarcir situaciones de partida desfavorables para conseguir una igualdad de resultados, en una justicia diferenciada en función de los grupos de pertenencia.

La característica personal reaparece en nuevos supuestos de discriminación, como son la discriminación por edad en materia de empleo de la que se ha ocupado frecuentemente el TJUE, o la discapacidad. Una particularidad de estos casos es la importancia de los posibles motivos de justificación al permitir la Directiva de la Unión Europea diferenciaciones razonables por razón de edad o por razón de discapacidad, a la vez que en este último caso se impone un deber al empleador de ajuste o acomodamiento razonable, una noción que supera la noción de proporcionalidad y que se ha debido aplicar también a otros motivos discriminatorios, y también aquí aparecen medidas de acción positiva, como imponer el empleo de un porcentaje de discapacitados.

La tutela antidiscriminatoria se está preocupando también por lo que cabría llamar la tutela de las diferencias. Frente a la clásica demanda igualitaria, se postula tener en cuenta para ciertos temas la diferencia biológica de sexo, ante un marco de regulaciones, que la ignoran por estar pensadas sobre un modelo androcéntrico. Los procesos corporales femeninos han sido elementos claves para fundar las desigualdades de las mujeres y, sin embargo, los permisos por menstruación, que están reconociendo algunos ordenamientos o algunas prácticas de empresa encuentran dificultades por la orientación “androcéntrica” de las normas y de las prácticas empresariales. Medidas adecuadas al respecto pueden ser significativas para el incremento de la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo.

Otro fenómeno social que está incidiendo profundamente en la tutela antidiscriminatoria es resultado de la migración extraeuropea, que no solo ha supuesto importación de personas sino importación de diversas culturas y creencias que esas personas quieren mantener vivas en el país de llegada. Las sociedades se han hecho más abiertas, plurales y tolerantes, pero el fenómeno religioso está creando problemas y conflictos en los lugares de trabajo. El Derecho del Trabajo originariamente ha partido desde la perspectiva negativa, la de la neutralidad de la empresa, de una no injerencia de ejercicio externo de esas libertades fuera del centro de trabajo, pero esa neutralidad implica una restricción del ejercicio de esas libertades en los centros de trabajo. Hoy se plantea si la tutela antidiscriminatoria además de la lucha contra las desigualdades rechazables debe también proteger determinadas libertades, no solo la libertad sindical sino también, entre otras, la libertad religiosa.

La realidad del multiculturalismo y sobre todo la existencia de ciertas confesiones religiosas o convicciones personales (por ejemplo en materia alimenticia), cuya práctica puede afectar al momento del trabajo, está planteando nuevos desafíos sobre la incidencia de esos derechos en el centro de trabajo, lo que en el fondo plantea si para la protección de las convicciones religiosas en el puesto de trabajo existe un derecho a la diferencia. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea están exigiendo un grado de proporcionalidad o de acomodamiento razonable en los supuestos de limitaciones de vestimenta por motivos religiosos, de descanso semanal sabático, etc. en los que el concepto de discriminación ha sido utilizado para respetar la diversidad, un tema polémico y lleno de aristas, que afecta más que a la discriminación a la tutela de las libertades.

A todo ello se une el fenómeno de la llamada discriminación múltiple, se trata de los casos, no infrecuentes, en los que una persona es víctima por diversos factores, etnia, sexo, religión, discapacidad, etc., situación en la que esos factores se entrecruzan, lo que no siempre facilita su delimitación y tratamiento.

La tutela antidiscriminatoria se está haciendo así más compleja, no se trata solo de derruir muros diferenciadores, de prohibir la toma en cuenta de ciertas circunstancias personales o sociales sino también de respetar y reconocer la existencia de diferencias y un buen ejemplo ha sido el tema de la discapacidad, cuyo tratamiento sobrepasa con mucho la discriminación clásica, porque además de aplicarla se completa con medidas específicas de protección que se han extendido también a la llamada discriminación por asociación en cuanto a personas afectadas por la conexión con una persona discapacitada (STJUE 306/06, Coleman).

Los elementos de igualdad, libertad y dignidad y la perspectiva de víctima han permitido conectar el derecho antidiscriminatorio con fenómenos paralelos como el de la protección frente al acoso (especialmente de origen sexual) o la indemnidad o no retorsión frente al denunciante, o proteger situaciones de desventaja o de conexión. Pero a mi juicio, existe el riesgo de que esa apertura a nuevos cambios tenga implicaciones negativas sobre el derecho antidiscriminatorio, perdiendo su originaria y permanente razón de ser, que va más allá de una perspectiva de mejora distributiva de bienes y derechos, en una sociedad que ha de reconocerse tiene una base pluralista. Hago mías las palabras de María Fernanda Fernández sobre la necesidad de tomarse en serio la tutela antidiscriminatoria y de no contaminarla con cuestiones extrañas que pueden requerir reconocimiento de derechos o adaptaciones de reglas, pero no son susceptibles, salvo que efectivamente se sufra un victimismo, de medidas de tutela antidiscriminatoria en sentido propio.

La línea de conexión sobre la que se basa la tutela discriminatoria tiene un necesario fundamento axiológico, parte de unos valores que los juristas del trabajo debemos asumir y defender frente a una lógica puramente economicista y de mercado.

GOBIERNO CORPORATIVO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS*

BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Letrada de la Administración de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

EXTRACTO

Palabras clave: Sociedades anónimas cotizadas. Gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa

El estudio trata de exponer cómo la legislación mercantil se está viendo afectada por el Derecho Social, en general, a través de la implantación de la triple dimensión del desarrollo sostenible: económica, social y medioambiental y, en particular, mediante la garantía de los principios de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres. El cauce arbitrado para ello es el buen gobierno corporativo –de aquí, que se focalice en determinadas sociedades de capital, las sociedades anónimas cotizadas– y la responsabilidad social corporativa. En su virtud, las cuestiones que se abordan versan: De una parte, sobre las normas que regulan los códigos de buen gobierno corporativo, su principio de “cumplir o explicar”, dedicando una especial atención al nombramiento y composición de los consejos de administración basados en el criterio de la diversidad, cuyo estudio requiere el análisis de las distintas categorías de consejeros; de otra parte, sobre los denominados informes de sostenibilidad. Ello computa unas consecuencias, que se extraen a modo de reflexiones, a lo largo del presente artículo.

ABSTRACT

Key words: Listed public limited companies. Corporate governance and corporate social responsibility

The study attempts to show how commercial law is being affected by social law, in general, through the implementation of the triple dimension of sustainable development: economic, social and environmental and, in particular, through the guarantee of the principles of equality and non-discrimination between men and women. The channel provided for this is good corporate governance –hence the focus on certain capital companies, listed public limited companies– and corporate social responsibility. By virtue of this, the issues addressed are: On the one hand, on the rules governing codes of good corporate governance, their principle of “comply or explain”, devoting special attention to the appointment and composition of boards of directors based on the criterion of diversity, the study of which requires the analysis of the different categories of directors; on the other hand, on the so-called sustainability reports. This has consequences, which are drawn out in the form of reflections throughout this article.

* El presente trabajo se incardina dentro del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-108628GB-I00 sobre “Condiciones de trabajo decentes en el marco de la Estrategia de Transición Justa”. IP: Consuelo Chacartegui Jávega, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pompeu y Fabra.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. GOBIERNO CORPORATIVO
 - 2.1. Qué se entiende por gobierno corporativo. El principio de “cumplir o explicar”
 - 2.2. Nombramiento y composición de los consejos de administración
 - 2.2.1. La regulación actual: La diversidad como criterio esencial
 - 2.2.2. Regulación ad futurum: La propuesta de directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas
3. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. LOS INFORMES SOBRE SOSTENIBILIDAD

1. INTRODUCCIÓN

Cambio climático, desarrollo sostenible, ecologización de la economía, transición justa, trabajo decente son conceptos de suma actualidad. A nuestros efectos, se puede afirmar que son asumidos internacionalmente desde la aprobación de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015: *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (Agenda 2030). Tiene, pues, su razón de ser en el concepto de desarrollo sostenible, el cual, para definirlo, se acepta el elaborado por el Informe *Nuestro Futuro Común* (*Our Common Future*), conocido también mundialmente como el *Informe Brundtland*¹. Dicho informe utilizó por primera vez el término desarrollo sostenible definiéndolo como el desarrollo que satisface “las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”, lo que “implica límites –no límites absolutos–, sino limitaciones que imponen a los recursos del medio ambiente el estado actual de la tecnología y de la organización social”; ambas, tecnología y organización social, “pueden ser ordenadas y mejoradas de manera que abran el camino a una nueva era de crecimiento económico”; exige que “se satisfagan las necesidades básicas de todos y que se extienda a todos la oportunidad de colmar sus aspiraciones a una vida mejor” (apartado 27). Su importancia radica en que introdujo la visión tridimensional del desarrollo sostenible en el sentido de que los problemas medioambientales que nos acechan, su solución, no deben ir separados de la perspectiva económica y social, y requiere de la participación de todos.

Este concepto de desarrollo sostenible es el fundamento de la Agenda 2030 la cual parte de la base de que “la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, la lucha contra la desigualdad dentro de los países y entre ellos, la preservación del planeta, la creación de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y el fomento de la inclusión social están vinculados entre sí y

¹ Apellido de la Primera Ministra de Noruega, Gro Harlem Brundtland, a la que la ONU encargó en 1983 el liderazgo de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que culminó con la elaboración del informe mencionado.

son interdependientes” (apartado 13). Cubre, pues, tres dimensiones: la económica, la social y la medioambiental, las cuales, tienen un carácter integrado e indivisible. Su consecución, a través de sus 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y 169 metas –de alcance mundial y de aplicación universal–, requiere la participación de los “gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, el sistema de las Naciones Unidas y otras instancias”, en especial, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), otra característica de la Agenda 2030, el multilateralismo es su implementación. Son, pues, dos premisas fundamentales de las que hay que partir para entender la Agenda 2030: (1) la naturaleza integradora, indivisible y transversal de la triple dimensión de la sostenibilidad y (2) el multilateralismo en su implementación, para ser aplicadas, entre otros, por el sector privado, por la empresas, con la intención de lograr los objetivos comunes y universales de la Agenda 2030: “poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo; combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos; construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas; proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas; garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales” (apartado 3). Con su aprobación la comunidad internacional se propone “crear las condiciones necesarias para un crecimiento económico sostenible, inclusivo y sostenido, una prosperidad compartida y el trabajo decente para todos, teniendo en cuenta los diferentes niveles nacionales de desarrollo y capacidad” (apartado 3). Su lema es que “nadie se quede atrás” (apartado 4).

Este concepto de desarrollo sostenible ha cambiado la forma de ver y entender las cosas. Como inicia el Preámbulo de la Agenda 2030, “la presente Agenda es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad. También tiene por objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad. Reconocemos que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible”. Como señala Colin Mayer “It is not a theory of socialism, or mutualism, or stakeholder capitalism. It is not about the sharing of benefits to different parties in organizations. It is not about the adoption of religious principles or moral dogma. It is about creation, development, and innovation –how we as individuals and societies can together build a better world for the benefit of all today and in the future– and the purpose of business as producing profitable solutions to problems of people and planet. We all want to contribute to that endeavor, and the corporation is a vital component in our ability to do so”².

Es, precisamente, el desarrollo sostenible el que está incidiendo directamente en la legislación mercantil. En el ámbito de la Unión Europea, a través tanto del *soft law* como del *hard law*, mediante directivas a trasponer por los Estados miembros.

² *Prosperity. Better business makes the greater good*, Oxford University Print (2018), p.12.

Dada la materia objeto de análisis, dos son los objetivos en los que nos fijaremos, en concreto, el 5 ODS: *Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres* (y las niñas); el 8 ODS: *Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*, puesto que son los que están influyendo en las normas sobre gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa, denotando que las empresas consideran que los ODS son (ya) parte integrante de su estrategia de crecimiento y competitividad. Ello, posiblemente, obedece a que el mundo es cada vez más global; a las nuevas expectativas generadas por los inversores, véase como ejemplo, las Cartas anuales de BlackRock, de su CEO Larry Fink; a que los consumidores, están cada vez más informados y reclaman otro tipo de consumo no basado en la obsolescencia programada sino en las tres R: Reutilizar, Reparar y Reciclar; pero, sobre todo, a que la sociedad, comienza a no tolerar conductas execrables como el trabajo forzoso o infantil –incluido, el tráfico de personas humanas–, especialmente, en las cadenas mundiales de suministros, en las que las compañías multinacionales están implicadas como empresa principal en las condiciones de trabajo de los contratistas y subcontratistas, sobre todo, desde el derrumbe del edificio Rana Plaza (Bangladesh, 2013) y los incendios en fábricas en ese país y de Pakistán (2012).

Es esta nueva visión de los *stakeholders*, tanto internos como externos, a la que los administradores de las empresas están dedicando una especial atención, a los que se les están empezando a exigir una responsabilidad, directa e individual, civil y/o penal, por los actos cometidos en nombre y representación de la compañía, una responsabilidad que está comenzándose a demandar desde la perspectiva de una cultura de la ética empresarial. En el caso de España, artículo 31 del Código Penal y Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Entremos, ahora, a su análisis.

2. GOBIERNO CORPORATIVO

Con carácter general, el gobierno corporativo, puede ser definido como el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura del sistema de gobierno de una sociedad anónima cotizada y su funcionamiento en la práctica. En concreto, “establece las relaciones entre la junta directiva, el consejo de administración, los accionistas y el resto de partes interesadas, y estipula las reglas por las que se rige el proceso de toma de decisiones sobre la compañía para la generación de valor” (Deloitte³).

³ *¿Qué es el gobierno corporativo?* <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/que-es-el-gobierno-corporativo.html>.

Dos cuestiones a analizar: En primer lugar, es necesario precisar qué se entiende, jurídicamente, por gobierno corporativo y por el principio esencial en que se basa su regulación, el de “cumplir o explicar”; en segundo lugar, dado que sus normas están, prioritariamente, destinadas a regular la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de una empresa, se ha considerado fundamental analizar el nombramiento y composición de los consejos de administración de forma separada, dedicándole un epígrafe específico.

2.1. Qué se entiende por gobierno corporativo. El principio de “cumplir o explicar”

La premisa fundamental de la que hay que partir es que las normas de la Unión Europea y de derecho interno sobre el gobierno corporativo se aplican a las empresas que cotizan en bolsa, es decir, empresas que emiten acciones admitidas a negociación en un mercado regulado, reguladas, en el ordenamiento interno español, en los artículos 495 a 541 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que las define como aquellas sociedades anónimas “cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado español” (artículo 495 LSC).

El *Libro Verde. La normativa de gobierno corporativo de la UE* (Libro Verde GC⁴), define el gobierno corporativo “como el sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas” (Informe del Comité sobre los Aspectos Financieros del Gobierno Corporativo⁵) y “como una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su consejo, sus accionistas y otras partes interesadas” (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico⁶). Según la Recomendación de la Comisión de 9 de abril de 2014 sobre la calidad de la información presentada en relación con la gobernanza empresarial, “cumplir o explicar”⁷ (Recomendación “cumplir o explicar”), los códigos de gobernanza empresarial “tienen por objeto establecer, en las empresas admitidas a cotización en Europa, principios de buena gobernanza empresarial basados en la transparencia, la rendición de cuentas y una perspectiva a largo plazo”; prevén una serie de criterios y mejores prácticas para las empresas, lo que les permite tener “un mejor rendimiento y contribuye, por tanto, a promover el crecimiento, la estabilidad y la inversión a largo plazo”.

⁴ Bruselas, 5.4.2011 COM (2011) 164 final.

⁵ *Informe Cadbury*, 1992, p. 15, publicado en <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>.

⁶ OECD *Principles of Corporate Governance*, 2004, p.11.

⁷ (2014/208/UE).

Subyace, pues, la idea de que estas compañías han de ser dirigidas de una forma adecuada y transparente⁸, tanto en sus relaciones internas (accionistas y empleados) como externas (inversores, proveedores, acreedores y clientes) enmarcadas dentro de la (una) ética empresarial⁹; estas prácticas de buena conducta empresarial “se plasman en códigos de ética, que contemplan el conjunto de los valores que están establecidos en un mismo sistema o código con el fin de beneficiar a la empresa en su conjunto”¹⁰. Como señala el *Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas*¹¹, “un Derecho de sociedades y un marco de gobierno corporativo modernos y eficientes para las empresas, inversores y trabajadores europeos debe adaptarse a las necesidades de la sociedad actual y al cambiante marco económico”, porque su objetivo es favorecer la eficiencia económica, la estabilidad financiera y el crecimiento económico sostenible, de aquí la importancia de la Agenda 2030.

Tal y como indica El Libro Verde GC “la normativa de gobierno corporativo que se aplica a las empresas que cotizan en bolsa en la Unión Europea es una combinación de legislación y normas de carácter no vinculante (*soft law*), que incluye recomendaciones y códigos de gobierno corporativo”. Mientras que los códigos de gobierno corporativo se adoptan a nivel nacional, “la Directiva 2006/46/CE¹² promueve su aplicación al exigir que las empresas que cotizan en

⁸ Criterio de transparencia que se va progresivamente exigiendo. *Vid* Directiva 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas traspuesta al ordenamiento interno por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

⁹ Esta nueva visión del gobierno corporativo, es más que probable que se deba “a la caída de grandes empresas, cuyos sistemas de gobierno no pudieron evitar la corrupción y aplicar adecuadamente los procedimientos de gestión de riesgos”, Portalanza, A., *Gobierno corporativo. Una aproximación teórica* en Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 8, núm.1, p.118. Sus páginas 119-121 contiene las distintas definiciones doctrinales sobre este concepto. Su proliferación en muchos países, seguramente, es debida a “los escándalos corporativos de principios de siglo y la necesidad de proteger los intereses de los accionistas minoritarios”, Ortiz De Mandojana N. y Ferrón Vilchez V., *La influencia de la independencia del consejo de administración en la comunicación de la información medioambiental*, Revista de responsabilidad social de la empresa núm. 5 (2010), p.85.

¹⁰ Garzón Castrillón. M.A. *El concepto de gobierno corporativo*, Visión de futuro, Vol. 25, núm. 2 (2021), p.158.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones (COM/2012/0740 final).

¹² del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, por la que se modifican las Directivas del Consejo 78/660/CEE relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, 83/349/CEE relativa a las cuentas consolidadas, 86/635/CEE relativa a las cuentas

bolsa mencionen en su informe de gobierno corporativo si aplican un código de este tipo y que informen al respecto según un planteamiento de cumplir o explicar”, lo que significa que la empresa ha de especificar, en su informe anual de gobierno corporativo, qué recomendaciones, establecidas por los códigos nacionales de gobernanza empresarial, ha decidido cumplir voluntariamente y cuáles no, debiendo explicar el porqué de tal incumplimiento.

La Directiva 2006/46/CE se ha visto modificada por la Directiva 2013/34/UE del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (Directiva 2013/34). Su artículo 20.1 exige a las empresas admitidas a cotización que faciliten información sobre aspectos específicos de sus estructuras de gobernanza empresarial en su declaración sobre gobernanza empresaria, basada en el principio de cumplir o explicar, estableciendo, al efecto, que “las empresas cotizadas han de incluir una declaración sobre gobernanza empresarial en su informe de gestión”. Tal declaración “se incorporará como sección específica del informe de gestión, e incluirá como mínimo la siguiente información:

- a) en su caso, una referencia a los siguientes puntos:
 - (i) el código de gobernanza empresarial al que la empresa esté sujeta;
 - (ii) el código de gobernanza empresarial que la empresa haya decidido voluntariamente aplicar, y
 - iii) toda la información pertinente sobre las prácticas de gobernanza empresarial aplicadas que excedan de las requeridas por la legislación nacional.

Cuando se haga referencia al código de gobernanza empresarial al que se alude en los incisos i) o ii), la empresa indicará asimismo dónde se encuentran disponibles para el público los textos correspondientes. Cuando se haga referencia a la información a la que se alude en el inciso iii), la empresa hará públicos los detalles de sus prácticas de gobernanza empresarial;

- b) cuando una empresa, de conformidad con el Derecho nacional, no aplique el código de gobernanza empresarial citado en la letra a), incisos i) o ii), una indicación de qué partes del código de gobernanza empresarial no aplica y las razones para ello; cuando la empresa haya decidido no atenerse a alguna disposición del código de gobernanza empresarial citado en la letra a), incisos i) o ii), explicará las razones de su actuación”¹³.

anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras y 91/674/CEE relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros.

¹³ Continúa disponiendo el precepto: c) una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos de la empresa en relación con el proceso de

La Recomendación “cumplir o explicar” resalta que este principio (cumplir o explicar) “ofrece a las empresas un margen de flexibilidad, al permitirles adaptar su gobernanza empresarial a su tamaño, a la estructura de su accionariado o a sus especificidades sectoriales”. Al mismo tiempo, “promueve una cultura de la responsabilidad, ya que incita a las empresas a reflexionar más en profundidad sobre los regímenes de gobernanza empresarial” (Considerando 7).

La razón de ser de la Recomendación es ofrecer unas orientaciones “a los Estados miembros, los organismos responsables de los códigos nacionales de gobernanza empresarial, las empresas y otras partes interesadas” con el objetivo de mejorar la “calidad global de las declaraciones sobre gobernanza empresarial publicadas por las empresas de conformidad con el artículo 20 de la Directiva 2013/34/UE y, en particular, la calidad de las explicaciones ofrecidas por las empresas en caso de no aplicación de las recomendaciones del código de gobernanza empresarial pertinente” (apartado 1), aconsejando, asimismo, que los códigos de gobernanza empresarial “establezcan una clara distinción entre las partes del código que no pueden dejar de aplicarse, las partes que se aplican siguiendo el principio cumplir o explicar y las que se aplican de forma meramente voluntaria” (apartado 2).

¿Cuál es la finalidad del artículo 20.1 de la Directiva 2013/34? Mejorar “la transparencia para los accionistas, los inversores y otras partes interesadas” (apartado 2 de la Recomendación “cumplir o explicar”). Por ello, obliga a las empresas admitidas a cotización a dar explicaciones, en especial, en el caso de no aplicación de las recomendaciones del código al que estén sujetas. Dichas explicaciones no han de ser genéricas, por el contrario, han de ser lo suficientemente claras, exactas, concretas y precisas para que los *shareholders*, inversores y otros *stakeholders* “comprendan bien la manera en que se administra la empresa” (apartado 5), debiendo dar, al efecto, la pertinente publicidad en sus páginas web (apartado 6). De esta forma, las partes interesadas con las que la empresa se relaciona, tanto interna como externamente, puedan evaluar las consecuencias derivadas de la no asunción de una determinada recomendación.

En su virtud, el apartado 7 de la Recomendación “cumplir o explicar”, señala que “las empresas deberían indicar claramente qué recomendaciones específicas no han aplicado, y, para cada caso de no aplicación de una recomendación individual:

emisión de información financiera; d) la información exigida en el artículo 10, apartado 1, letras c), d), f), h) e i), de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición (1), cuando la empresa esté sujeta a dicha Directiva; e) salvo que la información esté ya plenamente prevista en las leyes nacionales, el modo de funcionamiento de la junta de accionistas y sus principales poderes, con una descripción de los derechos de los accionistas y la forma en que pueden ejercerlos, y f) la composición y el funcionamiento de los órganos de administración, dirección y supervisión, y de sus comités.

- a) explicar de qué manera han desatendido esa recomendación;
- b) describir las razones para ello;
- c) describir cómo adoptaron la decisión de desatender la recomendación;
- d) cuando la no aplicación sea temporal, explicar cuándo prevén atender una recomendación específica;
- e) cuando proceda, describir la medida adoptada en lugar del cumplimiento de la recomendación y explicar cómo contribuye esa medida al logro del objetivo subyacente de la recomendación específica o del código en su conjunto; o aclarar cómo contribuye a la buena gobernanza empresarial.”

Además de esta información, la compañía “debería hacer referencia a la situación y las características y específicas de la empresa, como su tamaño, estructura o propiedad, o cualesquiera otras características pertinentes” (apartado 9 de la Recomendación “cumplir o explicar”).

Desde la perspectiva del derecho interno español, el organismo responsable del código nacional de gobernanza empresarial, es la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la cual, ha elaborado el Código (unificado) de buen gobierno de las sociedades cotizadas en los años 2006, 2013, 2015 y, el último de ellos, del 2020. La CNMV ha confeccionado una Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio “cumplir o explicar” de 15 de julio de 2016.

La regulación de este informe anual de gobierno corporativo que las compañías tienen que elaborar se halla contenida en el artículo 540 LSC. Comienza su regulación estableciendo que “las sociedades anónimas cotizadas deberán hacer público con carácter anual un informe de gobierno corporativo” (artículo 540.1 LSC), informe que “será objeto de comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acompañando copia del documento en que conste” (artículo 540.2 LSC) y “de publicación como hecho relevante” (artículo 540.3 LSC).

Atenor del artículo 540.4 LSC, el contenido y estructura del informe de gobierno corporativo es “determinado por el Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores” y deberá “ofrecer una explicación detallada de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica”. En todo caso, el contenido mínimo del informe de gobierno corporativo será el siguiente:

- a) Estructura de propiedad de la sociedad, que habrá de incluir:
 - 1.º información relativa a los accionistas con participaciones significativas, indicando los porcentajes de participación y las relaciones de índole familiar, comercial, contractual o societaria que existan, así como su representación en el consejo,
 - 2.º información de las participaciones accionariales de los miembros del consejo de administración que deberán comunicar a la sociedad, y de la existencia de los pactos parasociales comunicados a la propia sociedad y a

- la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y, en su caso, depositados en el Registro Mercantil,
- 3.º información de los valores que no se negocien en un mercado regulado comunitario, con indicación, en su caso, de las distintas clases de acciones y, para cada clase de acciones, los derechos y obligaciones que confiera, así como el porcentaje del capital social que represente la autocartera de la sociedad y sus variaciones significativas,
 - 4.º información relativa a las normas aplicables a la modificación de los estatutos de la sociedad.
- b) Cualquier restricción a la transmisibilidad de valores y cualquier restricción al derecho de voto.
- c) Estructura de la administración de la sociedad, que habrá de incluir:
- 1.º información relativa a la composición, reglas de organización y funcionamiento del consejo de administración y de sus comisiones,
 - 2.º identidad y remuneración de sus miembros, funciones y cargos dentro de la sociedad, sus relaciones con accionistas con participaciones significativas, indicando la existencia de consejeros cruzados o vinculados y los procedimientos de selección, remoción o reelección,
 - 3.º detalle de los cargos de consejero, administrador o director, o representante de los mismos, que desempeñen los consejeros o representantes de consejeros miembros del consejo de administración de la sociedad en otras entidades, se trate o no de sociedades cotizadas.
 - 4.º información sobre las demás actividades retribuidas de los consejeros o representantes de los consejeros miembros del consejo de administración de la sociedad, cualquiera que sea su naturaleza, distintas de las señaladas en el apartado anterior.
 - 5.º información de los poderes de los miembros del consejo de administración y, en particular, los relativos a la posibilidad de emitir o recomprar acciones,
 - 6.º información de los acuerdos significativos que haya celebrado la sociedad y que entren en vigor, sean modificados o concluyan en caso de cambio de control de la sociedad a raíz de una oferta pública de adquisición, y sus efectos, excepto cuando su divulgación resulte seriamente perjudicial para la sociedad. Esta excepción no se aplicará cuando la sociedad esté obligada legalmente a dar publicidad a esta información,
 - 7.º información de los acuerdos entre la sociedad y sus cargos de administración y dirección o empleados que dispongan indemnizaciones cuando éstos dimitan o sean despedidos de forma impropcedente o si la relación laboral llega a su fin con motivo de una oferta pública de adquisición.
 - 8.º Una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas que se constituyan en su seno, por lo que respecta a cuestiones como la

edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesional de sus miembros; incluyendo sus objetivos, las medidas adoptadas, la forma en la que se han aplicado, en particular, los procedimientos para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres y los resultados en el período de presentación de informes, así como las medidas que, en su caso, hubiera acordado respecto de estas cuestiones la comisión de nombramientos.

Asimismo, las sociedades deberán informar si se facilitó información a los accionistas sobre los criterios y los objetivos de diversidad con ocasión de la elección o renovación de los miembros del consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas constituidas en su seno.

En caso de no aplicarse una política de este tipo, se deberá ofrecer una explicación clara y motivada al respecto.

Las entidades pequeñas y medianas, de acuerdo con la definición contenida en la legislación de auditoría de cuentas, únicamente estarán obligadas a proporcionar información sobre las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado en materia de género.

- d) Operaciones vinculadas de la sociedad con sus accionistas y sus administradores y cargos directivos y operaciones intragrupo.
- e) Sistemas de control del riesgo, incluido el fiscal.
- f) Funcionamiento de la junta general, con información relativa al desarrollo de las reuniones que celebre.
- g) Grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones.
- h) Una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera.

Así pues, los informes de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, van dirigidos a dar información sobre su sistema de gobierno y funcionamiento en la práctica, los cuales, serán distintos según la compañía de que se trate pues depende de la situación, las características específicas de la empresa en cuestión, el sector al que se dedican (financiero, tecnológico, construcción, etc.¹⁴), etc. En ellos, queda, asimismo reflejado cuál es el grado de cumplimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo elaboradas por la CNMV o, en su caso,

¹⁴ Según la clasificación sectorial bursátil elaborada por la Bolsa de Madrid: 1) Petróleo y energía. 2) Materiales básicos, industria y construcción. 3) Bienes de consumo. 4) Servicios de consumo. 5) Servicios financieros. 6) Tecnológicas y telecomunicaciones. 7) Servicios inmobiliarios.

la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones. La aplicación de un código de buen gobierno es “la garantía para el crecimiento sostenible de la empresa en el medio y largo plazo, ya que ayuda a restablecer la confianza de los inversores, aumenta el acceso al crédito extranjero, atrae el talento y fomenta la imagen de marca”¹⁵, incidiendo, por ello, directamente en la reputación de la compañía, la denominada reputación corporativa.

Esta información obedece, no solo a la necesidad de controlar a las empresas cotizadas, sino también a la conveniencia de que sean transparentes en su relación con los *stakeholders*, tanto internos (accionistas y empleados) como externos (proveedores, inversores y clientes). Esta nueva visión, está afectando al propio concepto de interés social de la compañía puesto que, de una concepción monoteísta, que identifica el interés social exclusivamente con el interés común de los socios, se está evolucionando hacia una concepción pluralista que tiene en cuenta otros grupos de interés con los que la compañía se relaciona¹⁶. Sirva como referencia la Carta de 2022 de BlackRock, de su CEO Larry Fink, *El poder del capitalismo*, “en el mundo interconectado de hoy, una empresa debe crear valor para todos sus *stakeholders* y ser valorada por todas ellas si quiere aportar valor a largo plazo para sus accionistas” (*shareholders*). Éste es uno de los grandes cambios que se están produciendo en el proceso de transformación hacia un desarrollo sostenible, llegándose, incluso, a decir que “no solo estamos ante una nueva racionalidad empresarial, sino ante una nueva era del capitalismo”¹⁷.

2.2. Nombramiento y composición de los consejos de administración

Ya ha quedado expuesto en el epígrafe anterior, la obligación impuesta a las empresas cotizadas de elaborar el código de gobernanza empresarial (artículo 20.1 de la Directiva 2013/34), denominado informe de buen gobierno corporativo por el artículo 540 LSC, entre cuyo contenido mínimo debe, expresamente, figurar la composición y el funcionamiento de los órganos de administración, dirección y supervisión, y de sus comités.

Al respecto, el Libro Verde GC señala que “hacen falta consejos con capacidad de actuación y eficaces para hacer frente a la gestión ejecutiva”, lo que significa que “los consejos deben estar integrados por miembros no ejecutivos con opiniones y cualificaciones diversas y con la experiencia profesional adecuada”; además, los “consejeros deben estar dispuestos a dedicar tiempo suficiente a los trabajos

¹⁵ Deloitte: *¿Qué es el gobierno corporativo?*. <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/que-es-el-gobierno-corporativo.html>.

¹⁶ En este sentido, Saínz Martín, A., *Reputación corporativa y buen gobierno* en AAVV “La creación de valor de la marca como estrategia de buen gobierno”, Cuadernos de derecho para ingenieros, Vol. 35º (2016), La Ley-Wolters Kluwer, pp. 14-15.

¹⁷ KPMG Tendencias: *La época de la sostenibilidad* (21 enero 2020).

del consejo” y resalta que el “papel del presidente del consejo reviste especial importancia, al igual que las obligaciones del consejo en materia de gestión de riesgos”. La Comisión, en la Recomendación 15 de febrero de 2005 relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa¹⁸, resalta la particular importancia de la labor de estos consejeros independientes “a la hora de supervisar a los administradores ejecutivos o gerentes y ocuparse de las situaciones en las que aparezcan conflictos de interés”, siendo esencial, la promoción de “esa función para devolver la confianza a los mercados financieros”.

El análisis de las cuestiones que plantea el nombramiento y composición de los consejos se ha dividido en el estudio de la regulación actual para, posteriormente, analizar, la que está prevista en el futuro caso de que se publique la propuesta de directiva sobre la diversidad de género en los consejos de administración.

2.2.1. La regulación actual: La diversidad como criterio esencial

El Libro Verde GC, tras declarar que “la composición del consejo debe ser adecuada para la actividad de la empresa” señala, en su apartado 1.1, que “los consejeros no ejecutivos deben ser seleccionados con arreglo a un amplio conjunto de criterios, a saber, el mérito, las cualificaciones profesionales, la experiencia, las cualidades personales del candidato, la independencia y la diversidad”. La diversidad de los consejeros, en cuanto a su perfil y su procedencia, da al “consejo una pluralidad de valores, puntos de vista y conjuntos de competencias” y puede aportar “un conjunto más amplio de recursos y conocimientos prácticos”. Las diferencias en cuanto a “las experiencias de mando, el origen nacional o regional o el sexo pueden proporcionar un medio eficaz para contrarrestar el pensamiento grupal y generar nuevas ideas”¹⁹. Su enfoque es que “más diversidad genera más debate, más supervisión y más oposición en la sala de juntas” y trae como resultado el que las decisiones puedan mejores, “aunque se tarde más tiempo en llegar a ellas”²⁰.

¹⁸ (2005/162/CE).

¹⁹ Una de las acciones principales del *Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas* es, precisamente, la divulgación de la política de diversidad del consejo de administración y gestión de riesgos no financieros, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones (COM/2012/0740 final).

²⁰ En el caso concreto de las mujeres, “not taking advantage of the skills of highly qualified women constitutes a waste of talent and a loss of economic growth potential. Various studies suggest that companies with a higher representation of women at the most senior levels deliver

Dos cuestiones que hay, pues, que analizar: una, es la diversidad en general y de género en particular; otra, a qué miembros, consejeros, que componen los consejos de administración de estas sociedades anónimas cotizadas, viene referida.

Para definir el concepto de diversidad, sirva de referencia el elaborado por las *Directrices sobre la evaluación de la idoneidad de los miembros del órgano de administración y los titulares de funciones clave*²¹, apartado 15, a cuyo tenor, diversidad es la “situación en la que las características de los miembros del órgano de administración, incluida su edad, género, procedencia geográfica, perfil académico y profesional son diferentes de forma que concurren diversas opiniones dentro del órgano de administración”, concepto que ha de ponerse en relación al de idoneidad “grado en que se considera que una persona posee de honorabilidad y que tiene, de manera individual y conjunta con otras personas, los conocimientos, las competencias y la experiencia adecuados para desempeñar sus funciones”, que incluye también “la honestidad, la integridad y la independencia de ideas de cada persona y su capacidad para dedicar el tiempo suficiente al desempeño de sus funciones”.

De las citadas Directrices conviene también resaltar, no solo sus definiciones, sino también su Título V, que lleva por rúbrica “Diversidad dentro del órgano de administración”, en particular, el llamamiento a que “la política de diversidad puede incluir la representación de los empleados dentro del órgano de administración con el fin de incorporar conocimientos y experiencia prácticos diarios sobre el funcionamiento interno de la entidad” (apartado 107); y, en especial, por el tema que estamos tratando, que, “con el fin de facilitar un colectivo adecuadamente diverso de candidatos a puestos en el órgano de administración, las entidades aplicarán una política de diversidad para el personal, que incluya aspectos relacionados con la planificación de carreras y medidas para garantizar la igualdad de trato y oportunidades para el personal de diferentes géneros” (apartado 109) porque, como se dirá posteriormente, el principio de igualdad de oportunidades tiene que ser la premisa previa fundamental para que las mujeres puedan acceder a los altos cargos directivos y a los consejos de administración, en particular, como consejeras ejecutivas.

El (este) concepto de diversidad es recogido en el artículo 20.1 de la Directiva 2013/34. Tras establecer, en su apartado f), que “la declaración sobre gobernanza empresarial, en su informe de gestión, debe incluir, como mínimo, la información

better organisational and financial performance” [European Commission. Fact sheet (July 2016). *Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass ceiling*].

²¹ En vigor desde el 30 de junio de 2018, que “afectan a las entidades de crédito, las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera y las empresas de servicios de inversión”, Mateu De Ros, R., *El principio jurídico de igualdad de género en Gobierno Corporativo e igualdad de género: Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch (2019), p. 84.

sobre la composición y el funcionamiento de los órganos de administración, dirección y supervisión, y de sus comités”, dispone, en su apartado g)²², que éste debe contener “una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con los órganos de administración, dirección y supervisión de la empresa por lo que respecta a cuestiones como, por ejemplo, la edad, el género, o la formación y experiencia profesionales, los objetivos de esa política de diversidad, la forma en que se ha aplicado y los resultados en el período de presentación de informes. En caso de no aplicarse una política de ese tipo, el estado deberá ofrecer una explicación al respecto” (principio de cumplir o explicar)”. No incluye, pues, la procedencia geográfica que podría dar un enfoque interesante de la diversidad internacional, sobre todo, para aquellas sociedades que tengan una especial proyección y actividad multinacional, a menos que la inclusión de este aspecto pudiera ser contraria a la legislación del Estado miembro²³.

La trasposición de la Directiva 2013/34 (mejor dicho, la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE) se ha producido en el ordenamiento interno español por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, que añade un artículo 529 *bis* a la LSC, a cuyo tenor, “el consejo de administración deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad respecto a cuestiones, como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres”.

Así pues, la diversidad en los consejos de administración: En general, va referida a “la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales”, de tal forma que el ordenamiento interno español la amplía a la discapacidad, seguramente, en garantía del derecho a la igualdad de oportunidades

²² Añadido por la Directiva 2014/95/UE del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos .

²³ El Libro Verde GC indica que “algunas empresas destacaron la importancia de tener consejeros extranjeros para las empresas internacionales, mientras que otras subrayaron las dificultades que se derivarían de las diferencias de origen cultural y de idioma. En las empresas que tienen consejeros extranjeros existe una correspondencia entre su presencia regional y sus consejeros internacionales. El conocimiento de los mercados regionales se menciona a menudo como un factor clave para elegir candidatos extranjeros al consejo” (apartado 1.1.2).

y de trato promovido por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; en cambio, no la extiende a la procedencia geográfica, como tampoco la contempla la Directiva 2013/34. En particular, a la “presencia equilibrada de mujeres y hombres”, sin especificar en qué porcentaje, como tampoco hace la mencionada Directiva ni el artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a cuyo tenor, “las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley”.

Hay que acudir a los informes de gobierno corporativo de las empresas (epígrafe anterior) para saber el grado de cumplimiento de la diversidad, si siguen las recomendaciones del Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas (revisado en junio de 2020) de la CNMV o si, por el contrario, justifican su no implantación en aplicación del principio de cumplir o explicar. En concreto: La Recomendación 14 del citado Código, cuyo apartado c) señala como tal, “que el consejo de administración ²⁴ apruebe una política dirigida a favorecer una composición apropiada del consejo de administración, que... favorezca la diversidad de conocimientos, experiencia, edad y género. A estos efectos se considera que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas”, promoviendo, pues, también el principio de igualdad de oportunidades. La Recomendación 15, “que el número de consejeras suponga, al menos, el 40% del consejo de administración antes de que finalice 2022 y, en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30%” con el “objetivo de propiciar la deseable diversidad en el consejo de administración”.

Se recuerda que, según el artículo 540.4.c.8º LSC, como contenido mínimo del informe de gobierno corporativo, las empresas anónimas cotizadas, tienen que incorporar “una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas que se constituyan en su seno, por lo que respecta a cuestiones como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesional de sus miembros; incluyendo sus objetivos, las medidas adoptadas, la forma en la que se han aplicado, en particular, los procedimientos para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres y los resultados en el período de presentación de informes, así como las

²⁴ Cuya “dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo” aconseja que tenga “entre cinco y quince miembros” (Recomendación 13).

medidas que, en su caso, hubiera acordado respecto de estas cuestiones la comisión de nombramientos”. Asimismo, estas sociedades “deberán informar si se facilitó información a los accionistas sobre los criterios y los objetivos de diversidad con ocasión de la elección o renovación de los miembros del consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas constituidas en su seno”. En caso de no aplicarse una política de este tipo, “se deberá ofrecer una explicación clara y motivada al respecto” (principio de cumplir o explicar).

Respecto a qué miembros (consejeros) del consejo afecta, ciertamente, la composición de los consejos de administración de las sociedades anónimas cotizadas, es (más) compleja, concibiéndose éstos “como un órgano no de gestión, sino de control y supervisión del primer ejecutivo y de los equipos directivos de la sociedad (consejero ejecutivos, altos directivos, etc.)”²⁵, en los que se distingue entre consejeros ejecutivos o internos y consejeros no ejecutivos o externos y, dentro de esta categoría, entre consejeros dominicales y consejeros independientes²⁶. Respecto a éstos últimos, los no ejecutivos, la *Recomendación de la Comisión relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa*, de 15 de febrero de 2005, señala que para el consejo de administración “debe elegirse un número suficiente de administradores no ejecutivos o supervisores que garantice un tratamiento apropiado de los conflictos graves de intereses que impliquen a los administradores” (punto 4), los cuales, desempeñan “un papel efectivo en áreas clave en las que el riesgo de conflicto de intereses sea particularmente elevado” (punto 5).

²⁵ Como señala el *Informe sobre el Consejo de Administración* de la CNMV de 26 de febrero de 1998 (apartado 1.1), esta función general de supervisión, “es la más genuina del Consejo de las sociedades cotizadas y, dentro de ella, desglosa tres responsabilidades fundamentales: orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión, y servir de enlace con los accionistas”. El buen gobierno de la compañía “debe comenzar con la toma de conciencia por parte del propio Consejo de Administración de que el núcleo de su cometido institucional radica en esa función general de supervisión” y, con esta perspectiva, el Consejo “asume las responsabilidades siguientes: (a) aprobación de las estrategias generales de la sociedad; (b) nombramiento, retribución y, en su caso, destitución de los más altos directivos de la sociedad; (c) control de la actividad de gestión y evaluación de los directivos; (d) identificación de los principales riesgos de la sociedad e implantación y seguimiento de los sistemas de control interno y de información adecuados; (e) determinación de las políticas de información y comunicación con los accionistas, los mercados y la opinión pública”.

²⁶ Aurelio Menéndez y Ángel Rojo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, 16ª ed, Civitas Thomson Reuters, pp. 501-502. La LSC no obliga a estas sociedades a “componer el consejo con consejeros de las distintas categorías o designar un número o proporción de cualquiera de ellos, sino que se limita a definirlos”. Indican, asimismo, que existe otra categoría más, “otros externos”, una “clase residual que engloba a los consejeros que aun sin ser ejecutivos no puedan calificarse tampoco como dominicales ni independientes”.

El objetivo que persigue la existencia de categorías de consejeros “es evitar que el proceso de toma de decisiones dentro del órgano se concentre en manos de una sola persona o de un pequeño grupo de personas quedando en entredicho la función general de supervisión que tiene encomendado”, razón por la cual, la CNMV aconseja que “una amplia mayoría de los miembros del Consejo sean consejeros externos, es decir, no ejecutivos”²⁷, en concreto, el Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas (2020) de la CNMV sugiere que “los consejeros dominicales e independientes constituyan una amplia mayoría del consejo de administración y que el número de consejeros ejecutivos sea el mínimo necesario, teniendo en cuenta la complejidad del grupo societario y el porcentaje de participación de los consejeros ejecutivos en el capital de la sociedad” (Recomendación 15); y que “el número de consejeros independientes represente, al menos, la mitad del total de consejeros” (Recomendación 17)²⁸.

A efectos definitorios, según el legislador mercantil:

Son consejeros ejecutivos, “aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella. No obstante, los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad tendrán en esta la consideración de dominicales. Cuando un consejero desempeñe funciones de dirección y, al mismo tiempo, sea o represente a un accionista significativo o que esté representado en el consejo de administración, se considerará como ejecutivo” (artículo 529 *duodecies* 1 LSC). Son consejeros no ejecutivos “todos los restantes consejeros de la sociedad, pudiendo ser dominicales, independientes u otros externos” (artículo 529 *duodecies* 2 LSC). Se considerarán consejeros dominicales “aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes representen a accionistas de los anteriormente señalados” (artículo 529 *duodecies* 3 LSC). Se entiende por consejeros independientes “aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad

²⁷ Informe sobre el Consejo de Administración de la CNMV de 26 de febrero de 1998 (apartado 2.2).

²⁸ También recomienda que “las sociedades hagan pública a través de su página web, y mantengan actualizada, la siguiente información sobre los consejeros: a) perfil profesional y biográfico; b) otros consejos de administración a los que pertenezcan, se trate o no de sociedades cotizadas, así como sobre las demás actividades retribuidas que realicen cualquiera que sea su naturaleza; c) indicación de la categoría de consejero a la que pertenezca, señalándose, en el caso de consejeros dominicales, el accionista al que representa o con quien tenga vínculos; d) fecha de su primer nombramiento como consejero en la sociedad, así como de las posteriores reelecciones; acciones de la compañía y opciones sobre ellas, de las que sean titulares” (Recomendación 18).

o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos” (artículo 529 *duodecies* 4 LSC²⁹).

Son “nombrados por la junta general de accionistas o, en caso de vacante anticipada, por el propio consejo por cooptación” (artículo 529 *decies* 1 LSC). La propuesta de su nombramiento o reelección “corresponde a la comisión de nombramientos y retribuciones, si se trata de consejeros independientes, y al propio consejo, en los demás casos”, ejecutivos y dominicales (artículo 529 *decies* 4 LSC), propuesta que deberá ir acompañada, en todo caso, de “un informe justificativo del consejo en el que se valore la competencia, experiencia y méritos del candidato propuesto, que se unirá al acta de la junta general o del propio consejo” (artículo 529 *decies* 5 LSC) y que, en el caso de consejero no independiente, “deberá ir precedida, además, de informe de la comisión de nombramientos y retribuciones” (artículo 529 *decies* 6 LSC). La Recomendación 14 del Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas (2020) de la CNMV aconseja que “el resultado del análisis previo de las competencias requeridas por el consejo de administración se recoja en el informe justificativo de la comisión de nombramiento que se publique al convocar la junta general de accionistas a la que se someta la ratificación. La comisión de nombramiento verificará anualmente el cumplimiento de esta política y se informará de ello en el informe anual de gobierno corporativo”.

La duración del mandato de los consejeros “será la que determinen los estatutos sociales, sin que en ningún caso exceda de cuatro años”, pudiendo ser reelegidos “para el cargo, una o varias veces, por periodos de igual duración máxima” (artículo 529 *undecies* 1 y 2 LSC).

Con esta premisa, nótese que, el *soft law* de la Unión Europea (Libro Verde GC), apuesta porque la diversidad vaya referida no a todos los consejeros, sino a los “miembros no ejecutivos”, los denominados en nuestro ordenamiento jurídico externos (dominicales e independientes), no a los internos (ejecutivos). Incide en ello, la Propuesta de Directiva, en su día *hard law*, del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines³⁰, que nos lleva al análisis de la regulación contenida en la misma.

²⁹ La LSC “no establece los requisitos o condiciones que ha de reunir un consejero para ser calificado como tal, sino que por el contrario establece distintos supuestos en los que un consejero no podría ser considerado ‘en ningún caso’ como independiente”, Aurelio Menéndez y Ángel Rojo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, ob cit, p. 502.

³⁰ COM/2012/0614 final. La propuesta de directiva nace por las discrepancias entre los Estados miembros, habida cuenta de los enfoques muy diferentes aplicados en cada uno de ellos. Algunos “Estados miembros han desarrollado una legislación nacional pero dirigida a grupos diferentes de empresas y con planteamientos legislativos distintos”. Las legislaciones nacionales, si es que llegan a abordar el problema, están evolucionando en distintas direcciones. Así, hay Estados miembros que han propiciado un modelo de “cumplir o dar explicaciones”; otros han “establecido

2.2.2. *Regulación ad futurum: La propuesta de directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas*

La regulación *ad futurum* de la UE entra de a regular uno de los aspectos analizados en el epígrafe anterior: la diversidad de género en los consejos de administración, entrando a establecer la presencia de las mujeres en los mismos así como a qué categoría de consejeros va referida.

Efectivamente, el 4.1 “impone a las empresas cotizadas que no cuenten con una presencia del género menos representado de un mínimo del 40 % de los administradores no ejecutivos, la obligación de realizar los nombramientos para esos puestos basándose en un análisis comparativo de las cualificaciones de cada candidato, mediante la aplicación de unos criterios preestablecidos, claros, formulados de forma neutra y carentes de ambigüedades, con objeto de alcanzar el citado porcentaje a más tardar el 1 de enero de 2020”. Se establece un plazo más breve para lograr el objetivo (1 de enero de 2018) para las empresas cotizadas que sean empresas públicas³¹. Su apartado 2 especifica el método de cálculo del número exacto de puestos de administrador no ejecutivo necesario para alcanzar estos objetivos que debe ser “la cifra más próxima al 40 %, ya sea por debajo o por encima de dicho umbral, pero, al mismo tiempo, no se debe obligar a las empresas cotizadas a nombrar miembros del género menos representado para la mitad o más de los puestos no ejecutivos en el consejo con objeto de evitar limitaciones excesivas”.

Así, pues, contempla el 40% y (solo) los consejeros no ejecutivos “con el fin de lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de aumentar la diversidad de género en los consejos, por una parte, y la necesidad de minimizar las injerencias en la gestión diaria de las empresas, por otra”; y solo para las empresas que coticen en bolsa “debido a su importancia económica y su gran visibilidad y a que sientan las normas del sector privado en general” justificándose, asimismo, porque “suelen tener unos consejos mayores” y porque su “estatuto jurídico es similar en toda la UE, lo que ofrece la necesaria comparabilidad de situaciones” (objeto de la propuesta). De entre las cotizadas, la propuesta de directiva explícitamente señala

directamente un objetivo de equilibrio de género jurídicamente vinculante, con sanciones”; otros “se centran en las empresas cotizadas, mientras que otros lo hacen en las grandes empresas (con independencia de si cotizan o no) o solo en las empresas de propiedad estatal”; otros “dirigen sus medidas a los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas, mientras que otros incluyen tanto a los administradores ejecutivos como no ejecutivos de los consejos de administración de las empresas cotizadas” (antecedentes de la propuesta).

³¹ En el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas.

que “no se aplicará a las pequeñas y medianas empresas” (artículo 3) tal como se definen en la Recomendación de la Comisión sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresa de 6 de mayo de 2003³².

El artículo 4.3 “impone una norma de preferencia” con el objetivo de alcanzar el objetivo contemplado en el apartado 1 del precepto. Esta norma de preferencia establece que, “habiendo candidatos de ambos géneros con la misma cualificación se dará prioridad al candidato del sexo menos representado a menos que una evaluación objetiva, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona, incline la balanza a favor del candidato del otro género. Estos requisitos “deberán cumplirse en la fase adecuada del proceso de selección en función del Derecho nacional y los estatutos de las empresas cotizadas”.

El artículo 4.4 “impone una obligación de comunicar información y establece una norma sobre la carga de la prueba aplicable en caso de que un candidato que no haya sido nombrado impugne el procedimiento de selección”. Su apartado 5 prevé la posibilidad de “justificar el incumplimiento del objetivo cuando el género menos representado constituya menos del 10 % de la plantilla”.

El artículo 5 está destinado a medidas adicionales de las empresas y presentación de informes. Su apartado 1 “impone a las empresas cotizadas la obligación de asumir compromisos individuales en relación con la representación de ambos géneros entre los administradores ejecutivos, que deberá alcanzarse a más tardar el 1 de enero de 2020, o el 1 de enero de 2018 cuando las empresas cotizadas sean empresas públicas”. Establece la “obligación de facilitar y publicar información sobre la distribución por géneros de sus consejos”, obligación que “tendrá carácter anual” (artículo 5.2). A aquellas empresas cotizadas que “no alcancen los objetivos relativos a los administradores no ejecutivos o los compromisos relativos a los administradores ejecutivos”, el artículo 5.3 les impone “una obligación suplementaria de explicar los motivos e incluir la descripción de las medidas adoptadas y previstas para alcanzar los objetivos o los compromisos en el futuro” (principio de cumplir o explicar).

³² Diario Oficial L 124 de 20/05/2003, cuyo artículo 2 establece que: La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros (apartado 1). En la categoría de las PYME, se define a una pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros (apartado 2). En la categoría de las PYME, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros” (apartado 3).

Conciliar los intereses sociales de la empresa con la cuota representativa de las mujeres –y así promover la diversidad y la igualdad de género en los consejos– es el dilema principal, el *quid* de la cuestión, del cual deriva a su vez, si basta con los consejeros externos/no ejecutivos, o si se tendría que aplicar también a los internos/ejecutivos, los cuales, como señala la doctrina, representan “el núcleo de poder y decisión”, siendo precisamente “aquí donde hubiera sido significativo la representación paritaria”³³, si se tiene en cuenta, además, la dificultad que encuentran las mujeres de ocupar puestos directivos, de responsabilidad y confianza en las compañías, a partir de los cuales, se les abriera la posibilidad de acceder a los consejos de administración como consejeras ejecutivas. No es productivo ni eficaz hablar de presencia de mujeres en los consejos de administración, más como consejeras ejecutivas, si no se garantiza, previamente, el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los altos puestos directivos, cuyos nombramientos tienen que estar basados también en criterios neutros en género, objetivos y transparentes.

Efectivamente, nos atrevemos a mantener como hecho incuestionable que la participación de las mujeres en la dirección de las empresas y en los consejos de administración sigue siendo baja y que el avance es lento y desigual en los Estados miembros de la UE como afirma la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo el Comité de Regiones, *El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*³⁴, la cual, apunta como obstáculos: las grandes diferencias en el tipo de educación de mujeres y hombres, siguiendo estando las mujeres “menos representadas en las ramas científicas, tecnológicas, las ingenierías y las matemáticas que son las más demandadas en el mercado de trabajo”; la percepción de los “diferentes roles de las mujeres y los hombres en la sociedad”; el hecho de una “una vez incorporadas al mercado laboral, las mujeres tienden a concentrarse en un pequeño número de ocupaciones, con frecuencia menos retribuidas y valoradas”; la falta de ayudas para compaginar familia y trabajo sin que exista una “oferta global y equilibrada de medidas de flexibilidad laboral” así como la falta de transparencia en los procesos de contratación, promoción y nombramiento para puestos en los consejos que se basan “en gran medida en los contactos personales y profesionales de quienes ya son miembros del consejo”. Y esta situación tiene que cambiar porque, como argumenta la Comunicación, la UE, los Estados miembros no se pueden permitir “este desequilibrio de género sistemático en el nivel más alto de la toma de decisiones

³³ Escribano Gámir, M^a C., *Igualdad de género y poder de decisión en el Gobierno Corporativo en España, doce años después de la promulgación de la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres* en Gobierno Corporativo e igualdad de género: Realidad y tendencias regulatorias actuales, Tirant lo Blanch (2019), p.131.

³⁴ Bruselas, 14.11.2012. COM (2012) 615 final.

económicas, con el consiguiente desperdicio de talentos y recursos”, puesto que la diversidad de género en los consejos de administración, “se traduce en ideas innovadoras, una mayor competitividad y rendimiento, y una mejor gobernanza de las empresas”; es un “signo de apertura a otros puntos de vista y de respeto de las diferencias entre las partes interesadas –accionistas, inversores, trabajadores y clientes de la empresa– que refleja que la empresa reconoce la complejidad de los mercados mundiales y está preparada para competir eficazmente en ellos”.

Pongamos de ejemplo España. Según la base de datos del INE, *Mujeres en la presidencia y en los consejos de administración de las empresas del IBEX-35*, en cinco años, del 22'00 del 2017 se ha alcanzado el 32'6% en el año 2021, se ha superado pues, el 30% recomendado por la CNMV, esperemos que se logre el 40% en el 2022, dato, pues, muy positivo. El tema se complica cuando se analiza por categorías de consejeros y, para ello, sirva, a título ilustrativo, la nota de prensa de la CNMV de 18 de mayo de 2021 sobre la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas cotizadas del 2020 –expreso agradecimiento a la esta institución por recopilar los datos y publicitar la información de los mismos–. En ella, queda reflejado que la presencia de mujeres en el grupo de los independientes es del 39%, seguido de los dominicales (21%), destacando, por el contrario, “el escaso número de consejeras ejecutivas, cuyo peso se sitúa en el 5,5%”, y ello se debe, con toda probabilidad, a que, como estamos apuntando, “las mujeres (solo) ocupaban el 17,00% del total de altos puestos directivos³⁵”. Ello comporta, si se nos permite la expresión, que se esté pervirtiendo el sistema, incluso, si se apura, que nos hallemos ante un supuesto de discriminación indirecta. En primer lugar, porque los hombres acabarán teniendo dificultades o no pudiendo acceder a las consejerías independientes, o lo que es peor, creándose un clima anti presencia de mujeres en los consejos (efecto *boomerang*). En segundo lugar, porque no se cumpliría con la esencia, con la *mens legislatoris*, que preside la regulación, el principio de igualdad (y no discriminación), la promoción de la diversidad e idoneidad, siendo, por ello esencial, que las mujeres puedan acceder a los altos cargos directivos de las empresas cotizadas (auténtico techo de cristal) y, de ahí, poder estar representadas en los consejos, en particular, como consejeras ejecutivas dando virtualidad al principio de igualdad de oportunidades; es por ello, que la igualdad y no discriminación se ha de aplicar en toda la pirámide organizativa de la compañía. Focalizar la presencia de las mujeres solo en las consejerías independientes supone tener por cumplido, formalmente –que no sustancialmente–, con las, en su día, exigencias del ordenamiento jurídico, pero no con la intención y la razón de ser de la norma.

³⁵ Entendiendo por tales, como dice la nota, “aquellos puestos que dependen directamente del consejo o del primer ejecutivo de la compañía y, en todo caso, el auditor interno”. La información pormenorizada, se puede localizar en las páginas web de las compañías en donde figura, exactamente, la composición de los consejos y qué categoría de consejero ocupan.

En este sentido, es “necesario un verdadero cambio de fondo en la ‘conciencia’ de las sociedades españolas, de tal forma que no se limiten a realizar pequeñas modificaciones en sus estructuras de gobierno con el objetivo simplemente de cumplir con los mínimos que indica el Código Unificado (como ocurre por ejemplo con la presencia de mujeres en los consejos) sino que verdaderamente lleven a cabo cambios en el gobierno corporativo de las empresas dirigidos a incrementar la transparencia informativa sobre todo para proteger a los inversores y especialmente a los pequeños accionistas. Debe generarse una verdadera conciencia de gobierno corporativo de tal modo que las organizaciones realmente crean y confíen en el buen gobierno de las mismas”³⁶.

Otro razonamiento que nos extraemos de la futura regulación es que no se trata de que las mujeres entren en los consejos de administración, por el hecho de ser mujer y por querer cumplir con la cuota sí o sí –de nuevo, a efectos formales y no sustantivos–, un atajo simplista. Éste no es el objetivo de la propuesta de directiva que, de hecho, no impone el nombramiento de las mujeres por encima de los criterios/principios de mérito y capacidad, sino que vela por los intereses sociales y trata de compatibilizar éstos con el principio de igualdad (y no discriminación), puesto que el nombramiento de los consejeros se ha de realizar bajo el análisis comparativo de la cualificación de los candidatos aplicando criterios claros y transparentes, neutros en género y sin ambigüedades, garantizándose, de esta manera, que la cualificación y el mérito de los candidatos permanezcan como criterios fundamentales para poder desempeñar el puesto en el consejo. Recuérdese, en el caso de España, que la propuesta de nombramiento de los miembros del consejo de administración deberá ir acompañada en todo caso de un informe justificativo del consejo en el que se valore la competencia, experiencia y méritos del candidato propuesto (artículo 529 *decies* 5 LSC) y que la Recomendación 14 del Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas (revisado en junio de 2020) de la CNMV aconseja que “el resultado del análisis previo de las competencias requeridas por el consejo de administración se recoja en el informe justificativo de la comisión de nombramiento que se publique al convocar la junta general de accionistas a la que se someta la ratificación” asegurándose así el equilibrio y la compatibilidad entre el interés social y principio de igualdad mediante la aplicación y justificación clara, precisa y comprensiva de los criterios de valoración de los candidatos que debe contener este informe justificativo; de esta forma, además, se garantiza que las reglas del juego sean objetivas y estén publicitadas.

Es, pues, esencial que prime la “igualdad de talentos” porque en el fondo de lo que se trata es de que “todos, mujeres y hombres, puedan llegar a aportar su *talento* y *capacidad*, con independencia de su identidad sexual u otras circunstancias personales o sociales” y para ello, “es necesario que las mujeres puedan *entrar* en

³⁶ Ferruz L., Marco Sanjuán I., Acero Fraile I., *El nuevo modelo de informe anual de gobierno corporativo español: implicaciones prácticas*, ob cit, p.76.

igualdad de condiciones en los consejos que sus colegas varones³⁷; igualdad de talento a aplicar, no solo en los consejos, sino también, primera y prioritariamente, en el acceso a los puestos directivos para poder adquirir el conocimiento, las habilidades y competencias necesarias, serias e imprescindible que requiere el ejercicio de una consejería, en especial, la ejecutiva. A estos efectos, la Resolución del Parlamento Europeo de 29 de marzo de 2012 sobre una normativa de gobierno corporativo para las empresas europeas³⁸, pide a las empresas que apliquen “unos métodos transparentes y fundados en el mérito en el ámbito de los recursos humanos y que desarrollen y promuevan con eficiencia los talentos y capacidades de hombres y mujeres” y que velen “por la igualdad de trato y de oportunidades para hombres y mujeres en el trabajo y contribuir a un equilibrio adecuado entre la vida laboral y la vida profesional para hombres y mujeres”.

Solo cuando dos candidatos estén igualmente cualificados, la prioridad será dada al candidato cuyo sexo esté menos representado. Ciertamente, se trata de una medida de acción positiva a la que, si se permite el comentario, no están acostumbrados los mercantilistas, pero sí los que nos dedicamos al Derecho Social, prevista no solo en nuestra legislación sino también en la negociación colectiva (artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores) cuyo porqué es, precisamente, evitar las discriminaciones, directas e indirectas, y promover el principio de igualdad, real y efectiva, entre hombres y mujeres, razón de ser que impregna las modificaciones operadas en el Derecho Mercantil sobre la materia que estamos tratando. Medidas de acción positiva que están previstas en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Carta), artículo 23, a cuyo tenor, “el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”. En fin, medidas de acción positiva que, precisamente, nacen por la falta de una previa voluntad de la política empresarial en la consecución de tales principios y que, una vez que se conviertan en *hard law*, en norma del ordenamiento jurídico, se exigirán con carácter obligatorio, cuyo incumplimiento, llevará aparejado la correspondiente sanción “efectiva, proporcional y disuasoria” (artículo 6 de la propuesta de directiva).

Como señala la Exposición de Motivos de la propia propuesta de directiva (apartado 1), ésta cumple con los criterios establecidos por el TJUE (artículo 4.3) con la finalidad de conciliar los dos conceptos de igualdad formal de trato y acción positiva destinados a lograr la igualdad de hecho, reconocidos ambos en la Carta, así como en el artículo 157 del TFUE y en el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación

³⁷ Huerta Viesca, M^a I., *La composición equilibrada de género en los consejos de administración: entre la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad, su proyectada reforma y la Ley 11/2018 de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad en Gobierno Corporativo e igualdad de género: Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch (2019), p.105.

³⁸ (2013/C 257 E/08).

del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, a saber: (1) las medidas deben referirse a un sector en el que las mujeres estén menos representadas; (2) solo pueden dar prioridad a las candidatas femeninas que tengan la misma cualificación que los candidatos masculinos; (3) no deben dar prioridad automática e incondicional a los candidatos que tengan la misma cualificación, sino que deben incluir una “cláusula de salvaguardia”, que incluya la posibilidad de aplicar excepciones en casos justificados, teniendo en cuenta la situación individual, en particular, la situación personal de cada candidato. Son estos criterios los que tienen que ser tenidos en cuenta cuando la directiva se apruebe y tengan que ser traspuesta por los Estado miembros.

Somos plenamente conscientes del cambio de mentalidad que ello conlleva, de que las empresas cotizadas (en el caso de España, las de Ibex-35) son de diferentes sectores y tienen su propia idiosincrasia, muestra de esta dificultad, es su difícil aprobación; se recuerda, que la propuesta de directiva (del 2012), tenía que haber nacido y ser efectiva “a más tardar el 1 de enero de 2020 o, si las empresas cotizadas son empresas públicas, a más tardar el 1 de enero de 2018”, previendo un plazo de dos años a partir de la fecha de su adopción para que sea traspuesta por los Estados (artículo 8), y estamos en el 2022 sin que se haya publicado en el DOCE. Pero, si de verdad se quiere avanzar en la igualdad de género—real y efectiva—; evitar la discriminación en el acceso a los puestos directivos y, en lo que nos atañe ahora, en los consejos de administración, en particular, como consejeras ejecutivas; llevar a efecto el empoderamiento de las mujeres de la Agenda 2030 —“la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública” (5.5 ODS)—, la propuesta de directiva se tiene que convertir (ya) en *hard law*.

Esperemos que la *mens legis* de la norma que trasponga la directiva y/o el código de buen gobierno corporativo de la CNMV tengan en cuenta las cuestiones planteadas con ánimo constructivo. No hay que olvidar que las directivas fijan mínimos, pudiendo la regulación interna de los Estados miembros acelerar e incrementar esta composición diversa y paritaria, teniendo un amplio margen de actuación en este proceso de regulación y adaptación.

3. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. LOS INFORMES SOBRE SOSTENIBILIDAD

En primer lugar, vaya por delante que, así como las normas del gobierno corporativo van dirigidas a las sociedades anónimas cotizadas reguladas en la LSC, no acontece lo mismo con las de la responsabilidad social corporativa (RSC), aplicables a todas las empresas, de aquí que su regulación se halle, no en la LSC, sino que esté contenida en el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código

de Comercio (Cco). Como señala el *Libro verde - Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* (Libro Verde RSC), el concepto de RSC se aplica “sobre todo en las grandes empresas (incluidas las cotizadas), aunque en todos los tipos de empresas, públicas y privadas, incluidas las PYME y las cooperativas, existen prácticas socialmente responsables” (apartado 5).

Puede ser definida como la “manera en que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores” (Iniciativa InFocus de la OIT), es, esencialmente, “un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio” (Libro verde RSC, apartado 8).

Se coincide en que sus características son: que se trata una “iniciativa de carácter voluntario”, que “sólo depende de la empresa” y “refiere a actividades que se considera rebasan el mero cumplimiento de la legislación”³⁹. Forma parte integrante de la gestión de las empresas; es sistemática, no ocasional; guarda relación con el desarrollo sostenible; no reemplaza el papel que desempeña las autoridades públicas, ni a la negociación colectiva ni a las relaciones de trabajo⁴⁰. Con otras palabras⁴¹:

- Su contenido, como en el caso del desarrollo sostenible, se concreta en tres aspectos: crecimiento económico, cohesión social y protección del medioambiente; en este punto se manifiesta la conexión sustantiva entre RSC y el desarrollo sostenible.
- Carácter voluntario, lo que sin embargo, no significa que la RSC se agote en cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino que se debe ir más allá de su cumplimiento “invirtiendo” más en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores.
- No es sustitutiva de la reglamentación o legislación sobre derechos sociales o normas medioambientales, ni permite tampoco evitar la elaboración de nuevas normas en esas materias.
- No es exclusiva de las grandes corporaciones, sean o no sociedades cotizadas, sino que es una estrategia común a todas las empresas y corporaciones con independencia de su naturaleza jurídica, tamaño y finalidad, en la idea de conseguir los más altos niveles de desarrollo sostenible.

³⁹ *Iniciativa InFocus de la OIT sobre responsabilidad social de la empresa*, Consejo de Administración, 295.ª reunión, Ginebra (2006).

⁴⁰ ILO Helpdesk Factsheet No. 1, *The ILO and Corporate Social Responsibility (CSR)*.

⁴¹ Informe de HSF (España): *Desarrollo sostenible, responsabilidad social corporativa y buen gobierno*, p.5.

De esta forma, se alcanza mayores “niveles de desarrollo social, protección medioambiental y respeto de los derechos humanos y adoptan un modo de gobernanza abierto que reconcilia intereses de diversos agentes en un enfoque global de calidad y viabilidad”. Esta actuación da lugar a “esferas novedosas para las relaciones existentes en la empresa, con respecto al diálogo social, la adquisición de cualificaciones, la igualdad de oportunidades, la previsión y la gestión del cambio; a nivel local o nacional, con respecto al refuerzo de la cohesión económica y social y la protección de la salud; y de manera general, a escala mundial, respecto a la protección del medio ambiente y el respeto de los derechos fundamentales” (Libro Verde RSC, apartados 3 y 4).

Numerosos factores impulsan este avance de la RSC de las empresas. El Libro Verde RSC (apartado 8) señala como tales: Las nuevas inquietudes y expectativas de los ciudadanos, consumidores, poderes públicos e inversores en el contexto de la mundialización y el cambio industrial a gran escala; los criterios sociales que influyen cada vez más en las decisiones de inversión de las personas o las instituciones tanto en calidad de consumidores como de inversores; la preocupación cada vez mayor sobre el deterioro medioambiental provocado por la actividad económica; y la transparencia de las actividades empresariales propiciada por los medios de comunicación y las modernas tecnologías de información y comunicación. Al igual que acontece con el gobierno corporativo, y señalamos también en la introducción, acredita la evolución que se está produciendo en el comportamiento de las empresas.

Entrando en su regulación, de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2013/34/UE –que se ha visto modificada por la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos–, contiene un artículo 19 *bis*, en virtud del cual, “las grandes empresas que sean entidades de interés público que, en sus fechas de cierre del balance, superen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio, incluirán en el informe de gestión un estado no financiero que contenga información, en la medida en que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y el impacto de su actividad, relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, y que incluya:

- a) una breve descripción del modelo de negocio de la empresa;
- b) una descripción de las políticas que aplica la empresa en relación con dichas cuestiones, que incluya los procedimientos de diligencia debida aplicados;
- c) los resultados de esas políticas;
- d) los principales riesgos relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades de la empresa, entre ellas, cuando sea pertinente y proporcionado,

- sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo la empresa gestiona dichos riesgos;
- e) indicadores clave de resultados no financieros, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta”.

En el caso de que la empresa no aplique ninguna política en relación con una o varias de esas cuestiones, “el estado no financiero ofrecerá una explicación clara y motivada al respecto” (principio de “cumplir o explicar”).

Los Estados miembros “podrán permitir que, en casos excepcionales, se omita la información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones en curso de negociación cuando, en la opinión debidamente justificada de los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión, que actúen dentro de los límites de las competencias que les confiera el Derecho nacional y sean colectivamente responsables de dicha opinión, la divulgación de dicha información pueda perjudicar gravemente a la posición comercial de la empresa, siempre que esa omisión no impida una comprensión fiel y equilibrada de la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y del impacto de su actividad”. Al exigir la divulgación de esta información, los Estados miembros “dispondrán que las empresas pueden basarse en marcos normativos nacionales, de la Unión o internacionales, y en tal caso, las empresas especificarán en qué marcos se han basado”.

La trasposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2014/95/UE por la que se modifica la Directiva 2013/34/se ha producido por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. En concreto, el artículo 49.6 Cco establece que el “estado de información no financiera consolidado incluirá la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad respecto, al menos, a cuestiones medioambientales y sociales, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, así como relativas al personal, incluidas las medidas que, en su caso, se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la no discriminación e inclusión de las personas con discapacidad y la accesibilidad universal”; es por ello, que se le denomina y conoce por informe de sostenibilidad. En particular, este informe deberá incluir información sobre las siguientes cuestiones:

- I. Medioambientales: Información detallada sobre los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente y en su caso, la salud y la seguridad, los procedimientos de evaluación o certificación ambiental; los recursos dedicados a la prevención de riesgos ambientales; la aplicación del

principio de precaución, la cantidad de provisiones y garantías para riesgos ambientales.

- Contaminación: medidas para prevenir, reducir o reparar las emisiones de carbono que afectan gravemente el medio ambiente; teniendo en cuenta cualquier forma de contaminación atmosférica específica de una actividad, incluido el ruido y la contaminación lumínica.
- Economía circular y prevención y gestión de residuos: medidas de prevención, reciclaje, reutilización, otras formas de recuperación y eliminación de desechos; acciones para combatir el desperdicio de alimentos.
- Uso sostenible de los recursos: el consumo de agua y el suministro de agua de acuerdo con las limitaciones locales; consumo de materias primas y las medidas adoptadas para mejorar la eficiencia de su uso; consumo, directo e indirecto, de energía, medidas tomadas para mejorar la eficiencia energética y el uso de energías renovables.
- Cambio climático: los elementos importantes de las emisiones de gases de efecto invernadero generados como resultado de las actividades de la empresa, incluido el uso de los bienes y servicios que produce; las medidas adoptadas para adaptarse a las consecuencias del cambio climático; las metas de reducción establecidas voluntariamente a medio y largo plazo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y los medios implementados para tal fin.
- Protección de la biodiversidad: medidas tomadas para preservar o restaurar la biodiversidad; impactos causados por las actividades u operaciones en áreas protegidas.

II. Sociales y relativas al personal:

- Empleo: número total y distribución de empleados por sexo, edad, país y clasificación profesional; número total y distribución de modalidades de contrato de trabajo, promedio anual de contratos indefinidos, de contratos temporales y de contratos a tiempo parcial por sexo, edad y clasificación profesional, número de despidos por sexo, edad y clasificación profesional; las remuneraciones medias y su evolución desagregados por sexo, edad y clasificación profesional o igual valor; brecha salarial, la remuneración de puestos de trabajo iguales o de media de la sociedad, la remuneración media de los consejeros y directivos, incluyendo la retribución variable, dietas, indemnizaciones, el pago a los sistemas de previsión de ahorro a largo plazo y cualquier otra percepción desagregada por sexo, implantación de políticas de desconexión laboral, empleados con discapacidad.
- Organización del trabajo: organización del tiempo de trabajo; número de horas de absentismo; medidas destinadas a facilitar el disfrute de la conciliación y fomentar el ejercicio corresponsable de estos por parte de ambos progenitores.

- Salud y seguridad: condiciones de salud y seguridad en el trabajo; accidentes de trabajo, en particular su frecuencia y gravedad, así como las enfermedades profesionales; desagregado por sexo.
- Relaciones sociales: organización del diálogo social, incluidos procedimientos para informar y consultar al personal y negociar con ellos; porcentaje de empleados cubiertos por convenio colectivo por país; el balance de los convenios colectivos, particularmente en el campo de la salud y la seguridad en el trabajo.
- Formación: las políticas implementadas en el campo de la formación; la cantidad total de horas de formación por categorías profesionales.
- Accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Igualdad: medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; planes de igualdad previsto en Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), medidas adoptadas para promover el empleo, protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, la integración y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la política contra todo tipo de discriminación y, en su caso, de gestión de la diversidad.

III. Información sobre el respeto de los derechos humanos: Aplicación de procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos; prevención de los riesgos de vulneración de derechos humanos y, en su caso, medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos cometidos; denuncias por casos de vulneración de derechos humanos; promoción y cumplimiento de las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con el respeto por la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil.

IV. Información relativa a la lucha contra la corrupción y el soborno: medidas adoptadas para prevenir la corrupción y el soborno; medidas para luchar contra el blanqueo de capitales, aportaciones a fundaciones y entidades sin ánimo de lucro.

V. Información sobre la sociedad:

- Compromisos de la empresa con el desarrollo sostenible: el impacto de la actividad de la sociedad en el empleo y el desarrollo local; el impacto de la actividad de la sociedad en las poblaciones locales y en el territorio; las relaciones mantenidas con los actores de las comunidades locales y las modalidades del diálogo con estos; las acciones de asociación o patrocinio.
- Subcontratación y proveedores: la inclusión en la política de compras de cuestiones sociales, de igualdad de género y ambientales; consideración en las relaciones con proveedores y subcontratistas de su responsabilidad

social y ambiental; sistemas de supervisión y auditorías y resultados de las mismas.

- Consumidores: medidas para la salud y la seguridad de los consumidores; sistemas de reclamación, quejas recibidas y resolución de las mismas.
- Información fiscal: los beneficios obtenidos país por país; los impuestos sobre beneficios pagados y las subvenciones públicas recibidas.

Así pues, el informe de sostenibilidad, a incluir en el estado de información no financiera consolidado, tiene como objetivo informar públicamente sobre los impactos de sus productos, servicios y operaciones, según la empresa de la que se trate, en los ámbitos social y ambiental y, por ende, económico. Dada la importancia de los mismos, hay empresas cotizadas del Ibex-35, que han constituido comisiones de sostenibilidad en el seno del consejo de administración.

Son, precisamente, estos informes de sostenibilidad, en su aspecto social, los que tienen: De una parte, que fomentar la aplicación de los ocho los convenios fundamentales de la OIT que regulan los derechos humanos de los trabajadores⁴², en especial, en las cadenas mundiales de suministros, promoviendo el cumplimiento de unos mínimos estándares, mediante acuerdos de cumplimiento laboral (*labour compliance agreements*) entre el empresario principal y el contratista/subcontratista; de esta forma, se podría prevenir o mitigar consecuencias negativas sobre los derechos humanos relacionados con el desarrollo de operaciones, productos o servicios propios de sus relaciones comerciales y/o de negocio⁴³. De otra parte,

⁴² El Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, (1948). El Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949). El Convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso (1930 y su Protocolo de 2014). El Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (1957). El Convenio núm. 138 sobre la edad mínima (1973). El Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1999). El Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración (1951). El Convenio núm. 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación (1958).

⁴³ Y ello porque, la vulneración de estos derechos, se acentúa en los casos de contratación y/o subcontratación en los que, el empresario principal, aun no siendo el responsable directo del empleo generado por los contratistas/subcontratistas, toma decisiones de inversión que sí afectan a las condiciones de trabajo en los otros eslabones de la cadena de la contrata o subcontrata, los proveedores, y éstos operan de manera informal y optan por un empleo que contravienen las normas laborales, recurriendo, incluso en casos extremos, al trabajo forzoso y al trabajo infantil; a su vez, estas prácticas constituyen una competencia desleal en perjuicio de los proveedores que cumplen con las normas del trabajo, internacionales y/o nacionales [Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo 105.ª reunión *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro* (2016)]. Obviamente, estos Convenios fundamentales de la OIT –en realidad, todos–, tienen que ser previa y obligatoriamente cumplidos por los Estados que los han ratificado, pero la intención es que se fomente su aplicación, asimismo, por las compañías multinacionales.

recoger los cuatro objetivos que conforman el concepto de trabajo decente (8 ODS)⁴⁴:

1. Las oportunidades de empleo, es decir, promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para poder trabajar de manera productiva en aras de su propia realización personal y el bienestar común. Significa que todas las empresas sean sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos. Se traduce, asimismo, en que la sociedad pueda conseguir sus objetivos de desarrollo económico y de progreso social así como alcanzar un buen nivel de vida, cuestiones, todas ellas, relacionadas con el denominado empleo verde (*green jobs*) y la agricultura ecológica, cuya progresiva importancia, se considera, imparable.
2. El respeto, la promoción y la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, con especial énfasis en la abolición efectiva del trabajo infantil y del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas –trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente –, incluido, la trata de seres humanos. La garantía de la libertad de asociación y el derecho a negociación colectiva. La erradicación de la discriminación contra todas las mujeres y las niñas, sin dejar atrás a colectivos como jóvenes, desempleados de larga duración, personas con discapacidad, inmigrantes y las personas mayores.
3. La protección social, entendida en una triple vertiente: a) ampliación de la seguridad social desde el punto de vista subjetivo y objetivo, que dé respuestas a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos; b) condiciones de trabajo saludables y seguras; c) medidas en materia de salarios, horas y otras condiciones de trabajo destinadas a garantizar una justa distribución de los frutos del progreso. Es un concepto extensivo y expansivo del tradicional de seguridad social cuya finalidad es lograr un crecimiento integrador, promoviendo una cohesión económica, social y territorial, y así afrontar y combatir pobreza multidimensional. Actúa en conjunción y relación a las políticas sobre trabajo decente, servicios públicos e infraestructuras sostenibles, figurando la perspectiva de género y el empoderamiento de mujeres y niñas con carácter transversal.

⁴⁴ Concepto acuñado, formalmente, en 1999 por el Director General de la OIT, Juan Somavia, cuando presentó su Memoria Trabajo decente en la Sesión 87ª de la OIT. No lo definió pero sí que tenía claro que es “un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno”.

4. El diálogo social y el tripartismo para así adaptar la aplicación de los objetivos estratégicos a las necesidades y circunstancias de cada país. Traducir el desarrollo económico en progreso social y el progreso social en desarrollo económico. Facilitar la creación de consenso respecto de las políticas nacionales e internacionales que inciden en las estrategias y programas en materia de empleo y trabajo decente. Fomentar la eficacia de la legislación y las instituciones laborales, en particular, respecto del reconocimiento de la relación de trabajo, la promoción de buenas relaciones laborales y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección del trabajo.

Desde el punto de vista subjetivo, “la idea de ‘trabajo decente’ es válida tanto para los trabajadores de la economía regular como para los trabajadores asalariados de la economía informal (economía sumergida)⁴⁵, los trabajadores autónomos y los que trabajan a domicilio”⁴⁶; los miembros de cooperativas y de unidades de la economía social y solidaria; los trabajadores familiares. Refiere a los trabajadores empleados en trabajos atípicos⁴⁷. A efectos normativos, comprende “los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices” (Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea). Asimismo, atiende a los que no han accedido al empleo, los colectivos vulnerables a los que alude la *Declaración de la OIT para el futuro del Trabajo* (2019): Jóvenes desempleados, trabajadores de edad, mujeres, personas con discapacidad e inmigrantes. Por lo expuesto, se considera que el sujeto del trabajo decente, no

⁴⁵ A los que se refiere la Recomendación núm. 204 de la OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal.

⁴⁶ Dharam Ghai, *Trabajo decente. Concepto e indicadores*, Revista Internacional del Trabajo núm. 2, vol. 122 (2003), p.125.

⁴⁷ Como señala el documento *Atypical work* elaborado por EurWORK European Observatory of Working Life de 24 de noviembre de 2017, “atypical work refers to employment relationships that do not conform to the standard or ‘typical’ model of full-time, regular, open-ended employment with a single employer over a long time span... included part-time work, temporary work, fixed-term work, casual and seasonal work, self-employed people, independent workers and homeworkers” Continúa expresando, “although the number of workers in non-standard employment has grown significantly over the past two decades, these workers continue to be regarded as being in ‘atypical’ employment. In terms of legal regulation, the debate has thus focused on the distinction between ‘typical’ and ‘atypical’ employment, which is the result of the disintegration of the standard employment relationship and the emergence of new forms of work in recent years. There is also an important gender dimension to the debate on atypical work, with men being disproportionately represented in standard employment relationships and increasing numbers of women in the labour force working under atypical conditions”.

es tanto el trabajador sino la “persona” en sí misma que, como sujeto del trabajo decente, ha de tener condiciones de trabajo y/u oportunidades empleo, digno(s).

Mediante el (este) concepto de trabajo decente se produce la irrupción de la ética en el Derecho Social Internacional. Tiene como fundamento la dignidad de la persona (artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y como objetivos establecer cómo tiene que ser el empleo que se genere y en qué condiciones tiene que ser desempeñado un determinado trabajo, cuya garantía depende de una suficiente protección social y, para cuya consecución, es necesario el diálogo social. Su inclusión en la Agenda 2030 refleja el entendimiento de la comunidad internacional de que el trabajo decente es a la vez un medio y un fin en la consecución de las tres dimensiones del desarrollo sostenible.

Asimismo, al convertirse en objetivo social de la Agenda 2030, implica que tenga que ir de la mano con el crecimiento económico y la protección medioambiental, lo cual requiere de un procesos de transición justa hacia una economía climáticamente neutra (lo que se ha venido a denominar ecologización de la economía), proceso en el que las empresas, no solo pueden beneficiarse, sino que es imprescindible su participación. Esta transición justa: 1) no debe reducirse a meras ayudas sino que necesita del apoyo de las Administraciones (estatal, autonómica y local) y que los sectores, público y privado, estén implicados. 2) Tiene que estar planificada y tener objetivos claramente definidos, lo que requiere de una evaluación previa de la problemática local y del establecimiento de políticas específicas para dar soluciones a largo plazo a las consecuencias de esta transformación. 3) Exige una responsabilidad (individual y colectiva), para solventar los problemas que se ocasionen en las regiones y comarcas afectadas por la reconversión hacia economías verdes⁴⁸. A estos efectos, está previsto el Fondo de Transición Justa como “herramienta clave para apoyar los territorios más afectados por la transición a la neutralidad climática y evitar el aumento de las disparidades regionales” (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Fondo de Transición Justa⁴⁹).

Los cuatro objetivos del trabajo decente, se han incorporado a los textos fundamentales de la Unión Europea: La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los 20 principios y derechos del Pilar Europeo de Derechos Sociales. El Derecho derivado, progresivamente, está incluyendo tales principios y derechos, citándolos expresamente en su regulación, *hard law* a aplicar por las compañías. Sirva, a modo de ejemplo: La Directiva 2019/1152 del Parlamento

⁴⁸ Sirva de referente, el documento de la OIT, *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos* (2015). Al respecto, *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa* (coordinadora Chacartegui Jávega), Tirant lo Blanch (2021).

⁴⁹ Bruselas, 14.1.2020 COM (2020) 22 final 2020/0006 (COD).

Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. La Directiva 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. La Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. La ya analizada Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines

Se es consciente de que las empresas cotizadas se han de enfrentar a sus propios y específicos desafíos en la búsqueda de este desarrollo sostenible. Como señala el *Documento de Reflexión de la Comisión Europea: Hacia una Europa Sostenible en 2030*, “modernizar nuestro modelo económico, resolver los problemas sociales que se plantean y seguir fomentando y promoviendo una firme cooperación multilateral basada en normas, es una tarea colosal”, pero éste es el gran reto, considero imparable, que debemos asumir como personas, grupos, sociedades, estados y ciudadanos de una patria universal, entre ellos, el de mejorar las condiciones laborales y de protección social, fundamentos del trabajo decente. Si conseguimos evolucionar *De la servidumbre al contrato de trabajo* (Alonso Olea), es tiempo ahora, en el siglo XXI y venideros, transitar hacia el trabajo decente.

UN ANÁLISIS “DAFO” DE LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: DEBILIDADES, AMENAZAS, FORTALEZAS Y OPORTUNIDADES*

XAVIER BOLTAINA I BOSCH¹

Profesor consultor de Derecho del Trabajo
Universitat Oberta de Catalunya

EXTRACTO

Palabras clave: funcionario interino, personal laboral temporal, empleo público, estabilización del empleo temporal

La Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público ha sido una de las normas legales más destacadas aprobadas durante 2021 en cuanto a su afectación a la Administración Pública. El presente estudio pretende sobre todo presentar los elementos de aquella Ley que suponen fortalezas y debilidades así como también las oportunidades que con ella se abren y las amenazas externas que puede sufrir su puesta en marcha y aplicación en el sector público en el periodo 2022-2024.

ABSTRACT

Key words: Interim civil servant, temporary staff, public employment, stabilization of temporary employment

Law 20/2021 of December 28 on urgent measures for the reduction of temporality in public employment has been one of the most outstanding legal norms approved during 2021 in terms of its impact on the Public Administration. This study aims above all to present the elements of that Law that suppose strengths and weaknesses as well as the opportunities that open up with it and the external threats that its implementation and application in the public sector in the period 2022-2024 may suffer.

* Todas las consideraciones y reflexiones manifestadas en este documento lo son a título personal o, en todo caso, en base a mi perspectiva académica universitaria.

¹ Directivo público profesional, Diputación de Barcelona.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ITINERARIO PREVIO DE LA LEY 20/2021: DEL EBEP DE 2007 AL RD-LEY 14/2021 DE 6 DE JULIO
 - 2.1. Del EBEP de 2007 a la Ley 6/2018
 - 2.2. El acuerdo Gobierno-sindicatos y el Real Decreto-ley 14/2021 de 6 de julio
3. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: ELEMENTOS CLAVE QUE COMPONEN UN ANÁLISIS DE FORTALEZAS Y DEBILIDADES
 - 3.1. Las “fortalezas” de la Ley 20/2021: una norma con voluntad de “punto final” y su articulación en el periodo 2022-2024
 - 3.2. Las “debilidades” de la Ley 20/2021: los riesgos jurídicos y los riesgos en la gestión de su aplicación
4. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LAS AMENAZAS A LA APLICACIÓN DE LA LEY
5. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LAS OPORTUNIDADES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY
6. ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN FINAL: DIEZ ALTERNATIVAS PARA UNA TEMPORALIDAD AJUSTADA A UNA ADMINISTRACIÓN DEL SIGLO XXI

1. INTRODUCCIÓN

El método DAFO (o FODA) es una tradicional clasificación de análisis, como herramienta de estudio de la situación de una empresa, institución, proyecto o persona, analizando cuatro características que son propias de la misma –Debilidades y Fortalezas– y de situaciones externas –Amenazas y Oportunidades–. A menudo una debilidad también puede ser una fortaleza, o incluso una fortaleza puede comportar una amenaza y, así, en muchos supuestos.

Su origen está en el acrónimo SWOT anglosajón (*Strengths, Weaknesses, Opportunities* y *Threats*). En el marco de la empresa, el objetivo de un análisis DAFO es determinar las ventajas competitivas de una entidad o corporación en base a sus características propias y el contexto en que se ubica.

Puede sorprender que en este documento empleemos esta metodología para aproximarnos a la Ley 20/2021 de 28 de diciembre. En todo caso, aunque sólo sea como excusa metodológica nos será útil para analizar su contenido y en el contexto en que se ha tramitado, la que ha sido una de las leyes más conflictivas del empleo público, antes de su aprobación, y que más dudas y también contenciosos está originado tras su entrada en vigor, en un *iter* histórico-jurídico que se enlaza, como mínimo con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (EBEP), pero hunde sus raíces en toda la etapa democrática española a partir de 1978 y muy especialmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1984 de 2

de agosto de medidas de reforma de la función pública, que puede ser considerada la primera gran ley de empleo público de la actual etapa democrática.

La Ley 20/2021 pretende, por enésima vez, intentar resolver el problema, gravísimo y estructural, de las elevadas tasas de temporalidad en el empleo público, que se sitúan en el 2022 en una hipotética cifra de 800 mil empleados, sobre un total de 2,7 millones de ciudadanos que ostentan la condición de trabajador o funcionario al servicio de la Administración, si bien estas cifras pueden ser más elevadas, si se toma la Encuesta de Población Activa, que ubicaría a inicios de 2022 en casi 3,5 millones los empleados del “sector público”².

En este sentido es importante esta diferencia –nada menor– dado que si bien la Ley 20/2021 se dirige a la reducción la temporalidad en la Administración Pública, su DA 7ª extiende su aplicación a las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones y consorcios del sector público, un conglomerado cuya gestión es compleja con unas reglas en materia de recursos humanos nada fácil de conjugar.

A nuestro entender la Ley 20/2021 puede ser analizada, aunque sea como forma instrumental, desde la perspectiva de que fortalezas incorpora para resolver el problema mencionado y qué debilidades incorpora, en ambos casos en base a su texto literal.

Por otro lado, si las amenazas y oportunidades en el método DAFO hace referencia al contexto en que se analiza una organización, a nuestra consideración podemos referirnos a amenazas y oportunidades de su aplicación e inserción en el ámbito público, con una pluralidad y diversidad de Administraciones y entidades del sector público muy diversas y, a menudo, con grandes diferencias no sólo entre si sino también entre los colectivos de empleados afectados.

No olvidemos que se trata de una Ley que se aplica tanto a la Administración del Estado, como a las Comunidades Autónomas, y en ellas al sector sanitario y educativo –colectivos muy numerosos con un perfil muy específico en el ámbito del empleo público–, las Corporaciones locales, las Universidades Públicas –cuanto menos en su ámbito de personal de administración y servicios– así como otro conjunto de entidades mencionadas en la DA 7ª; todo ello sin perjuicio, por lo demás, de Cuerpos o Escalas de empleados públicos que no parecen integrarse en

² Son muchas las referencias que se pueden localizar respecto a los datos del Ministerio y la Encuesta de Población Activa. Entre los más recientes, vid. X Jornadas del Institut d’Estudis de Treball, sobre “Condiciones de trabajo y empleo. Una mirada a las Administraciones Públicas”, 4 de febrero de 2022, celebradas en el Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya. Ponencia profesor Miguel García Calavia, “El empleo público en España: insuficiente, envejecido y (una parte) precarizado”. Datos estadísticos consultables en ddd.uab.cat/record/255183; última acceso, 3-3-2022.

este proceso de estabilización y sobre los que hay dudas en su aplicación, como la policía local y los funcionarios de habilitación nacional.

2. EL ITINERARIO PREVIO DE LA LEY 20/2021: DEL EBEP DE 2007 AL RD-LEY 14/2021 DE 6 DE JULIO

Los procesos de estabilización o consolidación del empleo temporal en España es una “clásico” desde los mismos inicios de la democracia. Los procesos entre 1978 y 1984 asumieron la necesidad de reconducir la temporalidad de formas muy diversas, para luego llegar a la Ley 30/1984 de 2 de agosto de medidas de reforma de la función pública y al respecto ya hay una abundante bibliografía que ha tratado, en cada supuesto, las reglas jurídicas aplicables en cada momento³.

A partir de esta norma de 1984, se pusieron las bases para la aprobación de leyes autonómicas y, así, regularizar la existencia de cientos de miles de empleados incorporados a la Administración autonómica mediante todo tipo de fórmulas, incluidos los contratos administrativos que la Ley 30/1984 proscribió.

Ahora bien, las leyes de estabilización del empleo público sufrieron cuestionamientos en sede constitucional con mayor o menor éxito según la prudencia o el exceso que incorporaban, como fue la STC 67/1989 de declarar inconstitucional el sistema de “mochila” (STC dixit) establecido por la Ley 2/1986 de 23 de mayo de función pública de Extremadura que permitía al interino propio ir incorporando puntos de méritos para ir superando los diversos apartados de la fase de oposición, una operación selectiva que se declaró inconstitucional y que quizá pueda servir para otear una posible respuesta futura a la previsión de la Ley 20/2021 en que es posible superar procesos selectivos por concurso-oposición, en la que la fase de oposición puede no aprobarse y aun así mantenerse en el proceso y lograr un resultado positivo exitoso en base a los méritos acumulados⁴.

No obstante, en las dos últimas décadas cuatro han sido los procesos “generales” –esto es, incorporados en normas estatales de alcance nacional– de

³ Con anterioridad al EBEP de 2007, vid. Puerta Seguido, Francisco, “La consolidación del empleo público precario”. *Lex Nova*, 2003; tras el EBEP, vid. Quintanilla Navarro, R: “La consolidación del empleo público temporal y el principio de igualdad”. *Aranzadi Social*, vol.1, núm.14 (2008), pp.35-43; Navarro Nieto, F: “Los planes de estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público”. *Temas Laborales*, num.103/2010, pp.67-98.

⁴ STC 67/1989: “La convocatoria impugnada consigue así el mismo efecto práctico de concesión de ventajas y privilegios y de restricción de competencia «externa» que perseguía la práctica de pruebas restringidas para el acceso a la función pública, que fue suprimida por la legislación estatal, y también por la propia Ley de la Función Pública Extremeña, cuya Disposición transitoria establece expresamente como límite para la consideración como mérito de los servicios prestados el que ello se haga con respeto del principio de igualdad del art. 23.2 de la Constitución.

estabilización del empleo público, sin perjuicio de procesos ad hoc –de gran importancia, como el que aconteció con el sistema sanitario a principios de la década de 2000, a través de la Ley 16/2011 de 21 de noviembre por la que se establece “un proceso extraordinario” de “consolidación” y provisión de plazas en el Sistema nacional de la Salud⁵.

Sin ánimo de exhaustividad, nos vamos a referir a los cuatros intentos –con mayor o menor fortuna– que se han aprobado desde la entrada en vigor del EBEP de 2007 y con anterioridad a la vigente ley 20/2021 de 28 de diciembre.

2.1. Del EBEP de 2007 a la Ley 6/2018

El EBEP incorporó una nueva y única disposición para regular los procesos de “consolidación” del empleo temporal, una vez finalizados temporalmente los que se derivaban en leyes anteriores. Esta regulación se plasmó en la DT 4ª EBEP.

Esta norma incorpora el siguiente esquema normativo, jurídicamente aún vigente pues no ha sido derogada por ninguna norma de rango legal:

- a) La Disposición Transitoria 4ª EBEP prevé un proceso de “consolidación”, no restringido de tal forma que “1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005”, añadiendo una regla claramente orientada a la estabilización en favor de los empleados afectados: “3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de

Sin embargo ese límite no ha sido respetado por este párrafo ocho de la base 4.1, puesto que la aplicación de los puntos obtenidos en la fase de concurso a cada uno de los ejercicios obligatorios de la fase de oposición, para permitir alcanzar, en su caso, la puntuación mínima establecida para aquéllos en la convocatoria, supone una diferencia no razonable y arbitraria de trato entre quienes concurren a la oposición, habiendo prestado un breve tiempo de servicios como contratados e interinos y los demás opositores, a quienes en la fase de concurso no se les valoraron otros méritos, pero a los que además se les exige, para no quedar eliminados, una puntuación que dobla la mínima exigible a los que concursan para consolidar su propia plaza. Esta desigualdad de trato, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia o no de un período previo de servicios administrativos, ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad. Por ello ha de declararse que es contraria al art. 23.2 de la Constitución y que lesiona el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas”. Un razonamiento de inconstitucionalidad que puede permitir, quizá, prever algunas conclusiones sobre la extralimitación de algunas convocatorias que se efectuen en base a la Ley 20/2021 de 28 de diciembre.

⁵ Ley 16/2001 de 21 de noviembre, BOE núm.280, de 22-11-2001.

concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”.

En todo caso, aunque hay Administraciones que siguen aplicándola, el paso del tiempo y la fecha de referencia de 1 de enero de 2005 ha dejado casi sin virtualidad aplicativa, pues si hay plazas afectadas por los requisitos del EBEP, y no han sido ofertadas, pueden ser perfectamente reconducidas al concurso de méritos de la DA 6ª y 8ª del EBEP, o cuanto menos a través del concurso-oposición del art.2 de la Ley 20/2021. Un proceso que la DT 4ª califica de “consolidación”, término luego no empleado en sucesivas leyes que se refieren a “estabilización”, sin que sea posible entrever las razones o matices de la diferencia de los vocablos en la realidad práctica.

b) El EBEP entró en vigor en mayo de 2007 y su voluntad finalista era, sin duda, resolver *ad futurum* la problemática de la temporalidad, cuanto menos de manera clara en los funcionarios interinos y con mayores dudas en el personal laboral temporal. En concreto, debe estudiarse la anterior DT 4ª en conjunción con las siguientes reglas:

- El nombramiento de un funcionario interino en plaza vacante requería, prescriptivamente, que se incluyera esta plaza en la Oferta de Empleo Público de ese mismo año natural y, si no fuera posible, en el año natural posterior, salvo amortización. Criterio que, sin embargo, no se instituyó para el personal laboral interino.
- Ello conjuntado con el art. 70.1 EBEP, que indicaba –y sigue haciéndolo– que “en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”, precepto que originó un gran debate jurídico ante la inacción de muchas Administraciones en la ejecución y que se resolvió considerándose que ello conlleva la caducidad de las Ofertas luego no convocadas⁶.
- Si cohonestamos la DT 4ª, que pretendía resolver el problema *in praeteritum*, y la norma de los arts.10 y 70.1 EBEP, *ad futurum*, se podía haber resuelto o cuanto menos normalizar la incorporación de personal temporal e interino –funcionarios y, a nuestro juicio también, laborales–

Diversos elementos se conjuraron contra este modelo razonable. En primer término, una cierta parálisis de muchas Administraciones Públicas en aplicar la DT 4ª, por razones muy diversas, generalmente en el ámbito local. En otros supuestos, el inicio en el 2012 de un periodo complejo en donde las tasas de reposición de efectivos fueron nulas o muy exiguas, que implicaron que la obligación de incluir

⁶ Boltaina Bosch, X: “La ejecución de la oferta de empleo público: del EBEP a la Ley de Presupuestos ¿Caduca la oferta no ejecutada en el plazo de tres años?”. La Administración Práctica, núm.9, 2017, pp.53-71.

las plazas interinas en la Oferta de Empleo Público derivó en imposible o muy dificultosa en base a las Leyes de Presupuestos y que se extendió cuanto menos hasta la Ley del 2016. Ello llevó a una doble conjunción: no poder normalizar la selección anual en el periodo 2012-2016 y la paralización de la DT 4^a, en algunos supuestos *ex lege* por que la Ley de Presupuestos suspendió la DT y en otros, para evitar un trato discriminatorio interno entre unos y otros empleados temporales.

Sería erróneo, sin embargo, considerar que ese periodo 2012-2016 fue el único causante del incremento de la temporalidad de forma exponencial, tal como hemos ya tenido ocasión de exponer en documentos anteriores a la Ley 20/2021⁷. Si debemos apostar por una respuesta, fue una conjunción de elementos, sobre los cuales volveremos en un apartado final. Las tasas de reposición no fueron las únicas causantes, sino que los males son estructurales, en un sistema de selección que mira siempre hacia el pasado –plazas vacantes y no hacia las necesidades del futuro y un procedimiento selectivo para que puede durar un promedio de entre dos y tres años, como lapso de tiempo razonable, cuando no mucho más, y al que la pandemia de la Covid-19 declarada en marzo de 2020 no ha venido a ayudar.

c) El segundo proceso de estabilización –que no de “consolidación”– vino de la mano de la Ley 3/2017 de 27 de junio de Presupuestos del Estado para ese mismo año, una segunda tentativa que tuvo un contenido relativamente moderado en su alcance. Esta Ley supuso el inicio del fin de la restricción coercitiva en las tasas de reposición de efectivos y también un intento de recuperar, relativamente, el tiempo perdido.

Así, sin necesidad de disponer tasa de reposición de efectivos –o más propiamente, autorizando que hasta el 90 por ciento de las plazas ocupadas de forma temporal se convocaran–, se permitió la convocatoria para cubrir plazas en determinados servicios esenciales –generalmente, en el ámbito estatal y autonómico y más restringidamente en el ámbito local–, cuando se tratara de plazas “dotadas presupuestariamente” y “hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016”⁸.

d) La norma que realmente dio un salto cualitativo fue, sin duda, la Ley 6/2018 de 3 de julio de Presupuestos para el 2018. Su artículo 19.uno.9 fijó una gran

⁷ *Vid.*, al respecto, nuestro análisis en Boltaina Bosch, X: “Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro”. Documentación Administrativa. Nueva Época Num.8, 2021, pp.66-91.

⁸ En concreto, el art.19.uno.6 de la Ley 3/2017 lo permitía para “las Administraciones y sectores señalados en las letras A), B), G), O) y P) y Policía Local, regulados en el apartado Uno.2 anterior” –esto es, Administración educativa, Administración sanitaria, Letrados de la Administración de Justicia, personal de asistencia directa a los usuarios de los servicios sociales y personal de gestión de prestación y políticas activas de empleo–, así como también determinados

amplitud para estabilizar empleo temporal. En concreto, se permitió que, aun no existiendo tasa de reposición, se convocaran mediante una tasa “adicional” que no tenía límite ni porcentual ni numérico, “las plazas de naturaleza estructural que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2017 en los siguientes sectores y colectivos: personal de los servicios de administración y servicios generales, de investigación, de salud pública e inspección médica así como otros servicios públicos. En las Universidades Públicas, sólo estará incluido el personal de administración y servicios”.

Parece evidente que el descriptivo del precepto era generosamente amplio y si por si cupiera alguna duda o algún colectivo quedase fuera, se incluía una cláusula de cierre que suponía poder convocar las plazas de “otros servicios públicos”, que es tanto como señalar que lo eran todas, pues no hay plazas ajenas al servicio público en la Administración⁹.

Llegados a 2018 por tanto, tres eran las normas con carácter general que intentaron resolver el problema que ya era descomunal en términos numéricos y que en 2017 y 2018 se reiteraba el desiderátum de sirvieran para lograr un porcentaje de temporalidad inferior al 8 por ciento.

Las dos leyes presupuestarias asumieron un relativo éxito –o, a la inversa, un relativo fracaso–: por ello, el RD-ley 23/2021 y la Ley de Presupuestos de 2021 incorporaron una prórroga hasta 31 de diciembre de 2021, para evitar que los tres años previstos para la ejecución de los procesos de estabilización finalizaran en el 2020 y así hubiera un mayor margen de actuación, incluso permitiendo aún también aprobar las convocatorias aún no efectuadas.

Esto es, tanto el RD-ley como la Ley de Presupuestos para el 2021 intentaron dar continuidad a los procesos del 2017 y 2018, y en especial a este último, pues el marco subjetivo de aplicación era extraordinariamente amplio y permitía hacer (casi) tabla rasa del grueso del problema, tal como hemos expuesto. Sin embargo, el grave problema a que debía hacerse frente supuso que ya en el 2020 se iniciaran conversaciones entre el Gobierno y las organizaciones sindicales para intentar encarar, en una única norma de rango legal, esta situación y de ahí que en

colectivos de personal docente e investigador, a la vez que también el personal que prestase servicios en materia de gestión tributaria y recaudación y de inspección y sanción de servicios y actividades, el personal del Servicio Público de Empleo Estatal y entidades autonómicas equivalentes que preste servicios en materia de gestión y control de prestaciones de desempleo y actividades dirigidas a la formación para el empleo, y el personal de la Escala de Médicos-Inspectores del Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social del INSS.

⁹ Boltaina Bosch, X: “La política de selección en el sector público local para el 2018: aspectos claves de la Oferta de Empleo Público”. La Administración Práctica, núm.12, pp.47-56.

el 2021 se solaparon las leyes de 2017 y 2018 con el RD-ley 14/2021 –resultado de una previa negociación– y su posterior trámite parlamentario, lo que supuso *de facto*, la práctica paralización de los citados procesos de estabilización que se podían aprobar y/o ejecutar todavía en el citado año, a la espera de la que ha sido finalmente la Ley 20/2021.

2.2. El acuerdo Gobierno-sindicatos y el Real Decreto-ley 14/2021 de 6 de julio

Durante un largo periodo negociador, el 5 de julio de 2021 se firmó un Acuerdo entre el gobierno y los sindicatos más representativos en la función pública (UGT, CCOO y CSI-F) que se consagró en un Real Decreto-ley, el 14/2021 de 6 de julio, que originó una de las crisis en el empleo público y en la política parlamentaria misma, que muy posiblemente los signatarios nunca previeron.

En el interín entre su publicación en el BOE de 7 de julio y la fecha de convalidación en el Congreso el 21 de julio, se sucedió un sinfín de declaraciones contrarias y de gran controversia política, aunque también social.

De hecho, el RD-ley 14/2021 se convalidó por la mínima, con un voto de diferencia y con un compromiso por parte de la Ministra de Hacienda y Función Pública: tramitarlo como Ley con carácter de urgencia e incorporar medidas específicas más allá del RD-ley originario, que permitiera una solución más liviana para los empleados temporales e interinos a través de la fórmula del “concurso” de méritos. Frente a esta posición nacieron plataformas de personal interino –algunas ya muy activas en las redes sociales con anterioridad al propio RD-ley–, algunos despachos de abogados especialmente beligerantes y también organizaciones que se califican de “sindicalismo alternativo”, que mantuvieron una posición de máximos, al solicitar que la solución pasaba por la fijeza directa y rechazando cualquier tipo de proceso de selección libre¹⁰ y que así siguen requiriéndolo tras la Ley 20/2021¹¹.

Un debate parlamentario entre julio y diciembre que fue tortuoso y en donde hubo muchas idas y venidas para lograr un texto final, con una mayoría de votos favorables y con la abstención de los dos partidos conservadores¹² (PP y Vox) y

¹⁰ Con detalle, lo hemos descrito en Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local”. Revista digital CEMCI, núm.51 (julio-septiembre), pp.1-30.

¹¹ Un análisis monográfico en detalle, posiblemente el único publicado, ha sido el formulado por Roqueta Buj, R. y Goerlich Peset, J.M: “Interinos en el empleo público. Régimen jurídico y puntos críticos tras el Real Decreto-ley 14/2021”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

¹² Al cierre de este documento (febrero, 2022), se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad por parte de VOX contra el RD-ley 14/2021 de 6 de julio, pero no hay noticias de un recurso contra la Ley 20/2021. En todo caso, el eje central de aquél recurso es por la duda

con la duda, al cierre de este documento de si se presentará o no un recurso de inconstitucionalidad por parte de algún grupo político.

3. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: ELEMENTOS CLAVE QUE COMPONEN UN ANÁLISIS DE FORTALEZAS Y DEBILIDADES

A continuación vamos a analizar los que consideramos determinadas fortalezas y debilidades intrínsecas de la Ley 20/2021, por cuanto desde un punto de vista jurídico –y, además, de la gestión pública que se deriva de la Ley–, es evidente que pese a este marco, la norma está vigente y hay unos plazos temporales de aplicación, como es que antes de 1 de junio deben haber sido aprobadas y publicadas las Ofertas de Empleo Público de estabilización y, con posterioridad, hay un plazo hasta el 31 de diciembre para convocar y publicar las convocatorias resultantes. El operador jurídico y el gestor público tienen ante sí el reto de aprobar los procesos, con carácter obligatorio, sin perjuicio de los dudosos recorridos administrativos y judiciales que pueden darse en los próximos meses y años si acontecen impugnaciones y recursos.

3.1. Las “fortalezas” de la Ley 20/2021: una norma con voluntad de “punto final” y su articulación en el periodo 2022-2024

Si se analiza con detalle tanto la Exposición de Motivos como el texto de la norma, pueden localizarse cinco elementos clave que consideramos son las “fortalezas” de la norma legal, más allá de las dificultades aplicativas que se derivan de cualquier proceso selectivo y, por lo demás, de una norma legal que regula un procedimiento “excepcional” y en teoría de “punto final”¹³ para resolver el problema mencionado a lo largo de este documento.

a) es una norma de rango legal y por tanto, fruto del debate parlamentario, y no solo un RD-ley –como se pretendía originariamente– fruto de un Acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos.

Ello permite huir también de una hipotética inconstitucionalidad a consecuencia de la no existencia de necesidad y urgencia, porque posiblemente es difícil

sobre el carácter de la urgencia y necesidad requerida por la Constitución para aprobar un Real Decreto Ley.

¹³ Con muchas dudas al respecto, que compartimos plenamente, son elocuentes las palabras del profesor Jiménez Asensio: “y la rueda no parará nunca, al menos en la función pública territorial (no tanto en la AGE) que no es la realmente afectada por esta patología letal de interinidad o de la temporalidad circular, así como por un proceso ya al parecer imparable de desprofesionalización

valorar tales circunstancias en un problema que está enquistado en el modelo de empleo público español y con una larga retahíla desde 1984 de leyes o preceptos reguladoras de procesos de consolidación o estabilización.

Como tal ley, es inatacable excepto en sede del Tribunal Constitucional a través de tres fórmulas: el recurso de inconstitucionalidad, los recursos de amparo que puedan presentarse o las cuestiones de inconstitucionalidad a instancias de jueces y tribunales. Mientras en el primer supuesto hay dudas que acontezca, sin duda los recursos de amparo y las cuestiones judiciales se formularán, si bien se tratará de un recorrido complejo, pues supondrá ya judicializar el conflicto *a posteriori*, una vez aprobadas y publicadas las Ofertas, las convocatorias o incluso resueltas estas, si el juez de turno no ha suspendido cautelarmente las convocatorias.

- b) La norma asume un carácter global: se aplica al Estado, a las Administraciones autonómicas, locales y universitarias –personal de administración y servicios–, así como también las entidades y empresas del sector público. Aunque hay dudas –nada menores– sobre su aplicación a colectivos con elevada temporalidad –funcionarios de habilitación nacional, policías locales en algunas Comunidades que permiten la interinidad u otros grupos de funcionarios que están en una cierta “tierra de nadie”– lo cierto es que también asume su aplicación a partir del 8 de julio de 2022 –salvo un acuerdo previo en otro sentido o modulando el sistema a las circunstancias propias– al personal de la sanidad pública y personal docente no universitario¹⁴ (DF 2ª).
- c) La norma explicita los *tempus* a seguir, plazos que en la DT 4 EBEP y las Leyes 3/2017 y 6/2018 regularon en abstracto (DT) o bien fijaron con amplitud (leyes de presupuestos) –tres años, en estos dos últimos supuestos, prorrogado finalmente a 31 de diciembre de 2021. Igualmente, incorpora en cada supuesto que fórmula debe seguirse: con carácter general el concurso-oposición y

endémica y cabe predecir también futura. Mucho tendrán que cambiar los sistemas de empleo público autonómicos y locales para revertir esta situación. Pues no se engañen, no es una ley de punto final, sino de puntos suspensivos” en “Comentario al Proyecto de Ley de medidas urgentes de reducción de la temporalidad en el empleo público”. <https://rafaeljimenezasensio.com/documentos/>; última consulta, 1-3-2022.

¹⁴ La DF 2ª de la Ley 20/2021 señala que permanece en vigor la DF 2ª del RD-ley 14/2021 sobre la adaptación de la normativa al personal docente y del personal estatutario o equivalente de los servicios de salud. Esta DF 2ª que pervive señala que: “En el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley se procederá a la adaptación de la normativa del personal docente y del personal estatutario y equivalente de los servicios de salud (...) de acuerdo con las peculiaridades propias de su régimen jurídico. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca la citada adaptación de la legislación específica serán de plena aplicación a este personal las previsiones contenidas en los citados preceptos del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”. El RD-ley 14/2021 entró en vigor el 8 de julio de 2021.

excepcionalmente –si bien, pudiéndose convertir en “general” de facto– el concurso de méritos. Fija además de carácter prescriptivo qué modelo hay que seguir en cada supuesto.

- d) la incorporación de la DA 7ª, que supone extender las medidas de estabilización al personal –laboral– de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y también los consorcios públicos, un conjunto de entidades del sector público de los que se desconoce el número de empleados afectados, pero que puede alcanzar a varios de cientos de miles, ya que muchos conforman esta diferencia entre las cifras del Ministerio de Hacienda y Función Pública de 2,7 millones de empleados públicos y los 3,5 millones que indica la EPA, y que supone no contabilizar –en el primer caso– a este sector –especialmente, el autonómico–.

Este ámbito ha sido poco estudiado por la doctrina y hay una enorme confusión por el entramado de entidades existentes, pero sin duda la Ley 20/2021 les afecta en gran medida y posiblemente a cientos de miles de empleados.

- e) finalmente, constituye una fortaleza el que la norma fija un porcentaje o desiderátum a lograr a finales de diciembre de 2024: un 8 por ciento de temporalidad en cada Administración Pública.

Si bien esta cifra ha sido casi una constante en los intentos legislativos de los últimos años –así, ley 3/2017 y 6/2018– y si bien en algún momento –debate en el Senado, 2006– se fijó en el 10 por ciento, lo cierto es que esta voluntad es loable y supondría, si se elevara a términos generales, que se asume que España debería tener una cifra “ordinaria” de temporalidad en torno a 250 mil empleados públicos, como cifra razonable, frente a los 800 o 900 mil actuales. Sin embargo, como analizaremos, es muy complejo alcanzar esta cifra y, por lo demás, hay factores externos a la Ley que sin duda impedirán lograrlo, dado que entre el periodo 2022-2032 deben jubilarse en torno a un millón de empleados públicos¹⁵, lo que supone que mayoritariamente serán sustituidos por nuevos empleados interinos y temporales.

Todo ello sin perjuicio de que, como hemos tenido ocasión de señalar, lo importante no es tanto el porcentaje a lograr sino la necesidad o no de empleados temporales, que en unos supuestos pueden ser inferior a este ocho por ciento y

¹⁵ Vid. <https://www.lasprovincias.es/economia/pensiones/funcionarios-jubilacion-20200203125027-ntrc.html>; última consulta 1-3-2022. En https://www.elplural.com/economia/millon-funcionarios-jubilacion-proxima-decada_232520102, se recogen los datos según los cuales casi el 30 por ciento de los 3,25 millones de empleados públicos superan los 55 años. En el mismo sentido, datos facilitados por Miguel García Calavia, en la intervención antes mencionada, si bien en este supuesto la cifra ya se eleva a casi 3,5 millones de funcionarios y trabajadores. Por sus profundas reflexiones al respecto, nos remitimos también a Mikel Gorriti. Vid., <https://eapc.gencat.cat/es/detalls/Article/Nou-article-03070>; *Idem*, <https://www.vitoria-gasteiz.org/docs/wb021/contenidosEstaticos/adjuntos/es/60/26/86026.pdf>;

en otros superiores, en función de la real necesidad de la gestión del servicio público¹⁶.

3.2. Las “debilidades” de la Ley 20/2021: los riesgos jurídicos y los riesgos en la gestión de su aplicación

Las debilidades jurídicas del RD-ley 14/2021, que no eran menores, quedaron soslayadas por su casi práctica inaplicación entre el periodo de su vigencia. La razón fue que en el RD-ley se regularon dos aspectos diferenciados.

El primero, el relativo al régimen del funcionariado interino y el régimen de responsabilidades por incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en situación de temporalidad (DA 17ª EBEP), y muy brevemente algunos aspectos de la selección del personal laboral. Fundamentalmente se incorporó la previsión de que los nombramientos de funcionarios interinos en plaza vacante tengan una duración máxima de tres años, con algunas excepciones; tal regla ha sido incuestionada y así se ha aplicado sin dudas en la incorporación de nuevo personal, pese a que hace recaer en el empleado interino la posible ausencia de proceso selectivo vinculado a su plaza.

Igualmente, el régimen de responsabilidades que fijaba la DA 17ª EBEP, incorporada por el RD-ley 14/2021 no comportó dificultades aplicativas, por cuanto su entrada en vigor lo era en relación a los nombramientos de funcionarios interinos y los contratos laborales temporales a partir de la entrada en vigor del RD-ley. Por ello, la responsabilidad *ad futurum* no supuso dudas aplicativas, por cuanto se demora el conflicto para contenciosos en los próximos meses o años, si bien ya en el año 2022 se han iniciado dudas sobre su aplicación.

Sin embargo, el eje central del RD-ley 14/2021 fue instituir un proceso de estabilización del empleo temporal, regulado en el art.2 y en otros preceptos de la norma.

Si bien hubo conflicto claro desde el primer momento sobre el alcance –por exceso o por escaso– de tales previsiones, la convalidación del RD-ley 14/2021 el 21 de julio de 2021 por el Congreso y el pacto de que se tramitaría como Ley supuso que prácticamente ninguna Administración Pública haya aprobado procesos de estabilización al amparo de las reglas jurídicas del RD-ley 14/2021. Todos los operadores afectados optaron por la espera de la nueva Ley, de tal manera que hubo un consenso casi unánime en base al cual las Administraciones no aprobaron las convocatorias –criterio apoyado por las organizaciones sindicales– y, aún más, se solicitó –con mayor o menor éxito– que se paralizaran los procesos que se instruían

¹⁶ Nuestra reflexión crítica en Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización...” ob.cit.

al amparo del art.19 de la Ley 3/2017 y 6/2018 e, incluso, las Ofertas de Empleo ordinarias aprobadas durante los años 2019, 2020 y 2021.

Se dio entre julio y diciembre de 2022 una situación paradójica; la tramitación como Ley y los avisos de que se ampliarían las facilidades en la estabilización, creo una gran inseguridad jurídica para el gestor público; como remedio ante ello, cual oxímoron, la seguridad jurídica se logró a través de no aplicar el RD-ley y mantenerse a la espera. En este sentido, la seguridad se alcanzó en base a intentar evitar la inseguridad, pero lanzando la pelota hacia adelante, a la espera de la nueva norma.

La situación cambia radicalmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 32/2021. Finalizado el debate parlamentario, la Ley fija unos plazos de aplicación inexorables, que se inician desde el mismo año 2022. Por ello, a nuestro entender la inseguridad jurídica en este sentido ha finalizado al tener el operador jurídico y el gestor una norma que se presume será estable en el tiempo, sin perjuicio de los riesgos que puedan darse en el futuro en el Tribunal Constitucional ante los recursos que lleguen a plantearse.

Dicho ello, es importante a nuestro juicio exponer las que consideramos “debilidades” de la norma. Es evidente que cualquier Ley o Reglamento las incorpora y es casi imposible localizar una norma jurídica cuya claridad e indiscutibilidad interpretativa abarque a todo su articulado. La Ley 20/2021 no iba a ser distinta, pero es cierto que al afectar a cientos de miles de empleados públicos y obligar a una acción de las áreas de gestión de recursos humanos para su aplicación, más otros factores incorporados, ha devenido en una norma con un cúmulo significativo de “debilidades” tanto en su interpretación como en su aplicación y, por supuesto, del recorrido que tendrá en los próximos dos o tres años, hasta diciembre de 2024.

Sin embargo, en la Ley 20/2021 hemos podido localizar diez elementos significativos –hay más, pero pueden ser de menor alcance– que implican una enorme dificultad de gestión inicial y abren la puerta a impugnaciones judiciales, que acontecerán a buen seguro. En concreto, es oportuno resaltar las siguientes circunstancias que a nuestro juicio son el talón de Aquiles de la referida Ley.

a) La existencia de conceptos jurídicos indeterminados en aspectos nucleares de la Ley.

Si bien los conceptos indeterminados son consustanciales a cualquier norma jurídica, en el supuesto que aquí tratamos pueden localizarse conceptos que están conllevando una grave dificultad aplicativa en el mismo inicio de entrada en vigor de la ley. En concreto, para los primeros meses de su vigencia, creemos oportuno destacar las siguientes:

- como paso previo a todo el proceso, deben quedar claras cuáles son las plazas de carácter estructural que se ofertarán en el proceso de estabilización. El debate sobre qué es y no es estructural está siendo muy intenso, especialmente en el marco de puestos o plazas cubiertas en régimen laboral,

siendo mucho menos problemático en el régimen funcional. Una de estas dudas se basa en puestos y plazas que se han integrado en la organización pero dependen exclusivamente de subvenciones o transferencias de fondos de otras Administraciones, de tal manera que transformarlas en “estructurales” supone el riesgo de su ausencia de financiación en un futuro próximo.

- la reconducción de los procesos de estabilización derivados de la Ley 3/2017 y 6/2018 al proceso del art.2 de la Ley 20/2021, por que las condiciones de selección pueden ser más fáciles para los aspirantes interinos. No obstante, esta reconducción será posible si “llegada la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, no hubieran sido convocadas”.

El término “no hubieran sido convocadas” obliga a un enorme esfuerzo jurídico de comprensión y las dudas son excesivas, abarcando un abanico amplio: desde entender que la convocatoria existe desde que el decreto de aprobación de la misma se ha firmado, a que se ha publicado la convocatoria en un diario oficial, que se ha abierto el plazo de presentación de instancias, que se ha aprobado la lista provisional de aspirantes o, incluso, que existe ya la lista definitiva pero no se ha iniciado ningún trámite posterior.

En este sentido, hubiera sido necesario que la Ley 20/2021 aclarara con exactitud qué se entiende por “convocada”, para evitar así el debate jurídico que oscila entre las diferentes posiciones manifestadas y con soporte judicial para todas ellas, sentencias que, sin embargo, en ningún caso fueron dictadas para un supuesto como este.

- la ausencia de compensación económica a los interinos afectados por la convocatoria que no participen en el proceso, con independencia de si esta regla se ajusta o no al derecho comunitario europeo¹⁷. El concepto “no participación” es absolutamente indeterminado, pues puede ser tanto en un nivel mínimo –cual sería no presentar la instancia– o bien no presentarse a ninguna prueba de selección o retirarse de una prueba o, incluso, no participar *de facto* al no responder la primera prueba selectiva de oposición, con lo que formalmente sí participaría pero supondría un fraude de ley.
- b) la inserción de la negociación colectiva en el proceso de estabilización.

El alcance de la negociación colectiva en núcleos esenciales de la función pública puede comportar la aprobación de Ofertas y bases de convocatorias que se excedan claramente de los límites de lo “tolerable”, incorporando criterios cuya única finalidad sea que sólo haya posibilidad real de estabilización la del personal propio afectado.

¹⁷ De nuevo, al respecto, Beltrán de Heredia, I: “Las medidas para reducir el empleo público temporal...” ob.cit., en especial en el apartado final de conclusiones.

En este sentido, el art.2.4 Ley 20/2021 señala que los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que “podrá” ser objeto de negociación. Es muy complejo establecer que la negociación pueda modular estos principios que son constitucionales y sobre los que hay, en estos momentos, una amplia doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de cómo deben ser interpretados.

- c) la articulación de un concurso-oposición en que la fase de oposición no sea eliminatoria.

La Ley 20/2021 da un salto al vacío al prever un sistema de concurso-oposición en donde será posible que la fase de oposición no sea eliminatoria. Por lo demás, en este supuesto no lo impone, lo que permite que cada Administración opte por un modelo eliminatorio u otro que no lo sea, sin haberse fijado en la norma legal donde se ubica el límite de lo tolerable en el carácter no eliminatorio.

Sin duda, la previsión de que “pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición” conllevará aplicaciones con hipotéticas graves consecuencias, pues no se ha fijado un mínimo o incluso si es posible continuar el proceso que no se supere la oposición pero obteniendo una nota mínima o incluso un “cero”, lo que colisionaría claramente con el principio de demostrar capacidad en el proceso selectivo.

A nuestro entender, quebraría el principio de capacidad si no se exigiera ninguna puntuación mínima y aun fijándose esta, debería en el expediente administrativo explicitarse la razón por la cual esta no superación se enmarca en una determinada puntuación, pues el principio de igualdad y capacidad quiebra tanto aceptando un “cero” como puntuación, como una nota superior, pero alejada del “cinco sobre diez”, expresado en términos coloquiales. Por ello, aunque el Tribunal Constitucional validara –lo que es muy incierto– esta posibilidad de la ley, podría darse el caso que muchas convocatorias fueran anuladas por que, ajustadas a la ley, no requieran el mínimo sustancial necesario para entender que se ha demostrado una determinada capacidad. A nuestro entender, la seguridad jurídica sólo se logra si la fase de oposición es eliminatoria.

- d) El conflicto entre los derechos de los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo y el personal en puestos a estabilizar.

Un elemento que la Ley no resuelve es el conflicto entre el proceso selectivo de estabilización y el derecho a la movilidad interna de los empleados fijos y la promoción interna. Esto es, debe –o mejor dicho, debería– cohonestarse el proceso de estabilización con la movilidad y la promoción, derechos reconocidos por el EBEP al personal permanente. La ley no resuelve esta ecuación, ya que simplemente afirma que los mecanismos de estabilidad y promoción interna “previos de cobertura de plazas serán compatibles con los

procesos de estabilización”. Procesos “compatibles” no supone una prelación de unos sobre otros.

La lógica nos debería llevar a que con anterioridad a la convocatoria, se ofertara estas plazas –que suponen a si mismo ocupar un determinado puesto– al personal funcionario de carrera y laboral fijo de la Administración. Sin embargo, no parece desprenderse de la Ley esta voluntad, pues los plazos fijados impiden procesos de provisión de puestos de trabajo y acto seguido, aprobar y publicar la Oferta y porque de la definición de la ley, parece que deben incluirse en los procesos de estabilización todas las plazas que reúnen los requisitos del art.2 y las DA 6ª y 8ª de la Ley 20/2021.

Por ello, la Ley ha infringido uno de los derechos consustanciales del funcionariado y del personal laboral, cual es la de la carrera y promoción profesional –derechos que, por lo demás, tienen respaldo no sólo legal sino también constitucional– y es factible que haya impugnaciones de convocatorias por no haber ofertado previamente –ahora o durante muchos años antes– estas plazas al personal permanente propio.

- e) la compensación económica para el personal temporal que no supera el proceso de estabilización.

Se ha establecido un régimen de “compensación económica” –la ley se cuida mucho en todo momento de referirse a una “indemnización”– a favor de quienes afectados por las plazas que ocupan y se convoquen, no superen el proceso selectivo.

Esta compensación, de veinte días de retribuciones “fijas” por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, solo se otorga a quienes participen en este proceso de estabilización, pero no para los que se encuentren en la misma situación en cualquier otro proceso de estabilización en marcha derivado de la DT 4 EBEP, art.19 Ley 3/2017 y art.19 Ley 6/2018.

Esta distinción está provocando graves dificultades en la gestión, pues es una diferencia que puede ser contraria a la Directiva 1997/77/CE. Por lo demás, la Ley solo lo prevé para este tipo de estabilización y ninguna otra.

El concepto mismo de “retribución fija” es confuso, sobre todo en el personal funcionario, pues el EBEP distingue entre retribuciones fijas y complementarias. A nuestro entender deben sumarse ambas, entendidas entre las complementarias el complemento específico y el complemento de destino, y quedando fuera las propiamente variables, como el complemento de productividad y, por supuesto, las gratificaciones por servicios extraordinarios. Reducir la compensación exclusivamente a las retribuciones fijas del EBEP sería tanto como reducir a un tercio e incluso mucho más las compensaciones a otorgar a los empleados que no superen.

Esta compensación, por lo demás, no es contradictoria con dos circunstancias: que el empleado que no supere el proceso se incorpore a una bolsa de trabajo

–tal como prevé en la DA 4ª– y con el factor de que no se supere un proceso –el afectado por su plaza– pero si otro proceso distinto en su Administración. En este y el anterior supuesto, creemos que el derecho nace siempre y en todo caso.

f) particularidades de la estabilización en la Administración local.

La existencia de una norma, aun considerada como básica, para la Administración local que regula los procesos de selección –Real Decreto 896/1991 de 7 de junio– y que está completamente desactualizada, obligó al RD-ley 14/2021, reiterado por la Ley 20/2021 a suspender la aplicación de algunos de sus preceptos, que también tienen el carácter de básicos. Sin embargo, esta “suspensión” –solo y exclusivamente para los procesos de la Ley 20/2021– supone tres derivadas de significativa importancia.

En primer término, que pese a que había dudas, el Estado considera que pese a la aprobación del EBEP el RD 896/1991 –una norma reglamentaria– continúa siendo básica y por tanto, no es posible legislar desde las Comunidades Autónomas para modificar sus criterios, algunos de ellos desfasados.

Se suspende la aplicación del art.8, que impone unos programas específicos y un número mínimo de temas para el acceso a cada grupo o subgrupo de clasificación; por otro lado, se suspende el art.9, que prevé la obligación, entre otras medidas, que se incorpore una prueba práctica. En concreto, la expresión de la Ley es ambivalente, al señalar que “no serán de aplicación a estos procesos lo dispuesto en los artículos 8 y 9 del Real Decreto 896/1991”, lo que permite plantear que en ningún supuesto se podrán incorporar las reglas del Real Decreto o bien que se deja a opción de cada convocatoria.

g) la articulación del concurso de méritos como procedimiento excepcional de estabilización.

A diferencia de las previsiones del RD-ley 14/2021, la Ley 20/2021 incorpora el concurso de méritos como forma de estabilización, un procedimiento extraordinariamente inseguro en términos jurídicos y sobre el cual los tribunales de manera reiterada han expresado su desconfianza, no siendo pocas las convocatorias anuladas por considerar que con este procedimiento no se acredita el mérito y la capacidad.

La doctrina ha señalado que es un sistema que presenta “una clara posibilidad de vulnerabilidad” en relación a los principios de igualdad, mérito, capacidad y objetividad, pues la finalidad –muy a menudo– del concurso es adaptar las bases al perfil de determinados candidatos *ad personam*¹⁸. El art.61.6 EBEP fijó que este método para seleccionar personal funcionario debía ser excepcional y aprobado en base a una Ley.

¹⁸ Fondevila Antolin, J: “Manual para la selección de empleados públicos”, 3ª edición. El Consultor de los Ayuntamientos. Madrid, 2021, p.681.

En el supuesto de la Ley 20/2021 la dificultad estriba en que no será un método excepcional, sino que tal como se articulan las DA 6ª y 8ª EBEP, puede ser un procedimiento en la práctica ordinario, generalizado y que afecte ya no solo a decenas de miles sino incluso a centenares de miles de plazas. Prueba de ello son las críticas formuladas desde muchos colectivos de funcionarios, que consideran que “el ejercicio de las funciones públicas se gana y se demuestra, no se presume, no se consolida y no se estabiliza por el transcurso de los años”, lo que supone plantear la enorme dificultad que el concurso tendrá en su aplicación en los próximos años, pues es rechazado por muchos empleados públicos que en su momento adquirieron tal condición mediante un proceso público de oposición o concurso-oposición¹⁹.

- h) la aplicación de la Ley 20/2021 al personal docente no universitario y al personal del servicio de sanidad pública.

El RD-ley 20/2021 evidenció el temor del Gobierno a la aplicación de la norma al colectivo de empleados del sector de la educación y de la salud públicas. Conforman el grueso de los empleados de las Comunidades Autónomas y sus índices de temporalidad son mayúsculos, con algo más de 500 mil empleados en el sistema de salud pública y algo más de 750 mil en el sistema de enseñanza pública no universitaria.

Como hemos señalado, en el ámbito sanitario no es el primer proceso de estabilización extraordinario que se ha aplicado. Veinte años después, de nuevo se ha reproducido el mismo problema. Por ello, tal como hemos expuesto con anterioridad, el RD-ley 20/2021 se dio un plazo de un año para concretar o adecuar el RD-ley a las particularidades de estos colectivos. La Ley 20/2021 sigue con la misma lógica, si bien ubica la fecha del 8 de julio de 2022 como data máxima a partir de la cual, si no ha habido acuerdo o norma reguladora específica, se aplicará la Ley 20/2021 directamente.

Es evidente que la Ley 20/2021 asume el temor antes mencionado de negociar una Ley al respecto en plena pandemia del Covid-19 en relación a dos de los colectivos de empleados –en especial, de sanidad– que más han sufrido durante los años 2020 y 2021. Por ello, la Ley 20/2021 no regula la cuestión, sino que indica que la DF 2ª del RD-ley 14/2021 –que trataba sobre estos posibles procesos– continúa en vigor, por lo que llegados al 8 de julio de 2022, si no ha habido negociación o la articulación de un proceso específico para ambos colectivos, se aplicará plenamente la Ley 20/2021. En este sentido, parece

¹⁹ Nota de la Junta de Gobierno del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Barcelona de 2-3-2022, publicada en La Vanguardia de 6-3-2022, p.73. Añadiéndose a lo citado en el texto principal que “la independencia e imparcialidad (...) se acredita mediante el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, publicidad, transparencia, objetividad y seguridad jurídica”.

razonable que no se espere a esta fecha y se aprueben normas específicas para estos dos colectivos, que en términos numéricos suponen entre la mitad y dos tercios de todos los empleados autonómicos, tal como hemos expuesto²⁰.

- i) las medidas dirigidas al control de la temporalidad pública: la nueva DA 17ª EBEP.

La complejidad aplicativa de la DA 17ª del EBEP, incorporada al Estatuto Básico a través del art.1.3 de la Ley 20/2021 bajo la denominación de “medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público” añade tantas derivadas que merecería, por si misma, un análisis detallado. Las debilidades de esta disposición son diversas y la complejidad aplicativa hacia el futuro irá *in crescendo* conforme haya más empleados a los que deba aplicarse, si se dan los presupuestos de hecho de la Disposición.

La voluntad de la misma es responsabilizar a la Administración del cumplimiento de la normativa, que deberá velar por cualquier irregularidad en la contratación laboral temporal y en el nombramiento de funcionarios interinos. Ahora bien, no se señala que tipo de responsabilidades ni sobre quien recaerán. La indeterminación es evidente al señalar que “las actuaciones irregulares (...) darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas” (DA 17.2 EBEP).

Al respecto, la mayor de las dificultades que a nuestro juicio presenta es que debe ser la propia Administración incumplidora la que auto declare su responsabilidad por incumplimiento, lo que se nos antoja muy difícil, vistas las consecuencias. Por tanto, lo más habitual, de acontecer, será que el empleado deberá pleitear en vía judicial para lograr la compensación lo que implica una DA 17ª claramente judicializadora del conflicto, cuando podría haber impuesto una compensación *ex lege* sin vincularla a la exigencia de responsabilidades, pues eso supone que el gestor público deba asumir, *motu proprio*, responsabilidades administrativas, contables e incluso penales, lo que parece bastante dudoso que se concrete en la práctica cotidiana de forma voluntaria.

Por lo demás, la DA 17ª EBEP no tiene en cuenta que posibles incumplimientos en la duración máxima de los vínculos de funcionarios interinos y laborales temporales no se derivarán tanto de un incumplimiento del gestor sino de las tasas de reposición de efectivos que establezca año tras año la Ley de Presupuestos, que quizá impidan la convocatoria en tiempo y forma. En este sentido, aparece una disfunción entre la prescripción temporal que fija la DA 17ª EBEP y las dificultades que pueden acontecer si el sistema de tasas se mantiene

²⁰ *Vid.*, [http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/ boletin/Boletines/210701_Boletin_Julio_2021.pdf.pdf](http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp_boletin/Boletines/210701_Boletin_Julio_2021.pdf.pdf); última consulta, 3-3-2022.

en el futuro, tal como sí ha hecho, una vez más, la Ley 22/2021 de Presupuestos Generales para el ejercicio de 2022.

Por lo demás, es cuestionable que el régimen de compensaciones case con la doctrina del TJUE en relación a medidas suficientemente desincentivadoras para el incumplimiento de la Administración de las medidas de reducción de la temporalidad, tal como exponemos a continuación.

- j) el régimen de compensación económicas de la DA 17ª EBEP y su cohonestación con la Directiva 1999/77/CE.

Posiblemente sea, a nuestro juicio, el décimo elemento que comporta una debilidad de la Ley y que ha sido poco tenido en cuenta ni por el primigenio RD-ley 14/2021 ni tampoco por la Ley 20/2021.

No es una cuestión menor la complejidad que supone la regulación de la Ley 20/2021 con las exigencias que el TJUE y las Directivas europeas han impuesto, en el sentido de que hay numerosas dudas sobre si los propios procesos selectivos de estabilización, el régimen de indemnización y otros elementos de la norma resuelven o cumplen los criterios de la jurisprudencia europea o, posiblemente, no se adecuen a las mismas, como es el supuesto –entre otros muchos– que no haya derecho a compensación económica para los empleados interinos que no participen en los procesos de estabilización o la compleja inserción del personal indefinido no fijo en el proceso de la Ley 20/2021.

Posiblemente las debilidades se dan más en el ámbito de los trabajadores que los funcionarios, pero lo cierto es que muchos futuros litigios se darán en este ámbito de la compensación, tal como ha señalado la doctrina más reputada que ha tratado la cuestión²¹ y sobre cuya evolución jurídica deberemos estar atentos en los próximos meses o años.

4. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LAS AMENAZAS A LA APLICACIÓN DE LA LEY

Si entendemos las “amenazas” a la aplicación de la Ley como un factor externo, lo cierto es que desde el primer momento, diversos han sido los elementos que ya se han conformado y que sin duda aparecerán también en los próximos meses y años. Muchas de ellas se derivan de las propias debilidades antes señaladas; a nuestro entender, deben destacarse las siguientes, pero con la misma consideración efectuada anteriormente, que no son las únicas ni necesariamente las más importantes, pues la Ley 20/2021 incorpora muchas ambigüedades y su

²¹ Nos remitimos a las consideraciones de Beltrán de Heredia Ruiz, I: “Las medidas para reducir el empleo público temporal a la luz del asunto IMIDRA y del RD-ley 14/2021”. *Temas Laborales*, num.159, 2021, pp.53-84.

aplicación a través de convocatorias selectivas se antoja muy dada a excesos por parte de cada Administración afectada.

En concreto, consideramos importante resaltar las siguientes “amenazas” que pueden surgir a la hora de aplicar la norma mencionada.

- a) la Ley 20/2021 ha nacido en un contexto de grave discordia entre los diversos agentes afectados y también la participación de nuevos “agentes” no representativos en el sentido clásico: las plataformas *ad hoc* de interinos, un sindicalismo que se autodenomina “alternativo” y que se ha enfrentado a CCOO, UGT y CSIF –sindicatos más representativos en la Administración española– y las propias redes sociales, que eran elementos que quizá hace una década nunca hubieran sido tenidos en cuenta. Un elemento que posiblemente los negociadores del Acuerdo de 5 de julio jamás lograron otear y que ciertamente ayudó a que en primera votación no se convalidará RD-ley 14/2021 en la sesión del Congreso de 21 de julio. Un agrio debate que se mantuvo durante todo el trámite parlamentario.

En este sentido, más que nunca en una norma de empleo público, han surgido agentes externos a los habituales, muy difícil de interlocutar con ellos, que incluye a despachos de abogados muy concretos que han elevado los niveles de litigiosidad a cotas inesperadas y que siguen haciéndolo tras la Ley 20/2021, por rechazar las soluciones que esta norma establece.

La “amenaza”, en este sentido, puede visualizarse como un cambio de paradigma del habitual procedimiento de negociación de una norma de empleo público, en donde los actores consolidados durante las últimas cuatro décadas han quedado literalmente superados por otros actores que, aun sin representatividad conocida o contrastada, expanden un mensaje que llega muchísimo más a los empleados afectados que el institucional del Gobierno, los grupos políticos, los sindicatos representativos o la propia Administración.

- b) Como hemos señalado, la aplicación de la Ley 20/2021 está siendo, ya ahora mismo, conflictiva. Esto es, al inicio mismo de su aplicación y no habiéndose alcanzado el primer momento del trámite –1 de junio de 2022– el conflicto se visualiza en muchas Mesas de Negociación.

Así, tal como hemos expuesto con anterioridad, la misma negociación de qué plazas se incorporan o no a la estabilización y en especial, la articulación del contenido de las bases del concurso-oposición o concurso es el primer paso a muchas posibles impugnaciones, en vía administrativa y luego en vía judicial. En este sentido –aunque es difícil prever la dimensión de tal judicialización– no serán pocas las convocatorias impugnadas, los resultados finales de los procesos también que serán recurridos y la consiguiente judicialización.

- c) al cierre de este documento, no ha se presentado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, pero los elementos de contenciosos que acontecerán será sin

duda, en primer término los recursos administrativos y, en segundo término, la vía judicial. En este sentido, la opción de cuestiones de inconstitucionalidad planteada por jueces se centrará fundamentalmente en dos elementos. En primer lugar, si es acorde con los principios constitucionales la existencia de un concurso-oposición en que la fase de oposición no sea eliminatoria; en segundo término, la viabilidad del concurso de méritos o, quizá más específicamente, la tipología de méritos a valorar.

A nuestro entender, la doctrina del Tribunal Constitucional es clara en cuanto a los procesos de estabilización. No debemos confundir, por tanto, la doctrina “ordinaria” del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en los procesos ordinarios de selección, de aquellos que tienen una finalidad de estabilizar amparada en elementos de tutela o garantía constitucional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha validado medidas a favor de los interinos de cada Administración en procesos de estabilización, en aras de garantizar derechos o principios constitucionales²², como es el caso de mantener la continuidad de los servicios públicos, como aconteció con la construcción del Estado de las Autonomías o la consolidación del sistema sanitario público como aconteció con la Ley del 2002. La cuestión estribará, en gran medida, si la Ley 20/2021, por ser la enésima norma que trata la cuestión y que además incorpora reglas de gran riesgo, como el concurso de méritos, superará el linde de constitucionalidad que le imponga el Alto Tribunal.

Por ello, esta circunstancia que hemos expuesto se trasladará, posiblemente a un doble conflicto jurídico:

1º. El que se deriva de la constitucionalidad o no de determinados preceptos o, en su caso, que deban interpretarse de una determinada forma. En este sentido, que la fase de oposición pueda no ser eliminatoria no puede permitir –a nuestro juicio– que no se exija ninguna nota mínima, por lo que quizá sea constitucional el precepto pero interpretado de tal forma en que un determinado nivel de capacidad sí debe demostrarse. Idéntico razonamiento puede darse sobre el concurso de méritos, medida excepcional en el sistema de empleo público y en que el Tribunal Constitucional a buen seguro deberá valorar si se dan –o no– las circunstancias de excepcionalidad para que se convoquen entre 200 y 300 mil plazas por el sistema de concurso. A nuestro entender, el concurso es uno de los eslabones más débiles de la Ley 20/2021 visto el recorrido judicial que han tenido muchos de ellos con anterioridad y que han finalizado en un fracaso.

²² Al respecto, son de gran interés las SSTC 12/1999 y 107/2003. Aquí se analiza si es posible sólo valorar méritos por servicios en la propia Administración en exclusiva o si es factible dar un valor distinto –superior– a los méritos propios frente a los servicios prestados en otras Administraciones. El resultado es que ello es factible, pero siempre como medio excepcional, por una única vez y en el contexto de un proceso de estabilización que sea validado por el Tribunal Constitucional como un remedio necesario.

2º. La segunda cuestión, nada menor, es que aunque determinados preceptos pasen el sesgo de constitucionalidad, no sea así los recursos de amparo que se presenten en relación a tal o cual convocatoria. Muchas sentencias del Tribunal Constitucional parten de la corrección del precepto legal que ampara la convocatoria, pero no la forma de articular su contenido. Aquí, los términos de “razonabilidad”, tan reiterados por la doctrina constitucional serán de gran importancia, de tal forma que muchos procesos selectivos pueden ser anulados no tanto por la nulidad del precepto de la Ley 20/2021 sino de su aplicación a través de las convocatorias de selección.

En este sentido, apostamos que el conflicto será mucho más intenso en las impugnaciones a convocatorias o a los resultados de las mismas que a los propios preceptos de la Ley, pues un artículo puede ser perfectamente constitucional pero su uso o aplicación contrariar todos los principios de igualdad, mérito y capacidad.

d) un elemento que el legislador no ha tenido en cuenta o ha orillado, es el *totum revolutum* que se deriva de los términos de la Ley.

Es evidente que al fijar unas determinadas fechas se ha intentado evitar el retraso o incluso la no convocatoria derivada de los procesos de la Ley 3/2017 y 6/2018. Sin embargo, la Ley fija para el 2022 dos fechas clave: en primer término, que todas las Ofertas de estabilización deben estar aprobadas y publicadas con anterioridad al 1 de junio del 2022 y las convocatorias resultantes publicadas antes del 31 de diciembre. Todo ello conjuntado que el proceso debe haber finalizado antes de finales de 2024 y alcanzar una temporalidad no superior al 8 por ciento, que debe calcularse en base a cada Administración individualmente considerada.

Esta medida ha tensionado a niveles máximos las áreas de recursos humanos de las Administraciones, hasta el punto que hay una falta de resolución o respuesta si no se alcanza a cumplir estas fechas por razones puramente organizativas.

Debe tenerse en cuenta que según nuestros propios cálculos, solo que la Ley 20/2021 afecte a la mitad de las entidades locales, deberán publicarse antes del 1 de junio de 2022 aproximadamente unes 4000 ofertas de empleo público y, posteriormente, un número infinito de convocatorias, pues cada Oferta de Empleo puede incorporar un número mayor o menor de plazas a convocar con sus procesos selectivos correspondientes. Si a ello unimos las cientos de miles de plazas que pueden convocarse en el sistema educativo o sanitario, el resultado será que en los próximos tres años –2022, 2023 y 2024– las áreas de recursos humanos se dedican a tiempo completo a gestionar la estabilización, orillando otras circunstancias de igual o incluso superior importancia²³.

²³ Si tomamos, como referencia, a Cataluña, por ser la Comunidad con el segundo mayor número de empleados en términos absolutos –no porcentualmente en relación a la población, pues

En este sentido, no se escapa a ningún gestor público que pueden llegar a publicarse diversas decenas de miles de convocatorias en el periodo comprendido como mínimo entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2021. Aunque se menciona que son unas 800 mil las plazas afectadas es muy difícil de conocer el número total, si incorporamos por lo demás a las sociedades mercantiles, entidades empresariales, las fundaciones y los consorcios, todos ellos integrados en el sector público (DA 7ª Ley 20/2021).

5. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LAS OPORTUNIDADES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY

La Ley 20/2021 supone, en sí misma, una oportunidad para reconducir un problema que hemos calificado de “asunto de Estado”, una cuestión que amenaza la estabilidad de la propia Administración ante los desafíos que tiene en el futuro²⁴.

Una Administración moderna, en la tercera década del siglo XXI, no puede permitirse tasas de temporalidad estructural de un tercio de los empleados públicos, cuanto menos. En este sentido, posiblemente sea el proceso de estabilización más masivo de la historia de la función pública desde 1978. Sin embargo, las oportunidades que ofrece la Ley 20/2021 también incorpora pérdida de otras; es una norma en blanco y negro y con muchos matices grises.

A nuestro entender, debemos valorar las siguientes oportunidades, pero también de pérdida de opciones, pues nos parece, *prima facie*, una Ley para resolver un problema, pero sin ninguna perspectiva de futuro o de poner las bases para evitar que se reproduzcan en el futuro los mismos esquemas de incremento de la temporalidad.

- a) los cálculos de las plazas afectadas por la Ley 20/2021 oscilan entre 300 y 800 mil, por lo que deberemos esperar a las Ofertas de empleo aprobadas antes de 1 de junio para conocer el alcance real de plazas –y empleados– sujetos a la

es la Comunidad con menos empleados por cada cien ciudadanos–, de los 324.000 empleados que componen todo el sector público, se acredita que la Generalitat mantiene 100.000 funcionarios de carrera y 59.000 funcionarios interinos, 38.000 laborales fijos y 16.000 laborales temporales; la Administración local catalana supone 26.000 funcionarios de carrera y 8500 funcionarios interinos; frente a los 36.000 laborales fijos se contabilizaban 10.000 trabajadores temporales. En este sentido, sobre un total de 324.000 empleados públicos, se contabilizan 83.000 temporales o interinos, esto es 1 de cada 3. Datos (2019) obtenidos del Institut d’Estadística de Catalunya; <https://www.idescat.cat/pub/aec/978>; última consulta, 28-2-2022.

²⁴ Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización...” ob.cit.

estabilización. La misma inconcreción real de la “tragedia” visualiza que la Ley adolece de un estudio serio, solvente y detallado del quantum de empleados afectados y de las plazas a convocar.

Sea cual sea la cifra, el desiderátum es lograr a finales de 2024 un tasa de temporalidad en España del 8 por ciento, porcentaje que sin embargo la reforma laboral por RD-ley 32/2021 no ha osado fijar para el sector privado. Y aunque este porcentaje es individual en cada Administración²⁵, si se elevara a términos globales –criterio que parece defender el Estado–, supondría reducir la temporalidad a unos 250 mil empleados. Si la cifra se alcanza–y hay muchas dudas al respecto, aunque sea por simples términos de logística– se situaría en términos de razonabilidad, aunque desconocemos la razón por la que el 8 por ciento es el adecuado, y no el 6 o el 10, por ejemplo. Ahora bien, la Ley 20/2021 carece de una contraparte, un estudio serio sobre como reponer el millón de empleados que se jubilarán antes de 2032, esto es en los próximos diez años. Parece que el volumen de empleados que se estabilizarán es similar al de empleados fijos que abandonarán la Administración, en una especie de juego de ajedrez en que ambos bandos se comen piezas a la par.

- b) La cuestión clave es si esta oportunidad tiene como finalidad resolver el problema, pero olvidando u orillando cuestiones básicas de constitucionalidad. Esto es, el concurso de méritos es una solución que casa con gran dificultad con los principios –constitucionales– de mérito y capacidad. Igualmente sucede con el concurso-oposición en donde la fase de oposición pueda no ser eliminatoria. Sobre ello ya hemos expresado nuestras dudas a lo largo de este documento. A todo ello, hay que añadir la muy cuestionable política de valorar –sobreevaluar o incluso hipervalorar– los méritos internos de cada Administración frente a los aspirantes externos, sean empleados interinos de otras Administraciones o ciudadanos sin experiencia pública. Esto es, aquilatar hasta qué punto la finalidad de estabilizar supone una oportunidad o es una pérdida a la hora de seleccionar, de manera definitiva, los mejores aspirantes o bien simplemente consolidar a los ya existentes sin perjuicio de su mayor o menor capacidad, compromiso, formación o valor para la Administraciones.

Algunos autores han apuntado que se estabilizaran cientos de miles de empleados en plazas que quizá no son necesarias a medio o largo plazo, e incluso a término cercano. La Ley debería haber obligado a analizar en profundidad las necesidades reales de cada Administración, pero lo ha obviado de manera expresa. En este

²⁵ Criterio que parece no compartir el Estado. En un borrador que ha sido distribuido por las redes sociales e internet y que no lleva firma, pero si membrete de la Dirección General de Función Pública, bajo el título de “Borrador de Criterios Comunes” para aplicar la Ley de estabilización, se señala que “el objetivo de la reforma es situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas” (criterio 1.9).

sentido, podemos plantear hasta qué punto es preciso estabilizar conserjes, auxiliares administrativos, juristas o personal de otro tipo ante un cambio de paradigma radical en los servicios que deben prestarse en el futuro; al respecto hay ya autores que han reflexionado al respecto y plantean que muchas de las plazas que ahora se estabilizaran no tienen sentido a corto o medio plazo²⁶.

- c) finalmente, la Ley 20/2021 pierde una gran oportunidad. Paradigmáticamente, lo que podría haber sido la gran oportunidad de la Ley se ha convertido, a nuestro entender, en una ausencia. En este sentido, quizá pueda resolver el problema existente de cientos de miles de empleados temporales; cuestión distinta es que de su texto se desprenda medidas para evitar en el futuro caer en las mismas circunstancias, tal como ya hemos planteado con anterioridad.

Lo cierto es que en la Ley 20/2021 no hay norma o previsión absoluta que plantee dos elementos básicos que debería enfrentar el empleo público: en primer término, la incorporación y gestión de la futura temporalidad, en segundo lugar, poner las bases para un sistema de selección que evite el enquistamiento de la temporalidad y la incapacidad de reponer a los empleados que marchan con nuevos empleados permanentes y los procesos de selección no se eternicen, tal como la propia Administración del Estado reconoce, fijando un promedio de entre dos y tres años la selección ordinaria²⁷. La única regla que se incorpora son límites en la duración de la interinidad funcional, pero nos parece una perspectiva excesivamente alicorta para considerar que estas bases conforman un modelo sólido para evitar en el futuro un “*dejà vu*”.

6. ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN FINAL: DIEZ ALTERNATIVAS PARA UNA TEMPORALIDAD AJUSTADA A UNA ADMINISTRACIÓN DEL SIGLO XX

A nuestro entender, ante la ley 20/2021, la reforma laboral llevada a cabo por el RD-ley 32/2021 y los parámetros que para el futuro parece marcar la Ley 22/2021 de presupuestos generales del Estado para el 2022 –lo que supone que

²⁶ Gorriti, Mikel (2019): “La necesaria evolución de los puestos.”, ob.cit; en la p.16 del powerpoint se hace referencia al trabajo de Carles Ramio en 2018 (Ramíó, 2018/Suskind&Susking, 2015/USBLS, 2018), según el cual se plantean como puestos a no reponer, entre otros los conductores de transporte público, mensajeros, carteros, manipuladores, administrativos, auxiliares, conserjes, centralitas telefónicas, imprenta, registro, e incluso letrados. No compartimos una opción tan generalista y tajante, pero es evidente que algunos de estos colectivos como médicos, fuerzas armadas, contabilidad/auditoría o letrados los propios autores mediatizan la no necesidad de reposición en base a que hay muchas variables que permitirán una reducción de estos efectivos al permitir que la inteligencia artificial pueda sustituir una parte de las funciones.

²⁷ *Vid.*, al respecto, AGE – Administración General del Estado: “Orientaciones para el cambio en materia de selección en la Administración General del Estado”, mayo, 2021.

posiblemente se mantendrá la filosofía selectiva de la ley presupuestaria– creemos que puede ser de interés proponer algunos elementos a tener en cuenta, a modo de conclusión, para reconducir la temporalidad y también evitar caer en los errores cometidos de forma reiterada durante los más de cuarenta años últimos, a partir de 1978 y, en especial, desde la Ley 30/1984 de 2 de agosto.

Estas propuestas, por supuesto, ni son cerradas ni incuestionables, al contrario. Pueden permitir reconducir el problema en los próximos años y ser planteadas como criterios mínimos, pues es necesario repensar la función pública española de arriba a abajo y superar muchos de los modos enquistados en diversos ámbitos, como la selección, la negociación colectiva, la carrera y la promoción, el sistema de retribución o reflexionar sobre si el sistema de “empleo de por vida” es el que casa mejor con los nuevos paradigmas de esta tercera década del siglo XXI. Por consiguiente, la temporalidad es un grave problema, pero se enmarca en un modelo de empleo público que no se ha adaptado a los nuevos tiempos y que, por ejemplo, en políticas selectivas el modelo español ha quedado superado por casi todos los países democráticos europeos.

1º. Una interinidad funcional exclusivamente causal en base a las excepciones de urgencia y necesidad

Desde siempre se ha planteado la necesidad de “repensar la figura”²⁸ del funcionario interino, máxime cuando la doctrina judicial del TJUE ha ido aproximado los derechos de este colectivo con el de los funcionarios de carrera, con una excepción, que es el derecho al cargo o estabilidad.

La necesidad de empleados públicos temporales –funcionarios, aunque también laborales– es indudable, incluso cuando implican ejercicio de autoridad por parte de los funcionarios interinos²⁹. En este sentido no puede cuestionarse la figura, pero si reconducir su uso a unos niveles adecuados.

Tras el RD-ley 14/2021 y la Ley 20/2021, el nombramiento de un funcionario interino debe ser siempre causal –lo era ya desde el propio EBEP e incluso con anterioridad–, en base a un precepto y una causa que permita el nombramiento y con un plazo temporal máximo de permanencia, que se ha situado en tres años en el funcionario interino en plaza vacante, en tres años también –ampliable a cuatro años según lo permita la ley de desarrollo, generalmente autonómica– en los funcionarios vinculados a programas administrativos temporales y a nueve meses

²⁸ Cantero Martínez, J: “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.

²⁹ Brufao Curiel, P: “Funcionarios interinos y empleo público: análisis general de su controvertido régimen jurídico”. RVAP, num.120, p.37.

en el interino funcionario por exceso de tareas, y con la excepción del interino funcionario por sustitución de funcionario con reserva de puesto de trabajo, cuya duración puede ser muy prolongada³⁰.

Pese a la Ley 20/2021, el régimen jurídico del funcionariado interino carece aún hoy día de un sistema estructurado, adolece de un modelo “serio”, “bien planteado” y “con racionalidad interna”, pues como hemos planteado³¹, a menudo el statu quo de funcionario interino es el paso previo a funcionario de carrera –en una lógica extensible, también, al personal laboral temporal–.

A nuestro juicio, los cuatro tipos de funcionarios interinos del art.10 EBEP –con anterioridad y luego también de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre– están justificados y bien acotados, pero su uso se ha desvirtuado fundamentalmente en los funcionarios interinos vinculados a programas temporales de actuación administrativa y los funcionarios interinos en plaza vacante. La ampliación de seis a nueve meses del funcionario por exceso de tareas no es precisamente tampoco positiva –no necesariamente negativa tampoco–, pues parece amparar necesidades de servicios no anualizadas, sino en tempus marcados, como el profesorado que presta docencia entre septiembre/octubre y mayo/junio y con independencia de que no se localiza en el trámite parlamentario la razón última de esta ampliación temporal, aunque pueden plantearse multitud de supuestos en que se da una lógica racional para poder disponer de un funcionario para este plazo temporal.

En el primer supuesto mencionado, el EBEP fue reformado una década después de su promulgación, para corregir el posible fraude de ley, que se generalizaba, con la “ingeniería jurídica” de crear “programas” de duración ilimitada. En este sentido, se aplicó un periodo máximo de tres años –ampliables hasta cuatro años si una Ley “de Función Pública” dictada en desarrollo del EBEP lo prevé–, que en la reforma del art.10 a través de la Ley 20/2021 se ha mantenido.

Con ello, la interinidad vinculada a programas temporales en gran medida se aproxima a las duraciones propias del derogado contrato de obra o servicio determinado que fijaba el antiguo art.15.1.a) del ET.

En cuanto a la duración máxima de la interinidad en plaza vacante a tres años, que fija el nuevo art.10 EBEP, según el art.1.1 de la Ley 20/2021 –que mantiene la previsión del RD-ley 14/2021– supone la constatación del fracaso de la previsión inicial del EBEP de que toda plaza de funcionario interino en plaza vacante debía convocarse en el año en que se formalizara el nombramiento, o en el posterior salvo amortización, conjuntado con el art. 70.1 *in fine*, que señalaba –y

³⁰ *Vid.*, en detalle, Sánchez Morón, M: “Régimen jurídico de los funcionarios interinos”, Aranzadi, 2020, pp. 32-40.

³¹ Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto ley 14/2021 sobre personal interino...”, ob.cit.

sigue haciéndolo— que las Ofertas de Empleo Público deben ejecutarse en un plazo máximo de tres años.

Con la Ley 20/2021, el nombramiento finaliza *ex lege* a los tres años a partir de la fecha del nombramiento, por lo que es un cese *ad personam*, con alguna excepción prevista por la ley —que la plaza haya sido convocada y esté en proceso de cobertura—. Por tanto, el funcionario interino queda en una situación de inferioridad de condiciones mayor que la previsión inicial del EBEP de 2007, pues su permanencia dependerá exclusivamente del cumplimiento o no de las obligaciones de la Administración, aunque esta pueda incurrir en responsabilidades en base a la nueva disposición adicional 17ª del EBEP, que ya incorporó el RD-ley 14/2021 y mantiene la Ley 20/2021. Esto es, pese a un incumplimiento y la hipotética sanción, el funcionario interino finaliza su vínculo y sin ningún tipo de compensación económica.

El efecto, con dudas sobre su carácter organizativo y humano, es que sólo será razonablemente no arriesgado nombrar un funcionario interino en plaza vacante si esta plaza lo es, como tal, consecuencia de una causa como las previstas por la Ley de Presupuestos a la hora de calcular la tasa de reposición de efectivos —la más general, la jubilación, fallecimiento o excedencia voluntaria sin reserva de plaza—.

Por el contrario, queda desvirtuada o incluso anulada la posibilidad de cubrir plazas de nueva creación, porque no desapareciendo la tasa de reposición —salvo la posibilidad peculiar que permite la DA 4ª del RD-ley 32/2021, aunque sólo aplicable al personal laboral—, la convocatoria dependerá de un efecto ajeno al nombramiento interino y la nueva plaza: la existencia de una tasa derivada de algún supuesto previsto en la ley, como las antes dichas. En este sentido, si bien la tasa para el 2022 ha superado en muchos casos al 100 por ciento, alcanzando incluso el 120 o 130 por ciento, lo cierto es que sigue siendo el eje central de futuras Ofertas de Empleo y no puede preverse cuál será la política al respecto en el año 2023 y siguientes ya que se deberá estar pendiente de la política presupuestaria anual del gobierno o ministro de turno.

2º. La necesidad de regular específicamente el contrato laboral temporal en la Administración Pública

La presencia de personal laboral, fijo y temporal, ha sido una constante en la Administración pese a que desde la STC 99/1987 se entiende que debe ser la excepción al régimen general funcionarial. Lo cierto es que en la Administración local es mayoría, superando porcentualmente al funcionariado. También en otros muchos servicios de la Administración estatal y autonómica la presencia de trabajadores fijos o temporales —e indefinidos no fijos— es muy elevada y por tanto, se puede incluso hablar de un “derecho del empleo público laboral” habida cuenta la gran conflictividad que se da, del que es buena prueba la figura del trabajador indefinido no fijo.

Tras la reforma laboral a través del RD-ley 32/2021 puede darse la paradoja que el contrato temporal sea residual –salvo el contrato de interinidad– y se produzca una huida hacia fórmulas funcionariales, fundamentalmente el funcionario interino vinculado a programas administrativos de carácter temporal con larga duración –de tres o incluso cuatro años–.

Sin embargo, la reforma laboral del RD-ley 32/2021 ha incorporado dos formas de posible temporalidad laboral, ad hoc para la Administración, que puede conllevar un nuevo elemento de distorsión de la presencia de la contratación temporal.

En concreto, nos referimos a los contratos vinculados a programas de activación para el empleo (DF 2ª RD-ley 32/2021), que permitirá a las Administraciones públicas y las entidades sin ánimo de lucro formalizar contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo, “cuya duración no podrá exceder de doce meses”. Una DF que incorpora este contrato como DA 9ª de la Ley de Empleo (RD-legislativo 3/2015 de 23 de octubre).

En segundo término, la posibilidad de contratos de duración determinada por parte de entidades públicas vinculadas al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea y que se concreta en contratos para ejecutar el referido Plan, aunque también para ejecutar programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea (DA 5ª RD-ley 32/2021).

Por otro lado, creemos que se ha solventado en falso los términos de la duración del contrato de interinidad; así, en primer término, la DA 17ª EBEP hace referencia a una duración máxima de la contratación laboral temporal, pero no indica cual es la de la interinidad laboral mencionada; pero marcando este camino, debemos recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo emanada a partir de junio de 2021 que la fija en tres años, y cuyo exceso supone convertir el vínculo en indefinido no fijo³². Pese a ello, la DA 4ª RD-ley 32/2021 ha validado esta interinidad pero no fija un término máximo, a diferencia del sector privado en que el art.15 ET señala que será de tres meses o el ya comentado nombramiento de funcionario interino en plaza vacante, cuya duración no podrá superar los tres años.

Lo anterior, sin embargo, comporta dificultades aplicativas de gran calado. En primer término, hoy por hoy si se superan los tres años la Administración no se puede rescindir el contrato so pena de incurrir en un despido improcedente o incluso nulo.

³² En extenso, *vid.* Boltaina Bosch, X: “El contrato de interinidad por plaza vacante tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021”. La Administración Práctica, núm.8, 2021, pp.51-63.

En segundo lugar, si bien la jurisprudencia reconoce el carácter de indefinido no fijo ello no puede declararse de oficio por parte de la Administración, al seguir vigente la DA 43ª de la Ley 6/2018, según la cual los órganos administrativos en “especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo”.

La norma continua señalando, además, que “los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”. A ello nada ayuda que la DA 4ª RD-ley 32/2021 indique que “se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva (...)”.

La única respuesta jurídicamente segura pasa por incorporar una reforma al Real Decreto 2720/1998³³, que señale que la duración vinculada al proceso selectivo –hasta el momento, indeterminada por el Reglamento aprobado hace un cuarto de siglo e indeterminada según el RD-ley 32/2021– y que ha permitido interinidades laborales *ad aeternum*, se reduzca a tres años, medida que es perfectamente legal de igual manera que acontece con este mismo tipo de contrato en el sector privado en que la duración se limita a los tres meses y no es posible recurrir a un nuevo contrato de interinidad con persona distinta. O, alternativamente, derogar el referido RD –lo que muy posiblemente acontecerá– y aprobar uno nuevo que se adapte al contenido de la reforma laboral de 2021.

Una previsión que entendemos debía haberse incorporado al ET tras el RD-ley 32/2021 evitando así una disfunción, en que la interinidad funcional está plenamente tasada en su duración en el EBEP, pero no así para la laboral en el seno de la Administración, frente a los tres meses que si se prevé para el sector privado en el nuevo art.15 ET, post RD-ley 32/2021.

Por ello, entendemos que sería preciso un marco jurídico conjuntado y coherente de la contratación laboral temporal en la Administración, incluso aprobando una norma legal específicamente para que el operador jurídico, el gestor

³³ En concreto el art.4.2.b) del RD 2720/1998 señala la doble distinción. Así, en procesos de selección, “la duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima. En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica”. Lo mismo se ha elevado a nivel legal con el RD-ley 32/2021, en el art.15 y la DA 4ª.

y los propios empleados sepan a qué atenerse en cada supuesto y evitar disfunciones y contradicciones entre el EBEP, la legislación laboral y la jurisprudencia.

3º. La reconsideración de los procesos de selección del personal temporal e interino: el refuerzo de los principios de igualdad, mérito y capacidad

Si con la Ley 20/2021 acontecerá la estabilización de cientos de miles de empleados interinos y temporales a través de procedimientos que hemos tenido la ocasión de calificar como “blandos”³⁴ con una dilución del mérito y la capacidad en un concurso-oposición con una fase de oposición posiblemente no eliminatoria o con el simple concurso de méritos, nos atrevemos a aventurar que ello puede volver a suceder en un plazo no superior a cinco o seis años, aunque sólo sea en base a la necesidad de incorporar personal para sustituir a los cien mil empleados que se jubilarán anualmente en todas las Administraciones públicas españolas.

En este caso, habrán logrado la condición de “fijeza” un cúmulo considerable de ciudadanos en que quizá su incorporación inicial a la Administración lo fue sin prueba selectiva, por decisiones políticas o acuerdos sindicales, mediante entrevistas personales, por valoración de un currículo pero también incluso por pruebas selectivas de escaso o nula exigencia. El abanico es amplio: desde la nula exigencia de ningún mérito y capacidad hasta aquellos que superaron un proceso selectivo para ser fijo o funcionario de carrera, pero no obtuvieron plaza y pasaron a formar parte de las bolsas de trabajo y luego se incorporaron como interinos. Una franja amplia que no ha sido tenida en cuenta en absoluto por la Ley 20/2021.

Ante ello, entendemos que sólo hay dos posibles alternativas de futuro. Hemos indicado al analizar el RD-ley 14/2021 que quizá puedan existir otras opciones, pero desde un punto de vista de cada Administración, sólo intuimos dos específicas³⁵ en base a un postulado que es muy habitual, en especial en el ámbito autonómico y local, cual es que con gran frecuencia la interinidad/temporalidad es el paso previo a la condición de fijeza: “una vez dentro del empleo público, la mayoría de los empleados temporales adquieren una cierta estabilidad de hecho, hasta que, en su caso, logran consolidar la plaza mediante un procedimiento sencillo de concurso-oposición, en el que se rebajan las exigencias de las pruebas de aptitud y se valoran desmesuradamente los años de servicio”³⁶. Y aunque ello se considera

³⁴ Tuvimos ocasión de analizar ampliamente esta cuestión en nuestro artículo “Los procesos selectivos blandos y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm.extraordinario 2, pp.140-155.

³⁵ Boltaina Bosch, Xavier: “Personal temporal...”, ob.cit.

³⁶ Sánchez Morón, M: “La consagración del funcionario interino indefinido”. RAP núm.208, 2019 pp.223-238.

un efecto perverso y no buscado por la norma³⁷, lo cierto es que la realidad nos lleva a tal conclusión de forma mayoritaria en el mundo local y autonómico, y en gran medida en los empleados de las agrupaciones profesiones y subgrupos C2 y C1 de la Administración del Estado y de los Servicios de la Seguridad Social.

Por ello consideramos que el acceso a la condición de empleado temporal o interino debería requerir, superada la situación de la Ley 20/2021, unos procesos selectivos estrictos y exigentes, que superen ya no sólo los modos de entrevistas, currículum o pruebas de escasa complejidad, sino también las pruebas de valoración en base a fórmulas de tipo test. Esto es, la asunción que el proceso de selección para temporal o interino debe comportar unos niveles de exigencia iguales o muy parecidos a la de condición de empleado permanente.

Ello requeriría unas pruebas rigurosas, con convocatorias en que se acredite el mérito y la capacidad, en que intervengan elementos de conocimiento teórico y práctico y, si es posible, también la entrevista y la valoración de méritos, a través de Tribunales que asuman la misma profesionalidad, rigor e imparcialidad con que actúan –o deberían– los órganos selectivos del personal funcionario de carrera o laboral fijo. Supondría reconocer y asumir que la selección del personal temporal lo es casi como un paso previo a la continuidad de la carrera en el futuro como personal permanente.

La segunda opción, nada desdeñable pero que supone un cambio de cultura ciudadana pero también sindical y política, es desconectar completamente el acceso a la temporalidad de cualquier expectativa futura de beneficio o plus intenso para participar en el proceso selectivo para obtener una plaza permanente. Acaso valorar en cierta medida este mérito, pero con un paradigma que suponga que el empleado interino o temporal asuma que su paso por la Administración no le otorgará un beneficio futuro en detrimento de los aspirantes externos.

Ello supondría una temporalidad circunscrita a ello y que si acaso otorga un posible plus en el futuro, será circunstancial y reducido en la fase de méritos y, en todo caso, con límites temporales como el señalado de los tres años.

En este último supuesto, las exigencias de acceso pueden ser más débiles, no tan formales ni estrictas, pero con una consecuencia clara: el aspirante conocerá desde el principio que su itinerario será relativamente corto en el tiempo –no más de tres años– y que esta experiencia que logrará –experiencia retribuida, por lo demás–, no le supondrá un mérito tan intenso que impida luego el acceso de un ciudadano por el turno libre sin experiencia en esa y específica Administración pública.

³⁷ Jiménez Asensio, R: “Doce tesis y seis hipótesis sobre la selección de empleados públicos y su futuro”. Ponencia en las Jornadas del IVAP-2019.

Queda, sin embargo, un vacío que prácticamente nadie ha valorado o analizado: los interinos en sustitución de persona con reserva de plaza, sean laborales o funcionarios. Si bien su duración está, siempre y en todo caso, limitada temporalmente, la cuestión se complica –y mucho– cuando la sustitución se deriva de una reserva por excedencia forzosa laboral o una situación de servicios especiales del funcionario titular o bien el empleado interino va acumulando sustituciones de diversos empleados con derecho de reserva –lo más habitual, por incapacidad temporal o bajas por maternidad–. Esto último en base generalmente a bolsas de trabajo de entrada y salida permanente, que incorporan un elemento perverso creando bolsas de interinos con decenas e incluso centenares de nombramientos de menor o mayor duración en un ciclo sin fin.

En este caso, podría darse –de hecho, acontece– que el interino laboral o funcional acumula mucha antigüedad sin ninguna perspectiva y sin compensación económica –tampoco prevista en la Ley 20/2021–. Ante ello, la única opción es limitar estas duraciones a un plazo no superior a tres o cuatro años y, de no retornar el funcionario de carrera o laboral fijo por mantener su derecho de reserva, dar por finalizado el vínculo interino y optar por políticas internas de provisión del puesto de manera transitoria, por personal permanente de la propia entidad pública. De hecho, supondría aplicar una política de provisión de puestos de trabajo normalizada y no, como acontece a menudo, en que nunca hay concursos de provisión y en que también frecuente, los empleados están adscritos a sus respectivos puestos de manera provisional con carácter casi permanente.

4º. La regulación legal de las bolsas de trabajo o empleo en base a criterios de publicidad, mérito y capacidad

Las denominadas “bolsas de empleo” o “bolsas de trabajo” son una de las instituciones más peculiares del empleo público, porque no hay regulación alguna en el EBEP y a menudo funcionan a través de normas autonómicas de mayor o menor rango –generalmente reglamentario– o bien por negociación colectiva.

Significativamente, las bolsas son un elemento de selección de empleados que podrán ser incorporados temporalmente en un plazo relativamente corto a la Administración, pero su funcionamiento interno es, muy a menudo, opaco y no son menores los conflictos sobre el “orden de llamamiento”.

En este sentido, la Ley 20/2021 ha venido a crear una cierta confusión. En primer término porque el nuevo art.10.2 EBEP parece vacilar sobre su vigencia, cuando señala que los procedimiento de selección de funcionarios interinos serán públicos “y tendrán por finalidad la cobertura inmediata de su puesto”, lo que supondría desvirtuar o anular las bolsas de trabajo, cuya duración no es sólo incorporar inmediatamente empleados sino que a menudo mantienen duración de su vigencia de dos o tres años.

Por el contrario, la DA 4ª Ley 20/2021 autoriza que en las convocatorias de estabilización se podrá prever que quienes no superen el proceso selectivo podrán ser incluidos en “bolsas de personal funcionario interino o de personal laboral temporal específicas” aunque también “su integración en bolsas ya existentes”.

Una medida que, pese a su redacción, debería beneficiar no sólo a los interinos que no superen el proceso selectivo de estabilización, sino cualquier otro ciudadano. Así la norma se refiere a “personas que no superen el proceso selectivo”, esto es “candidatos que, habiendo participado en el proceso selectivo” no lo ha superado, pero “sí hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente”.

En este sentido, parecería razonable plantear una regulación legal de las bolsas de trabajo, con carácter de norma básica aplicable a todas las Administraciones, que incorporaran también elementos de protección para los entes públicos, habida cuenta que la entrada y salida constante de una bolsa de trabajo con nombramientos acumulados o contratos temporales sucesivos puede suponer para la Administración incurrir en las infracciones que el EBEP y el Estatuto de los Trabajadores establecen sobre supuestos de responsabilidad y, por tanto, la aplicación de la DA 17ª EBEP, entre otras medidas, como es el art.15.5 ET y la DA 15ª ET, que prevén la fijeza por acumulación de contratos temporales³⁸.

5º. La reformulación de la “tasa de reposición de efectivos”

El problema originado por la temporalidad en España no se deriva, en exclusiva, de la tasa de reposición de efectivos, sino de otros muchos factores, pero ha sido un elemento profundamente distorsionador en el empleo público.

Dado que la Ley 22/2021 de Presupuestos para el 2022 continúa manteniendo la tasa –aunque mucho más generosa que la existente en periodos anteriores– y que incluso la reforma laboral ha incorporado una tasa en su DA 4ª RD-ley 32/2021 –con carácter permanente pero indeterminada y discrecional, pues depende caso por caso de una petición de la Administración y de la autorización del Ministerio–, es evidente que esta “institución” jurídica y de gestión no parece que vaya a desaparecer el sistema del empleo público, pese a que el EBEP nada indica al respecto.

Sorprende, en este sentido, que una norma laboral como el RD-ley 32/2021 incorpore una tasa –permanente en el tiempo–, que la Ley de Presupuestos del Estado cada año se refiere a las tasas aplicables y, por el contrario, el EBEP nada

³⁸ Es recomendable la lectura al respecto del artículo de Rodríguez Escanciano, S. y Fernández Domínguez, JJ: “Bolsas de trabajo y Administración pública: problemas jurídicos”. Actualidad Laboral, núm.21, 2006, pp.2559-2577. Para un supuesto específico, pero con interés para otras Administraciones, vid. Gómez Álvarez, T: “Las bolsas de trabajo de la Administración Pública de la Junta de Andalucía”, Temas Laborales, núm.80, 2005, pp.95-120.

indica al respecto, en ningún precepto ni la incorpora en los criterios que la Ley 20/2021 impone de convocar plazas en unos plazos fijos –con independencia de los procesos de estabilización–. Esto es, más allá de la tasa del RD-ley 32/2021, se trata de un concepto fundamentalmente presupuestario pero con una incidencia determinante en las políticas selectivas.

En todo caso, las críticas a las tasas de reposición son comunes entre la doctrina teórica pero también por parte de los gestores públicos, habiendo sido definidas como un “instrumento del pasado”³⁹.

El otro elemento es que el concepto y su configuración debería ser estable, de tal manera que cada año no se modifique la fórmula de cómputo –como ha sucedido con la promoción interna o los indefinidos no fijos–. Así, ha acontecido una evolución sobre lo que se incorpora o no en la tasa, que cada año se modifica, lo que implica una inseguridad en la gestión de recursos humanos. Y todo ello sin olvidar la existencia de una nueva tasa de reposición ya mencionada, para incorporar personal laboral fijo o personal fijo discontinuo, que debe ser solicitada por la Administración y decidida –discrecionalmente, parece– por el Ministerio de Hacienda y Función Pública (DA 4ª RD-ley 32/2021).

Igualmente, consideramos que de mantenerse las tasas sería necesario tener tres consideraciones previas a modo de reflexión.

En primer término, resolver si la tasa de reposición debe tener en cuenta o no las jubilaciones. En el periodo comprendido entre 2022 y 2032 se jubilarán en España en torno a un millón de empleados, esto es casi el 30 por ciento de todos los efectivos de las Administraciones, un proceso que seguirá a partir de esa fecha, por supuesto. Creemos que sería preciso que, tras una valoración objetiva sobre si la plaza debe pervivir tras el empleado jubilado y constatada su necesidad –lo cual no siempre acontece, por la evolución de la Administración y de la sociedad–, sería preciso que no fuera la tasa la que limitara año tras año la sustitución de los empleados jubilados por nuevos empleados fijos. Esto es, que la incorporación de personal fijo por plazas vacantes por jubilación no se vincule al cálculo de la tasa de reposición, pues es incongruente en una política de recursos humanos proactiva.

En segundo lugar, debería desconectarse la tasa de reposición de la creación de nuevas plazas. En el modelo actual, si una Administración crea plazas nuevas por las razones justificadas que correspondan, no debería quedar vinculada la incorporación de personal fijo a la existencia o no de opciones derivadas de la tasa. Es cierto que ello no sucede así porque hay un prejuicio del legislador sobre la expansión de las plantillas, en especial en el ámbito local y autonómico, pero es evidente también que ello puede dar como resultado que las plazas se creen y se

³⁹ Jiménez Asensio, R: “Doce tesis...”, ob.cit.

provean por personal temporal o interino, dado que en este supuesto no actúa la tasa de reposición, pero genera un problema hacia el futuro acumulativo.

Finalmente, la tasa de reposición lleva incorporada en su propio concepto la perversión del sistema, pues sólo tiene efectos hacia el pasado. La tasa, hoy por hoy, observa al pasado pero no prevé el futuro, pues tiene en cuenta las vacantes acaecidas en el año presupuestario anterior al de su aprobación. No existe una tasa *ad futurum*, aunque se conozca perfectamente el número de empleados que en los próximos meses y años causarán baja, generalmente por jubilación. Ello significa que no hay norma en el sistema español que prevea cómo reaccionar ante el millón de empleados que se jubilarán entre el periodo 2022-2032. La solución ante esta marcha de empleados será, a buen seguro, incorporar nuevo personal temporal o interino y, de nuevo, mantener el problema que la Ley 20/2021 desea dar por finalizado.

Sin tener en cuenta estas tres reglas bien simples, la tasa de reposición deviene –y lo será de nuevo en el futuro– en un instrumento “tóxico” en la gestión de los recursos humanos, pues no aporta nada positivo y sí supone incrementar el personal temporal e interino y evitar procesos de selección con una cadencia normalizada.

Entendemos que debe darse capacidad de gestión hacia el futuro a las Administraciones, de tal manera que cuanto menos tengan la capacidad de reponer con carácter fijo, de entrada, a las jubilaciones o bajas ya previstas en los próximos dos o tres años, así como también las plazas de nueva creación para prestar servicios o actividades que son nuevas o van surgiendo de manera lógica en una Administración en cambio permanente. Eso requeriría un cambio radical de modelo, que sólo puede pasar por normalizar la temporalidad como un paso previo a la fijeza o bien permitir a la Administración convocar plazas vacantes pero también plazas que pueden quedar vacantes, con el compromiso de que las personas que superen el proceso tendrán derecho a incorporarse cuando la necesidad acontezca.

6º. Ofertas de Empleo Público de obligada aprobación y ejecución en los plazos del EBEP

Es una práctica relativamente habitual que muchas Administraciones –especialmente, en el mundo local– no han aprovechado las posibilidades que la tasa de reposición, año tras años les ofrecía, y por tanto o bien no han aprobado Ofertas de Empleo público o incluso, no han aprovechado las posibilidades de estabilización de la Ley de Presupuestos del 2017 y 2018. De hecho, durante el periodo 2017-2021 en muchos supuestos no se aprobaron Ofertas y convocatorias de estabilización y por ello la Ley 20/2021 intenta recuperarlas, en un último intento, reconduciéndolas al procedimiento que prevé la nueva norma.

La inacción ha acontecido por multitud de motivos y no siempre por responsabilidad de la Administración, aunque en todos los casos ha sido copartícipe al aceptar peticiones de demora o no aprobación para no perjudicar al personal interino que ocupaba las plazas que podían ser convocadas. Prueba de ello son las prórrogas a los plazos finales de la Ley de 2017 y 2018, hasta el punto que se fijó uno de nuevo hasta el 31 de diciembre de 2021.

Esta polémica se reproduce de nuevo con la Ley 20/2021, cuestionando elementos nucleares de las misma: la incorporación de todas las plazas o no, qué se considera y que no como plaza estructural, si debe recurrirse obligatoriamente o no al concurso de méritos de las DA 6ª y 8ª o las fórmulas del concurso-oposición del art.2. Incluso se ha planteado que acontecería si la Administración entra en inacción y no aprueba antes del 1 de junio las Ofertas de Empleo Público de estabilización, cómo fórmula torticera de saltar la finalidad de la Ley 20/2021.

En este sentido y más allá de la opción personal o política como hemos tenido ocasión de plantear en otras ocasiones la redacción de la ley 20/2021 nos parece clara y sin fisuras: si la Ley permite la opción de aprobar Ofertas de Empleo Público o bien procesos de estabilización, deben aprobarse y ejecutarse obligatoriamente, pues el objetivo final es lograr una tasa de temporalidad inferior al 8 por ciento a finales del 2024.

Sin embargo, encontramos a faltar vías de compulsión por parte del Estado o de las Comunidades Autónomas para asumir esta inacción y proceder a la convocatoria si la Administración –generalmente, en el ámbito local– obligada no actúa y prueba de ello es que no hay una norma que suponga una sanción a esta hipotética inacción o, lo que es más posible, que no se incluyan todas las plazas que el art.2 de la Ley 20/2021 permite, pues en algunos supuestos el debate sobre qué es y no es estructural no tiene fácil resolución, aunque sí existan vías de impugnación individuales, como cuestionar en vía administrativa y judicial las Ofertas de Empleo que se aprueben y no incorporen las plazas que deben incluirse.

Cuestión distinta es si el modelo de solución del problema de la Ley 20/2021 de 28 diciembre supera el juicio de constitucionalidad en algunos de sus elementos y ello, como hemos señalado, es una de las debilidades más significativas de la Ley. Los antecedentes de la jurisprudencia constitucional nos permiten aventurar dificultades a algunos de los procesos que puedan aprobarse, en base a la ambigüedad de cómo articular el concurso oposición o el concurso de méritos.

7º. La necesidad de regular jurídicamente al “trabajador indefinido no fijo”

La figura del trabajador indefinido no fijo es fruto de la creación jurisprudencial en 1996, a través de la STS de 7 de octubre de 1996 y consolidada luego con las muy conocidas STS de 20 y 21 de enero de 1998 y así ha seguido hasta el año 2022,

y parece se mantendrá en el futuro. Una figura jurisprudencial que acumula más de un cuarto de siglo y que es un compendio de dificultades interpretativas⁴⁰.

Llegados a 2022, la figura *ad hoc*, de estricta creación jurisprudencial, alcanza más de un cuarto de siglo de virtualidad y su estudio ha merecido muchos diversos análisis, pero la constante jurisprudencia que recae conlleva una gran inseguridad jurídica, hasta el punto que se cuestiona si un indefinido no fijo por sentencia judicial debe incorporarse o no en el proceso de estabilización.

Además, la figura ha evolucionado en muchos elementos, pasando de una extinción no indemnizada (2002) hasta su reconocimiento, como también la posibilidad del derecho a la promoción interna y otros derechos vinculados a su condición de no fijeza, de igual manera que se han ampliado los derechos de los trabajadores temporales. Pese a que se formulan muchas críticas a la figura, por su inseguridad, también ha encontrado elogios, por algunas consecuencias positivas: la correcta calificación de que el contrato de trabajo indefinido no es fijo y el fortalecimiento del principio de estabilidad en el empleo, evitando que contratados temporales se transformen en fijos de manera automática⁴¹.

Sin embargo el EBEP no resolvió el problema y tampoco la normativa posterior hasta llegar al 2022. Ni tan siquiera los arts. 8 y 11 que señalan que el personal laboral puede ser fijo, indefinido y temporal se refiere expresamente a este tipo de personal, sino al personal de los centros públicos en la asignatura de religión⁴².

Han sido normas posteriores las que han incorporado esta expresión, como las leyes de Presupuestos Generales del Estado al regular la tasa de reposición de efectivos. Significativamente, se da por hecho el concepto, pero no hay norma específica laboral o administrativa que lo defina, por lo que debe recurrirse de nuevo a la jurisprudencia. Y ello conduce a una gran inseguridad jurídica y continúa en constante evolución, especialmente a través de la doctrina europea del TJUE, que en gran medida –pero siempre– asume el Tribunal Supremo.

⁴⁰ Entre las más recientes y más completas monografías, vid. Beltrán de Heredia, I: “Los indefinidos no fijos: una figura en la encrucijada”. Editorial Bomarzo. 2021.

⁴¹ Cantero Martínez, J. y Jiménez Asensio, R: “La temporalidad enquistada en el empleo público: la temporalidad futura como problema institucional”. www.hayderecho.com; 6 de julio de 2021.

⁴² El concepto “indefinido” fue incluido en el trámite del Senado por dos enmiendas del PNV para incorporar al ámbito del EBEP al personal de la asignatura de religión de los centros públicos. Poco después se reguló por el Real Decreto la relación laboral especial de este tipo de empleados. Pese a ello, no son pocos los autores e incluso sentencias que indican que el EBEP incorporó la figura del indefinido no fijo, pero en absoluto fue la voluntad del legislador del Estatuto Básico.

La clave de esta figura es que son un número de empleados difícil de cuantificar habida cuenta la imposibilidad de que la Administración los reconozca de oficio, dificultad que se ha incrementado tras la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que el interino laboral en plaza vacante que supera el plazo de tres años se transforma en indefinido no fijo

Al respecto, y sin perjuicio de su condición jurídica, todas las normas de estabilización que se aprueben deberían instituir la obligación –no la voluntariedad– de incorporar a los trabajadores indefinidos no fijos, sin perjuicio de cómo se resuelvan las cuestiones prejudiciales que durante los últimos meses se han planteado ante el TJUE sobre si tal figura debe pervivir. Por lo demás, debería superarse la previsión de la ley de presupuestos del 2017 y 2018 –que continúa vigente– que sólo es indefinido no fijo el que ha sido declarado así por sentencia judicial firme. Debe ampliarse la posibilidad a la Inspección de Trabajo y, también, de manera excepcional, a la propia Administración causante del nacimiento de tal figura, si se cumplen escrupulosamente las reglas que la jurisprudencia ha fijado para estos supuestos.

La mejor solución sería, sin duda, que la propia Ley establezca los criterios para determinar quién es y quien no es indefinido no fijo, una medida que comportaría olvidos, pero otorgaría seguridad jurídica a los gestores públicos en muchos supuestos –de entrada, los interinos en plaza vacantes que superan los tres años– que deberán gestionar procesos de estabilización.

Si bien esta última posición de la posible auto declaración no es compartida por gran parte de la doctrina administrativista, lo cierto es que tal pureza legalista conlleva a un resultado desconcertante en el plano de la seguridad jurídica: la existencia *de facto* de miles de indefinidos no fijos porque así lo considera *ex lege* la legislación o la jurisprudencia y sin opciones por parte de la Administración de reconocer tal condición y creando una ficción de que se trata de empleados temporales, pese a que legal o jurisprudencialmente no lo son y evitar judicializar la solución, dado que sólo a través de una sentencia se da seguridad jurídica al empleado y al ente público, cuanto menos con la normativa actual derivada de la Ley 6/2018.

8°. Las responsabilidades derivadas del incumplimiento de plazos de duración de la interinidad funcional y de los contratos laborales temporales

La medida no es novedosa, pues las leyes de presupuestos la han incorporado en los últimos años en cuanto a los contratos temporales. De manera clara se añadió con carácter permanente en la ley de presupuestos de 2017 y 2018. Esta última (Ley 6/2018) mantiene su vigencia con carácter indefinido en cuanto a las reglas de responsabilidades administrativas y de prohibición de auto declarar el carácter indefinido no fijo y derivando sólo la posibilidad a una sentencia judicial firme.

No obstante, fueron previsiones dirigidas al personal laboral temporal y en ningún caso, al funcionariado interino. De ahí la importancia de la DA 17ª del RD-ley 14/2021 que se ha mantenido en la Ley 20/2021, que se incorporan ambos colectivos.

La norma establece que los nombramientos de funcionarios interinos o contratos temporales que incurren en irregularidad en cuanto a su duración, instituyendo una “compensación” de veinte días por año trabajado con un máximo de doce mensualidades. Esta norma adolece de las dificultades aplicativas antes mencionadas, pues supone el reconocimiento de una irregularidad administrativa. En este sentido, creemos que la DA 17ª puede derivar en poco práctica y de aplicación sólo tras sentencia judicial, caso a caso.

Sin embargo, se añade un elemento más, cual es que todo tipo de compensación económica conduce a un incremento del gasto público. A diferencia del sector privado, este entramado de compensaciones que prevé la norma recae en el presupuesto público. Y si bien para razonable –y conforme a la normativa europea– que hay que establecer medidas suficientemente desincentivadoras del exceso de temporalidad, lo cierto es que hacer recaer el “castigo” en el Presupuesto público supone jugar con “pólvora de rey”.

9º. La profesionalización de la selección del empleo público temporal y la aprobación de un marco jurídico solvente aplicable como mínimos a todas las Administraciones

Nos hacemos eco, en este sentido, de las medidas propuestas más recientemente en relación a los procesos de selección de personal temporal y que en parte hemos tratado en los puntos anteriores. Se centraría en las bolsas de trabajo, en las pruebas a superar y los criterios a establecerse. En concreto, apostamos, como ha hecho el “Informe del grupo de estudio y propuesta” para la Generalitat Valenciana⁴³, que se haga hincapié en los siguientes elementos:

- a) profesionalizar de manera absoluta los órganos de selección del personal temporal e interino y, por supuesto, de las bolsas de trabajo. Órganos que deben estar conformados por profesionales que actúen a nivel estrictamente personal y no en nombre –formal o encubierto– de una organización, colegio profesional, sindicato o grupo de intereses.
- b) creación de bolsas de trabajo derivadas de procesos de selección para empleo fijo, con una doble lista de candidatos: los que no són eliminados pero no

⁴³ “Informe del grupo de trabajo de estudios y propuesta de medidas para la innovación en los procesos de selección de personal al servicio de la Administración de la Generalitat” (valenciana). Conselleria de Justícia, Interior i Administració Pública. Noviembre, 2021.

- obtienen plaza y los que, sin superar todas las pruebas, hayan acreditado un determinado nivel de conocimientos para optar a un empleo temporal.
- c) que los procesos específicos de selección de personal temporal para una o diversas plazas vacantes incorporen una prueba de conocimientos y que además, los plazos de ejecución del proceso estén tasados y no se prolonguen indefinidamente en el tiempo, de tal forma que este transcurrir de los meses desincentive a los candidatos, que al final en gran porcentaje no se presentan a las pruebas.
 - d) fijar unos términos de caducidad de las bolsas de trabajo de tal manera que entre la selección y la incorporación del empleado interino no haya transcurrido un tiempo tal que pueda quedar desvirtuado el conocimiento y el mérito que en su momento acreditaron.

10º. Hacia una nueva concepción de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público

Vamos a finalizar este documento con unas breves referencias a los principios de igualdad, mérito y capacidad, siguiendo en este sentido los criterios que ya defendimos al analizar el RD-ley 14/2021⁴⁴.

Estos principios se aplican tanto al personal permanente como al temporal, si bien es cierto que son menos exigentes para adquirir la condición de empleado no permanente

En primer término, deberíamos definir y situar los conceptos de igualdad, mérito y capacidad en una Administración de la tercera década del siglo XXI. Ello obligaría a “repensar” la selección de los empleados⁴⁵ y reflexionar sobre si el sistema selectivo “clásico” es el más adecuado en la Administración actual.

Es evidente que los principios de igualdad, mérito y capacidad no pueden soslayarse, porque el carácter público de las entidades se aleja del modelo privado y porque no parece –salvo excepciones– que modelos alejados de nuestra cultura pública pueden ser incorporados a nuestro sistema. Sin embargo en el ámbito continental europeo se han aplicado sistemas exitosos de acceso al empleo público que pueden ser buenos referentes para incorporar al sistema español.

Por otro lado, los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución fueron una conquista del nuevo sistema democrática, que rompía con la forma y la sustancia de la dictadura franquista. Así, con la Constitución los principios mencionados

⁴⁴ Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización...”, ob.cit.

⁴⁵ Jiménez Asensio, R: “Repensar la selección de empleados públicos. Momento actual y retos de futuro”. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm.extraord.2, 2018.

pasaron a ser derechos fundamentales de protección máxima y la jurisprudencia constitucional así lo ha sancionado.

Sin embargo, consideramos que el mérito y la capacidad exigida para acceder a empleo público deben articularse de manera distinta a lo que se definió en los años 80 y 90 del siglo XX. En aquél momento el rigor de aprobar una Oferta de Empleo, ejecutarla en un plazo tasado, aprobar y publicar unos temarios e instituir la oposición o el concurso-oposición fueron elementos sin duda positivos para no sólo democratizar el empleo público sino también para otorgar seguridad jurídica a la ciudadanía.

Para tras más de cuarenta años, el modelo se nos antoja agotado. En este sentido, creemos que hay elementos que podrían ser tenidos en cuenta en un posible cambio futuro que evitara, entre otras consecuencias, reproducir el problema que la Ley 20/2021 intenta corregir. En concreto:

- a) reformular el contenido del concurso-oposición o del concurso, así como también replantear en qué circunstancias debe emplearse exclusivamente la oposición, evitando que ésta se concentre en el acceso a Cuerpos de la mal llamada “élite” funcional que supone una clara disfunción de los aspirantes que optan, que pueden permitirse largos periodos de estudio sin necesidad de trabajar.
- b) incorporar los modelos del derecho comparado, en algunos supuestos muy exitosos, a los sistemas de selección en España, evitando permanecer anclados en pruebas memorísticas o de conocimientos que escasamente acreditan la capacidad en una realidad en permanente cambio, aunque sin obviar esa necesidad de conocimientos, que siguen siendo imprescindibles junto a otras variables.
- c) establecer que el mérito y la capacidad sea exigible no sólo en el acceso sino también a lo largo de la vida laboral del empleado público, lo que supondría incorporar la evaluación del desempeño de una manera realista y firme y no en un simple trámite anual que evita el conflicto pero no aporta nada al servicio público, y muy posiblemente también poner en cuestión la noción de “empleo de por vida”, a fin de romper el vínculo cuando el empleado “permanente” no supera estas evaluaciones con reiteración.
- d) insertar la selección del personal temporal como una fase, previa e importante, del proceso de selección en el camino al personal permanente. En este sentido, hemos apostado por la posibilidad de generalizar el acceso al empleo público, especialmente en los grupos A1 y A2, aunque también en grupos inferiores a través de fórmulas de temporalidad y procesos posteriores de aprendizaje, trabajo y evaluación y la sucesiva superación de pruebas y demostración de conocimientos, méritos, habilidades y competencias para lograr, al final de un recorrido –no siempre corto– ingresar de manera estable o decaer el nombramiento.

- e) trasladar el coste del acceso al empleo público del ciudadano a la Administración. Se trata de un elemento a nuestro entender clave, que a menudo es olvidado en los estudios y libros blancos que se aprueban al respecto.

Si bien en los niveles inferiores de C2 y C1 –auxiliares, administrativos– ese coste puede ser asumible, lo cierto es que en los grupos y subgrupos A1 y A2 implica que los candidatos deben hacer frente a largos procesos de preparación, en ocasiones de muchos años, especialmente para acceder a los mal llamados “cuerpos de élite”.

Difícilmente la función pública que la conforma –inspección de finanzas, judicatura y fiscalía, notariado, registros de la propiedad, etc.– se nutrirán de los mejores candidatos si para ello la red de cobertura durante los tres o cuatro años mínimos necesarios para preparar el proceso selectivo recae exclusivamente en el aspirante, lo que deriva que sólo determinadas clases sociales puedan permitírselo, y por lo general, los hijos de familias que pueden sustentarlos, con el riesgo –por lo demás– que al finalizar ese periodo se sustancie un fracaso y jóvenes sin experiencia profesional se sitúan en las franjas de 28-30 años, lo que aún desincentiva mucho más a los candidatos de las clases medias.

- f) Finalmente, reflexionar sobre cómo hacer más atractiva la función pública, en un proceso de alejamiento progresivo que la sociedad ha tenido en relación a acceder a la condición de empleado público, visto más como una solución de “trabajo de por vida” que como un servicio público y de compromiso.

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha exigido en ningún momento la conversión de los empleados temporales en funcionarios de carrera o laborales fijos sin proceso de selección que no cumpla los requisitos de igualdad, mérito y capacidad. Si ello fuese así, como se pretende desde determinados ámbitos –incluidos jurídicos– supondría devaluar aún más el valor del empleo público, “dando cobertura a posibles comportamientos arbitrarios, nepóticos o clientelares de la Administración (...)”⁴⁶.

Compartimos el criterio de que el legislador español debe buscar respuestas que sean eficaces para evitar el abuso y sancionarlo y que sean compatibles con los principios que rigen el modelo constitucional de acceso al empleo público en España, pero sin ubicarlo exclusivamente en una “sanción” económica que recae, en último extremo, en los presupuestos y el gasto público al que coadyuvan todos los ciudadanos.

⁴⁶ Cantero Martínez, J: “Los principios constitucionales rectores del empleo público no se negocian: a propósito de los interinos”, documento de 29 de julio de 2021; www.hayderecho.com

LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS DE EMPLEO ORDINARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ¿MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA O DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN?

DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS

*Profesor Lector (Programa Serra Hunter) de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social (Acreditado Prof. Contratado doctor)*

Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Principio de igualdad; discriminación; acción positiva; discapacidad; ajustes razonables; cuota de reserva

La caracterización del principio de igualdad de trato ha evolucionado hacia manifestaciones que pretenden superar los paradigmas de la igualdad formal, ofreciendo la creación de nuevas fórmulas y categorías que apuestan por neutralizar las diferencias de trato asentadas históricamente. Este escenario general se ha visto reforzado en el ámbito de la discriminación por razón de discapacidad por el incremento de la protección judicial, protagonizada esencialmente por el TJUE, como consecuencia de la implementación del modelo social al amparo de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ante tales circunstancias, la clasificación de las medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad se ha convertido en una cuestión de interés, dada la posible afectación que puede tener su calificación como medida antidiscriminatoria o de acción positiva en supuestos de incumplimiento. Por todo ello, este artículo trata de integrar la ampliación internacional y europea de la protección del empleo de las personas con discapacidad, y ofrecer una lectura actualizada a los estándares de la Convención Internacional y el Real Decreto Legislativo 1/2013, a través de una delimitación conceptual de la naturaleza de los mecanismos de empleo ordinario dirigidos a este colectivo.

ABSTRACT

Key words: Equality principle; Non-discrimination; positive action; disability; reasonable accommodation; employment quota

The principle of equal treatment has evolved towards manifestations that seek to overcome the paradigms of formal equality. In this regard, new categories have been created in order to neutralize historically established negative differences. This general scenario has been reinforced in the field of disability discrimination by the CJEU, who has implemented the social model proclaimed in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Therefore, the classification of the measures to promote the employment of persons with disabilities has become a matter of interest, given the possible impact that their qualification as an anti-discrimination or affirmative action measure may have in cases of non-compliance. This article seeks to delimitate the nature of the ordinary employment mechanisms aimed at this group, based on the International and European expansion of employment protection for people with disabilities and an updated vision according to the Convention and the Royal Legislative Decree 1/2013.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JUDICIAL DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
3. LA NATURALEZA DE LOS MECANISMOS ESPECÍFICOS DE EMPLEO ORDINARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
 - 3.1. La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo
 - 3.1.1. Configuración normativa
 - 3.1.2. La integración de la obligación de realizar ajustes razonables dentro de la tutela de antidiscriminatoria
 - 3.2. La cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad
 - 3.2.1. Configuración normativa
 - 3.2.2. ¿Es la cuota de reserva de puestos de trabajo una verdadera medida de acción positiva?
 - 3.2.3. La apuesta por su consideración como medida de igualación positiva
 - 3.3. El empleo con apoyo
 - 3.3.1. Configuración normativa
 - 3.3.2. El empleo con apoyo como paradigma de medida de acción positiva
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento igualitario de las diferencias y circunstancias propias derivadas de la diversidad humana ha sido una cuestión de amplio alcance a nivel jurídico. La necesidad de que el ordenamiento jurídico garantice la formulación y aplicación de las normas a todas las personas por igual ha sido, y sigue siendo, una preocupación para la doctrina científica. Desde una perspectiva constitucional, la igualdad entre personas aparece como valor superior en el artículo 1 de la Constitución Española (en adelante, CE), y se refleja explícitamente en distintos preceptos, tal y como ha señalado la doctrina¹. Sin embargo, el artículo 14 de la CE se encarga de constitucionalizar este valor como derecho, y no como principio², y constata además una serie de motivos o razones concretas de discriminación prohibidas, entre las que se incluye la discapacidad. La construcción normativa del citado artículo contempla dos partes claramente diferenciadas, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional³, a saber, una cláusula general de igualdad de todos los

¹ Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.; Fernández López, M.F., “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española*, vol. Tomo I, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 334, que cita como exponentes a los artículos 23.2, 31, 32, 39.2, 68.1, 69.2, 130.1, 149.1.1 de la Constitución Española.

² Véase el fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 200/2001, de 4 de octubre, que define el contenido del artículo 14 de la CE como un “[...] derecho subjetivo de los ciudadanos [...]”. En este punto conviene.

³ Véase los apartados a y b del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 200/2001.

españoles ante la Ley y la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Con carácter general, el artículo 14 de la CE exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una justificación suficiente de tal diferencia⁴. Ello implica una obligación especialmente intensa hacia los poderes públicos, que limita la arbitrariedad en sus actuaciones, pero que ha de valorarse en cada caso, teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte⁵. Así, se prohíben aquellas desigualdades que carezcan de razones objetivas o motivos razonables, citando expresamente algunas circunstancias históricamente muy arraigadas⁶, siendo necesario que, además de justificar la objetividad de la diferencia de trato, se realice un juicio de proporcionalidad que implica el examen de la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida⁷.

La interpretación del artículo 14 de la CE ha pasado por diversos estadios, y se aprecia una clara evolución⁸, que ha transitado desde una visión formalista de la igualdad ante la ley⁹, hasta una configuración mucho más profunda, referida al contenido de la ley, materializada a través del uso de la expresión “en la ley”¹⁰. En

⁴ *Ibid.*

⁵ Véase la STC núm. 209/1988, de 10 de noviembre.

⁶ En este sentido, véase el fundamento jurídico quinto de la STC núm. 128/1987, de 16 de julio; el fundamento jurídico segundo de la STC 166/1988, de 26 de septiembre y el fundamento jurídico segundo de la STC 145/1991, de 1 de julio.

⁷ Sobre esta cuestión, véase la STC núm. 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; STC núm. 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; STC núm. 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; STC núm. 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; STC núm. 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; STC núm. 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; STC núm. 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; STC núm. 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; STC núm. 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; STC núm. 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, todas ellas citadas en la STC núm. 200/2001, de 4 de octubre.

⁸ *Vid.* Ollero Tassara, A., “La igualdad en la aplicación de la Ley en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Estudios de Derecho Judicial*, 87, 2006, pág. 229-260, que ha denominado a este fenómeno *la superación del paleopositivismo legalista*.

⁹ *Vid.* Pérez Del Rio, T., “Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, 13, 2005, pág. 38.

¹⁰ *Vid.* Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.; Fernández López, M. F., “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, *op. cit* pág. 337. Un exponente interesante de esta manifestación puede hallarse en la STC 201/1991, de 28 de octubre, en la que se declara contrario al artículo 14 CE una actuación judicial del Tribunal Central de Trabajo consistente en modificar injustificadamente, a través de una de sus sentencias, el criterio interpretativo establecido en sentencias anteriores del mismo tribunal, dictadas sobre supuestos idénticos. En dicha sentencia se discutía si el complemento por jubilación anticipada, percibido en cumplimiento de Acuerdos sobre Saneamiento y Reconversión del Sector Siderúrgico Integral, merece o no la consideración de «pensión pública», a los efectos de aplicación del límite máximo de las pensiones de jubilación reglamentaria establecido por la norma legal.

este contexto, las medidas de acción positiva han desempeñado y desempeñan un papel ciertamente relevante¹¹. Esta categoría incorpora medidas de tratamiento de favor de determinados grupos sociales, tradicionalmente postergados en el mercado de trabajo o bien en la protección social, con vistas a la corrección o superación de su mayor situación de debilidad en las relaciones sociales¹². Pese a que nuestra Carta Magna no las cita expresamente, su fundamento constitucional lo hallamos en el artículo 9.2 de la CE, y se incardina en el ámbito de la igualdad material, a diferencia de la prohibición de discriminación, que se integra en la dimensión de la igualdad formal, tal y como ha apuntado la doctrina¹³.

Esta categoría ha desempeñado un papel muy importante en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, que se ha encargado de integrarlas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y ha sido objeto de análisis en distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto, el artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyó una primera mención a este mecanismo, en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, que pretende ofrecer ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Llama la atención en este punto que el legislador europeo formula las medidas de acción positiva como un instrumento para garantizar el principio de igualdad de trato, todo ello pese a las contradicciones que presenta con relación al artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁴. Ahora bien, el ámbito de actuación de las medidas de acción positiva no se agota en la igualdad entre hombres y mujeres, pues el legislador europeo ha procurado su utilización en el marco de distintas directivas, como por ejemplo en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Art. 5) o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Art. 7). Y en este punto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse a propósito

¹¹ Tal y como señala Álvarez Del Cuvillo, A., “Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 11, 2010. pág. 5 (formato electrónico): “[...] la acción positiva es producto de una estrategia progresiva destinada a maximizar la eficacia del «principio de igualdad de oportunidades».

¹² *Ibid.* Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, en García-Perrote Escartín, I., Sempere Navarro, A. V. y Gómez-García Bernal, A. (Coords.), *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pág. 232.

¹³ *Ibid.*, pág. 233; Martín Vida, M.N., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 37 *in fine*.

¹⁴ *Ibid.* Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries of Positive Action under EU: A Search for Conceptual Clarity”, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pág. 1505.

de la finalidad y características de las medidas de acción positiva, destacando su naturaleza limitada, prohibiendo expresamente preferencias absolutas e incondicionadas¹⁵; la exigencia de proporcionalidad para que sean admisibles¹⁶; o el carácter instrumental de aquellas para lograr una igualdad sustancial, más allá de la formal¹⁷, entre otras cuestiones. No obstante, la constante adaptación del ordenamiento jurídico a nuevas realidades, que se ha traducido conceptualmente en la integración de la expresión “igualdad de oportunidades”¹⁸, ha conducido a la creación de novedosos conceptos, que se suman a categorías ya existentes como las citadas medidas de acción positiva, que actúan a modo de herramientas jurídicas para alcanzar la igualdad real y luchar contra la discriminación. Así, términos como discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación inversa, discriminación por asociación o discriminación sistémica o múltiple, se han convertido en categorías que han suscitado y suscitan cuestiones de interés en la actualidad¹⁹.

A la evolución del principio de igualdad y la aparición de nuevos mecanismos para lograr la materialización efectiva de la igualdad debe sumársele la construcción de la protección específica de las distintas causas de discriminación. Una de las causas que ha experimentado un crecimiento exponencial y sostenido en el tiempo, con especial trascendencia en el ámbito del Derecho del Trabajo, ha sido la discapacidad, cuya protección ha experimentado un notable crecimiento en los últimos tiempos. En efecto, la protección frente a la discriminación por motivos de discapacidad ha ganado interés como consecuencia de la progresiva atención que

¹⁵ Véase el apartado 32 de la STJUE de 11 de noviembre de 1997, Marschall y Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533 y el apartado 21 y 22 de la STJUE de 17 de octubre de 1995, Kalanke, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322.

¹⁶ Véase el apartado 39 de la STJUE de 19 de marzo de 2002, Lommers y Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183; el apartado 38 de la STJUE de 15 de mayo de 1986, Johnston, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206; apartado 26 de la STJUE de 26 de octubre de 1999, Sirdar, C-273/97, ECLI:EU:C:1999:523, y el apartado 23 de la STJUE de 11 de enero de 2000, Kreil, C-285/98, ECLI:EU:C:2000:2.

¹⁷ Véase el apartado 48 de la STJUE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson, Anderson y Fogelqvist, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367.

¹⁸ *Vid.* Pérez Del Río, T., “Transversalidad de género...”, *op. cit.*, pág. 38 *in fine*.

¹⁹ El interés ha sido mostrado tanto a nivel europeo como español. Así, por ejemplo, la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, fue uno de los pronunciamientos encargados de examinar la discriminación por asociación, que ha sido un fenómeno con una cierta trascendencia nacional -véase, por ejemplo, la STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2021 (Rec. 4447/2020), entre otras-. Para un estudio en profundidad sobre esta temática, véase Maneiro Vázquez, Y., *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Navarra, 2022.

le ha prestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años²⁰, asumiendo España un notable protagonismo²¹. En particular, el órgano judicial europeo ha expandido el concepto de persona con discapacidad, y por lo tanto los supuestos en los que pueden producirse situaciones de discriminación y/o deben practicarse actuaciones, integrando el denominado modelo social de tratamiento en su doctrina. El punto de inflexión se originó con la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/1, ECLI:EU:C:2013:222, que abrió la posibilidad de asimilar una enfermedad curable o incurable a la discapacidad, a efectos de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante Dir. 2000/78/CE), si bien, los siguientes pronunciamientos judiciales han expandido la protección a nuevas situaciones como por ejemplo la obesidad (STJUE de 22 de mayo de 2014, Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350 y STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17). De forma más actual, también se han abordado temáticas estrechamente vinculadas al concepto de persona con discapacidad, tales como el requisito de larga duración exigido para la existencia de una discapacidad (STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917), la delimitación de conceptos nacionales cercanos a la discapacidad (STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plásticos, C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703), o la aplicación de la protección por discapacidad a grupos homogéneos que comparten la existencia de una o varias circunstancias protegidas por la Dir. 2000/78/CE (STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, ECLI: EU:C:2021:64).

Ante este escenario, en el que confluyen los avances en la implementación efectiva del principio de igualdad y la expansión de la protección frente a la

²⁰ Concretamente, las sentencias que se han dictado hasta la fecha han sido: STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456; STJUE de 6 de diciembre de 2012, Odar, C-152/11, ECLI:EU:C:2012:772; STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222; STJUE de 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C-312/11, ECLI:EU:C:2013:446; STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159; la STJUE de 22 de mayo de 2014, Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350; STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463; STJUE de 26 de marzo de 2015, Fenoll, C-316/13, ECLI:EU:C:2015:200; STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917; STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17; STJUE de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198; STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plásticos, C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703; STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, EU:C:2021:64 y STJUE de 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/19, ECLI:EU:C:2021:606.

²¹ Los órganos judiciales españoles han planteado un total de 4 cuestiones prejudiciales, que derivaron en las siguientes sentencias: STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456; STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917; STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17; STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plásticos, C-397/18, EU:C:2019:703.

discriminación por razón de discapacidad, la hipótesis de partida de este trabajo es que la clarificación de la naturaleza de los mecanismos de integración laboral de las personas con discapacidad en el empleo ordinario es especialmente importante y no ha sido precisada con detalle hasta el momento. La relevancia de esta cuestión se circunscribe no sólo desde una perspectiva conceptual, sino también práctica, relativa a las consecuencias que genera el incumplimiento de cada una de las medidas de integración laboral del citado colectivo. Y en este sentido, determinar la naturaleza de la obligación de realizar ajustes razonables, la cuota de reserva de puestos de trabajo y del empleo con apoyo es fundamental para detectar si su infracción es una conducta discriminatoria o no, y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Así, este artículo parte de la importancia de delimitar las categorías creadas a colación de las nuevas manifestaciones del derecho a la igualdad, y se centra en clarificar la naturaleza de las medidas que garantizan el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el empleo ordinario. De esta manera, el objetivo principal de esta contribución es diferenciar si nos hallamos ante mecanismos de tutela antidiscriminatoria, medidas de acción positiva o cualquier otra categoría existente en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de ofrecer respuestas a los operadores jurídicos a propósito de las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

A nivel metodológico, este estudio parte de una aproximación hermenéutica de los distintos mecanismos de empleo ordinario de las personas con discapacidad, contenidos en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPCD). Para ello, serán objeto de tratamiento la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad (en adelante, CIDPD), los instrumentos de interpretación relativos a la CIDPD, a saber, la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, emitida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 26 de abril de 2018 (en adelante, Observación general núm. 6), y los preceptos constitucionales correspondientes (arts. 9.2, 14 y 49 CE). Estas fuentes serán complementadas con una exhaustiva revisión bibliográfica doctrinal, así como de los pronunciamientos judiciales más relevantes sobre la configuración del principio de igualdad de trato y las distintas calificaciones de las medidas instrumentadas para fomentar el empleo de las personas con discapacidad. En este punto, conviene precisar que se ha optado por examinar los tres mecanismos de empleo ordinario de las personas con discapacidad contenidos en los artículos 40, 41 y 42 de la LGDPCD, a saber, la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, la cuota de reserva de puestos de trabajo y el empleo con apoyo.

La estructura de este artículo parte de un análisis introductorio desde una perspectiva legal y judicial del empleo de las personas con discapacidad, que resulta necesario para visualizar la construcción normativa y judicial y la evolución de las citadas medidas, y centraliza la discusión sobre la calificación de los mecanismos

de integración laboral en el empleo ordinario para las personas con discapacidad, a fin de ofrecer argumentos para determinar su naturaleza. Cada uno de los apartados relativos a las medidas examinadas analiza brevemente su configuración normativa, ofrece una propuesta de calificación basada en distintos argumentos y examina qué connotaciones jurídicas tiene su calificación, especialmente con relación a las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

2. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JUDICIAL DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

España ha contemplado una protección ciertamente constante y progresiva de las personas con discapacidad en el empleo, inaugurada por la inclusión del artículo 49 de la CE. Tal precepto abrió una nueva etapa histórica en el ordenamiento jurídico español, en la que se expandió la igualdad sustancial a las personas con discapacidad y se convirtió en *una imposición específica del principio constitucional de igualdad que se ha venido articulando a través de un catálogo muy amplio y variado de medidas de fomento y estímulo*²², todo ello pese a los problemas de eficacia que presenta como consecuencia de su exclusión del Capítulo II, y por ende, de las garantías del artículo 53 de la CE.

El desarrollo legal del mandato constitucional se efectuó a través de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante, LISMI), adoptando una aproximación ciertamente cercana al modelo social de tratamiento de la discapacidad. En este sentido, esta norma plasmó un concepto amplio de persona con discapacidad, y distinguió por primera vez entre empleo ordinario y protegido, contemplando medidas específicas y concretando la preferencia de incorporación en el medio ordinario, circunstancia esta última que desapareció en la LGDPCD²³. El siguiente hito normativo español fue la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante, LIONDAU), actualmente refundida, junto a la LISMI, en la LGDPCD, que es la norma de referencia en la actualidad. La LIONDAU fue una norma de referencia y especialmente avanzada para su tiempo, que se encargó de materializar una primera aproximación al modelo social de tratamiento de la discapacidad²⁴. Ello se acompañó de una mayor

²² Vid. Ruiz Castillo, M. M., *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 85.

²³ Vid. Esteban Legarreta, R., “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 127, 2014, págs. 70-75.

²⁴ Según Palacios Rizzo, A., “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española”, en Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad:*

importancia a la adaptación del entorno como medida para favorecer el ejercicio de los derechos, y al enfoque de tratamiento no asistencial basado en la consideración de la discapacidad como causa de discriminación²⁵. A estas normas conviene sumar la Dir. 2000/78/CE y la CIDPD, que supusieron hitos muy relevantes en la protección del empleo de las personas con discapacidad. Pese a las novedades introducidas a nivel europeo por la Dir. 2000/78/CE²⁶, y a nivel internacional por la CIDPD²⁷, el marco jurídico español ya se hallaba ciertamente preparado para el

estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 148 y 156, se trata de la norma paradigmática del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

En esta misma línea, véase también Cordero Gordillo, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011., pág. 58 y Martínez-Pujalte, A.L., “Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU”, en Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 246-249, que añade que la LIONDAU fue la norma de cabecera de todo el Derecho español de la discapacidad.

²⁵ En particular, la LIONDAU incorporó medidas de distinta tipología, tanto de carácter sustantivo (capítulo II) como procesal (capítulo III), entre las que encontramos medidas contra la discriminación y de acción positiva, que se complementaron con un enfoque transversal en los ámbitos más importantes de participación social y ciudadana, que también se aprecia en la CIDPD, como por ejemplo las telecomunicaciones, los transportes, la administración de justicia o el patrimonio cultural. Sin embargo, el mayor avance se produjo en la incorporación de la obligación de realizar ajustes razonables en distintos ámbitos, que van más allá del empleo (Art. 3 en relación con el art. 7 LIONDAU), circunstancia esta que se alinea con el enfoque transversal propio de la CIDPD.

²⁶ Esta Directiva introdujo por primera vez la protección por motivos de discapacidad en el ámbito de las relaciones laborales y fue una norma muy relevante dado que combina una perspectiva basada en el modelo de derechos civiles estadounidense y el modelo clásico europeo de protección social, tal y como han señalado Waddington, L., “Legislating to Employ People with Disabilities: the European and American Way”, *Maastricht Journal*, vol. 367, 1, 1994, pág. 368; De Burca, G., “The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 1, 2012, págs. 1-22; Quinn, G.; Flynn, E., “Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 1, 2012, págs. 24-25. Concretamente, su artículo 1 introduce la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en distintos ámbitos definidos en el artículo 3 Dir. 2000/78/CE, plasmó distintas categorías de protección en su artículo 2.2 (discriminación directa e indirecta) y un mecanismo específico de protección para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a saber, la obligación de realizar ajustes razonables (artículo 5 Dir. 2000/78/CE). Todo ello, pese a no incluir un concepto europeo de persona con discapacidad, que ha generado una intervención sostenida en el tiempo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, encargado de expandir el concepto de persona con discapacidad y de implementar judicialmente el modelo social de tratamiento de la discapacidad.

²⁷ La CIDPD fue el primer instrumento del sistema universal de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad de carácter vinculante que, partiendo de las Normas Uniformes, optó por introducir un cambio en la óptica del tratamiento de la discapacidad. Concretamente, se adopta una estructura normativa basada en derechos, incluyendo esferas de

cambio de paradigma hacia el modelo social de tratamiento de la discapacidad²⁸, como consecuencia de los avances que supuso la LIONDAU. Este escenario ha favorecido una cierta pasividad normativa, que es, en mi opinión, especialmente criticable como consecuencia de una falta de armonización completa con la CIDPD²⁹.

La norma de referencia actualmente vigente es la LGDPCD, que procedió a refundir tanto la LISMI como la LIONDAU. Entre otras virtudes, se encargó de aportar unidad en la dispersión normativa que existió hasta el momento, manteniendo la orientación normalizadora introducida en la LIONDAU, que es acorde con la voluntad de la CIDPD. La vocación transversal y el esquema normativo basado en derechos son dos de sus principales características, si bien destacó por clarificar la relación entre instituciones contempladas anteriormente en la LIONDAU y la LISMI, y especialmente entre la obligación de realizar ajustes razonables genéricos (LIONDAU) y en el ámbito del empleo (LISMI), que han coexistido fruto de la existencia de distintas regulaciones. En cuanto a su

actuación social que hasta el momento no habían aparecían, tal y como han señalado Courtis, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, en De Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L.C. (Coords.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2007, págs. 306; De Lorenzo García, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, en Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 71; y, Cuenca Gómez, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2012, pág. 26.

²⁸ Este paradigma de tratamiento de la discapacidad concibe la discapacidad como un fenómeno social, creado y modelado por la sociedad, rechazando así la existencia de limitaciones individuales. Según este modelo, las raíces del problema se hallan en la sociedad, concebida como ente limitante de las posibilidades de las personas, que es incapaz de dar respuesta a las necesidades derivadas de la diversidad humana. De esta forma, la solución que se propone es modificar los entornos limitantes a través de la accesibilidad y el diseño universal, abandonando la idea de normalidad.

²⁹ Distintas instituciones exigirían, en mi opinión, la revisión de su caracterización a la luz de la CIDPD, que promulgó el modelo social de tratamiento de la discapacidad como estándar. La medida estrella de este nuevo paradigma es la obligación de realizar ajustes razonables, y por lo tanto, el legislador debería centralizar las medidas de empleo conectando los distintos mecanismos con el citado deber empresarial. Véase, por ejemplo, la adaptación de la cuota de reserva de puestos de trabajo o la modificación de la configuración de aquellas extinciones con especial impacto en las personas con discapacidad, tal y como se señala en Gutiérrez Colominas, D., “La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Documentación laboral*, 120, 2020, págs. 41-58 y Gutiérrez Colominas, D., “La adaptación de la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Una cuestión pendiente?”, *Derecho de las relaciones laborales*, vol. 3, 2019., págs. 297-306.

estructura y contenido, la LGDPCD regula de manera coherente y unitaria ámbitos de actuación tan diversos como la autonomía de las personas con discapacidad, el derecho a la protección a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vida independiente o el derecho de participación en asuntos públicos, entre otros. No obstante, el uso del Real Decreto como norma de refundición para abordar materias de tan diversa índole ha sido cuestionado por la doctrina³⁰. Desde la óptica del empleo, encontramos que el capítulo VI del título I contempla, bajo la denominación “Derecho al trabajo”, distintos mecanismos jurídicos de acceso y mantenimiento del citado derecho. En particular, se incluyen tres tipos de modalidades de empleo: a) empleo ordinario (arts. 40 a 42); b) empleo protegido (art. 43 a 46); y c) empleo autónomo (art. 47). Dentro de la primera categoría, que es la que resulta de interés por afinidad temática con el objeto de este estudio, encontramos tres medidas concretas para garantizar el empleo de las personas con discapacidad, a saber, la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, el empleo con apoyo y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, que serán examinadas detalladamente en los siguientes apartados de este artículo.

Por último, y desde una óptica judicial, la implementación legal progresiva, e incluso prematura, respecto a la CIDPD, no ha sido correspondida por los tribunales españoles, a pesar de que España ha sido el país de la Unión Europea que más cuestiones prejudiciales ha formulado sobre la discriminación por razón de discapacidad³¹. Si bien es cierto que han existido pronunciamientos judiciales muy destacables³², como por ejemplo, la reciente STC núm. 51/2021 de 15 de marzo³³, o la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016)³⁴, que clarifican la interpretación de la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables,

³⁰ Vid. Esteban Legarreta, R., “Puntos clave en perspectiva laboral...”, *op. cit.*, págs. 55-61, que pone de relieve la adaptación de algunos aspectos del ordenamiento jurídico español a la CIDPD a través de este instrumento.

³¹ Véase la cita 21 de este trabajo.

³² Véase la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 13 de abril de 2021 (Rec. 160/2020), las STSJ's del País Vasco (Sala de lo Social) de 19 de diciembre de 2017 y de 29 de septiembre de 2017 (Recs. 2345/17 y 1734/17, respectivamente), entre otras.

³³ Para un estudio en profundidad sobre esta sentencia, véase Esteban Legarreta, R., “Discapacidad psíquica “menor”, medidas disciplinarias en el marco de una relación de empleo, discriminación y ajustes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021 (STC 51/2021)”, *Iuslabor*, 2, 2021.

³⁴ Para un estudio en profundidad sobre este pronunciamiento judicial, véase Gutiérrez Colominas, D., “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016)”, *Derecho de las relaciones laborales*, 5, 2018, págs. 525-530; Iturri Gárate, J.C., “Despido por ineptitud sobrevenida. Discapacidad. Medidas de ajuste razonable.: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (recurso 160/2016)”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 188, 2018, págs. 41-54.

lo cierto es que aún existen dificultades para abordar el concepto de persona con discapacidad previsto en el artículo 4 de la LGDPCD, especialmente con relación al apartado primero³⁵, que no exige reconocimiento administrativo expreso para que opere la protección antidiscriminatoria, ya que el segundo fue declarado *ultra vires* por la STS de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 3382/2016)³⁶.

3. LA NATURALEZA DE LOS MECANISMOS ESPECÍFICOS DE EMPLEO ORDINARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo

3.1.1. Configuración normativa

La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo se halla regulada en el artículo 40.2 de la LGDPCD. Se trata de un deber empresarial, cuya incorporación en el ordenamiento jurídico español se produjo como consecuencia de la transposición del artículo 5 de la Dir. 2000/78/CE, y que actúa no sólo como un instrumento para garantizar el principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad³⁷, sino como máxima expresión del modelo social de tratamiento de la discapacidad. En particular, implica la obligación empresarial de introducir

³⁵ La cuestión que presenta mayor disparidad de opiniones es la interpretación del concepto “larga duración”, abordada en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, y cuyas líneas interpretativas plantean dudas a propósito de cuánto tiempo debe transcurrir para considerar una situación de incapacidad temporal como discapacidad.

³⁶ Para un estudio exhaustivo sobre este pronunciamiento judicial, véase Cabra De Luna, M.A., “Asimilación de las situaciones legales de Seguridad Social de incapacidad permanente al reconocimiento de la discapacidad: sentencias 993/2018 y 992/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y su efecto”, *Anales de derecho y discapacidad*, 4, 2019, págs. 227-239; García Sabater, A., “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 221, 2019, págs. 171-188; Gutiérrez Colominas, D., “¿Es automática la asimilación entre la pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y la existencia de una discapacidad igual o superior al 33%?: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, de 29 de noviembre”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 436, 2019, págs. 119-126; Iturri Gárate, J.C., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (recurso 3382/2016).: “Nadie es normal, la normalidad es un valor estadístico”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, vol. 196, 2019, págs. 15-25.

³⁷ Para un estudio en profundidad de la configuración e impacto de este deber empresarial, véase Rodríguez-Sanz De Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 127, 2014, págs. 85-120 y Gutiérrez Colominas, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, Albacete, 2019.

las modificaciones necesarias para permitir, en términos amplios, la integración laboral del citado colectivo. La norma española, de manera coherente con la configuración del artículo 5 de la Dir. 2000/78/CE, exige que la ejecución de tales cambios obedezca a las necesidades de cada situación concreta, y, por lo tanto, nos encontramos ante una obligación que tiene carácter individual, a diferencia de otras manifestaciones dirigidas a eliminar obstáculos³⁸. Además, el ámbito de actuación de la citada obligación se extiende prácticamente a todos los estadios de la inserción sociolaboral, pudiendo exigirse adaptaciones tanto en las fases iniciales de acceso al empleo, como durante el desarrollo de la prestación laboral³⁹, incluyendo expresamente el acceso a la formación y el progreso profesional. En este punto, es conveniente señalar que, pese a que los artículos 40.2 de la LGDPCD y 5 de la Dir. 2000/78/CE no contemplan explícitamente su obligatoria exigencia con carácter previo a la extinción del contrato de trabajo, algunos indicios apuntan a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se mostrará proclive a ello⁴⁰, si bien en este punto el Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de manifestarlo en 2018 en el marco de las extinciones por ineptitud sobrevenida⁴¹. A pesar del énfasis que la norma, tanto europea como española, plasma respecto al carácter obligatorio de las adaptaciones, la previsión de una excepción al cumplimiento, no desarrollada aún reglamentariamente, mitiga las posibilidades de implantación efectiva. En efecto, la existencia de una carga excesiva o desproporcionada exime del cumplimiento de este deber empresarial. Para determinar si una carga es excesiva, el legislador ofrece distintos indicios, a saber, la previsión nacional de medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen, y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

³⁸ Véase, por ejemplo, la diferenciación entre la accesibilidad y este deber empresarial en el apartado 24 de la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

³⁹ Véase la reciente STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI: EU:C:2022:85, que señala que cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada calificable como «ajuste razonable» (apartado 43 de la citada sentencia). De hecho, la exigencia de la obligación de realizar ajustes razonables se extiende también durante el periodo de prueba o de prácticas de una persona trabajadora, en virtud del artículo 3, apartado 1, letras a) y b) (apartado 30 de la citada sentencia).

⁴⁰ El apartado 68 de las conclusiones del Abogado General de 11 de noviembre de 2021, HR Rail, C-485/20 señalan el carácter preventivo de los ajustes razonables para mantener el empleo, y por lo tanto, la necesaria exigencia de su realización de forma previa a extinguir el contrato de trabajo de personas con discapacidad, apoyándose, para ello, en una cita (núm. 29) a una contribución del autor del presente estudio, a saber, Gutiérrez Colominas, D., “Can Reasonable Accommodation Safeguard the Employment of People with Disabilities?”, en Czesch, P. *et al* (ed.) *European Yearbook on Human Rights 2019*, Intersentia, 2019, págs. 63 a 89. Esta tesis también ha sido incorporada por el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia núm. 521/2021 de 15 de marzo, si bien específicamente limitado a las personas con discapacidad mental.

⁴¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016).

3.1.2. *La integración de la obligación de realizar ajustes razonables dentro de la tutela de antidiscriminatoria*

A tenor de la configuración normativa de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, ¿nos encontramos ante una medida de acción positiva, o, por el contrario, se trata de un mecanismo que se integra en la tutela antidiscriminatoria? La cuestión es ciertamente compleja, pues ni el legislador europeo ni el español han clarificado su naturaleza, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tampoco ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, como sí ha sucedido, por ejemplo, con medidas de acción positiva en el ámbito de la discriminación por razón de sexo⁴². En este punto, es necesario señalar que la distinción entre medida de acción positiva o antidiscriminatoria va más allá de clarificar un debate conceptual de indudable valor doctrinal. En efecto, la distinción tiene una gran trascendencia para la práctica forense, toda vez que la consideración como medida antidiscriminatoria lleva implícita la vulneración del artículo 14 de la CE, y por lo tanto, la posibilidad de denunciar la conducta y sus efectos a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Ahora bien, la relevancia se materializa en la posibilidad de petitionar una indemnización reparadora *ex* artículo 182 de la LRJS, que se sumaría a la posibilidad de solicitar la nulidad de la decisión empresarial adoptada. Afortunadamente, la reciente STC núm. 51/2021, de 15 de marzo, que ha sido la última sentencia del Tribunal Constitucional que ha abordado la obligación de realizar ajustes razonables, incluye algunos fragmentos de interés sobre este debate. Si bien señala que el citado deber empresarial *desempeña un papel fundamental a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad prohibida por el art. 14 CE*⁴³, y *es esencial para, asimismo, dar cumplimiento a los mandatos de los arts. 9.2 y 49 CE*⁴⁴, el pronunciamiento judicial sostiene que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables constituye una

⁴² Véase especialmente STJUE de 17 de octubre de 1995, Kalanke, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322; STJUE de 11 de noviembre de 1997, Marschall, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533; STJUE de 28 de marzo de 2000, Badeck, C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163; STJUE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367; STJUE de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183; STJUE de 30 de septiembre de 2004, Briheche, C-319/03, ECLI:EU:C:2004:574. Con especial interés, si bien no conectadas directamente con las medidas de acción positiva, véase también STJUE de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez, C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561; STJUE de 16 de julio de 2015, Maïstrellis, C-222/14, ECLI:EU:C:2015:473; y el auto del TJUE de 7 de febrero de 2018, C-142/17 y 143/17, ECLI:EU:C:2018:68.

Para una aproximación doctrinal actual de interés, véase la obra colectiva Rodríguez Sanz De Galdeano (Dir.), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad en el empleo*, Aranzadi, Navarra, 2020, y en particular, su capítulo 7 dedicado a las medidas de acción positiva.

⁴³ Véase el primer párrafo del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 51/2021, de 15 de marzo.

⁴⁴ Véase el segundo párrafo del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 51/2021, de 15 de marzo.

vulneración del artículo 14 de la CE⁴⁵. Teniendo en cuenta la conclusión a la que llega el citado pronunciamiento, el Tribunal Constitucional parece inclinarse por considerar el deber empresarial objeto de análisis como una medida incardinada en la tutela antidiscriminatoria, todo ello pese a que la sentencia no presta atención a ofrecer una argumentación complementaria *a sensu contrario*, esto es, a afirmar qué razones pueden conducir a descartar que nos encontremos ante una medida de acción positiva, que, en mi opinión, hubiere sido pertinente y conveniente para ofrecer seguridad jurídica a los operadores.

Ante este escenario, mi posición frente a la calificación de la obligación de realizar ajustes razonables se alinea con la tesis del Tribunal Constitucional, descartando así su consideración como medida de acción positiva y afirmando su carácter antidiscriminatorio. La consideración como una conducta discriminatoria manda un importante mensaje a los operadores jurídicos, que contribuye tanto a disuadir respecto a su incumplimiento como a potenciar su ejecución, y por lo tanto, contribuye al cumplimiento de la norma. Sin embargo, existen más argumentos que conducen a esta tesis, que parten en su mayoría del contenido de la LGDPCD y una visión histórica de una de las normas predecesoras (LIONDAU), si bien también existen circunstancias propias de este deber empresarial que apoyan mi opinión. No obstante, también debe añadirse una circunstancia relevante, relativa a cómo se formulan las medidas de acción positiva y discriminatorias en clave europea.

Así pues, en primer lugar y en clave histórica, la obligación de realizar ajustes razonables ha sido caracterizada como una medida de lucha contra la discriminación. El artículo 6 de la hoy derogada LIONDAU definió como medidas de discriminación aquellas *que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable*. En este punto, conviene señalar que, si bien tradicionalmente las medidas contra la discriminación han consistido en la prohibición de conductas discriminatorias, advirtiendo pues un carácter prohibitivo⁴⁶, el artículo 7 LIONDAU amplió esta caracterización clásica, admitiendo expresamente como medida de lucha contra la discriminación *exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos*, constatando específicamente la inclusión del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables dentro de esta categoría. A sensu contrario, los artículos 8.1 y 9 de la LIONDAU, que contemplan la definición⁴⁷, y contenido

⁴⁵ Véase el sexto párrafo del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 51/2021, de 15 de marzo, que sostiene que “[...] *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*”.

⁴⁶ Vid. Pérez Del Río, t., “Transversalidad de género...”, *op. cit.*, pág. 35 y ss.

⁴⁷ El artículo 8.1 de la LIONDAU especifica que las medidas de acción positiva serán: *“aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o*

de las medidas de acción positiva⁴⁸, se encargan de confirmar el deslinde del citado deber empresarial respecto a las medidas de acción positiva, toda vez que guardan absoluto silencio sobre la obligación de realizar ajustes razonables. Por lo tanto, la separación establecida en la LIONDAU parece apuntar a que el legislador incluyó la obligación de realizar ajustes razonables dentro de las medidas de discriminación, sin mención expresa a su pertenencia a las medidas de acción positiva.

En segundo lugar, la LGDPCD se presenta ciertamente continuista respecto a la LIONDAU, y mantiene una caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables como medida antidiscriminatoria. En este sentido, incluso se han añadido preceptos ciertamente interesantes que refuerzan que nos encontramos ante una medida contra la discriminación. De especial interés es, por ejemplo, que la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables (art. 2 de la LGDPCD) se halla conceptualmente separada de la definición de las medidas de acción positiva. Así, el apartado g) se encarga de definir las medidas de acción positiva como aquellas cuyo objetivo se centra en *evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad*, y el apartado m) constata la definición de los ajustes razonables⁴⁹. A ello debe sumarse la calificación expresa de la citada obligación como medida contra la discriminación, prevista en el marco del artículo 66 de la LGDPCD. En efecto, este precepto, encargado de definir el contenido de las medidas contra la discriminación, incluye, como ejemplo en esta categoría, una mención explícita a la exigencia de realizar ajustes razonables. De hecho, el legislador parece reservar las medidas de acción positiva en materia de discapacidad, concretadas en *apoyos complementarios y normas,*

especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad".

⁴⁸ El artículo 9 de la LIONDAU concreta que: "1. Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. Dichas medidas tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias. 2. En particular, las Administraciones públicas garantizarán que las ayudas y subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural".

⁴⁹ En particular, señala que serán *las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.*

critérios y prácticas más favorables al amparo del artículo 68 de la LGDPCD, para otorgar un mayor nivel de protección a ciertos colectivos dentro de las personas con discapacidad, *ex* artículo 67 de la LGDPCD⁵⁰. Esta construcción es tributaria de la CIDPD, que también clasifica la obligación de realizar ajustes razonables como medida contra la discriminación, separándola así de las medidas de acción positiva. Si bien es cierto que el texto de la CIDPD no constata literalmente tal distinción, uno de los instrumentos principales para su interpretación se ha encargado de precisar esta cuestión. La Observación general núm. 6 aclaró las obligaciones de los Estados parte en relación con la no discriminación y la igualdad, y precisó, entre otras cuestiones, la caracterización y límites de la obligación de realizar ajustes razonables⁵¹. Y en este punto, los apartados 23 y 25.c de la Observación general núm. 6 son especialmente ilustrativos. El primero de ellos señala que el citado deber empresarial forma parte de la obligación de no discriminar por razón de discapacidad⁵², y el apartado 25.c insiste en clarificar la diferenciación entre el ya citado mecanismo y las medidas de acción positiva, señalando que, a pesar de compartir como finalidad conseguir la igualdad de hecho, los ajustes razonables son una obligación dirigida a combatir la discriminación por razón de discapacidad⁵³.

La caracterización de los ajustes razonables también presenta características incardinables en la categoría “medidas contra la discriminación”. Una de ellas es la previsión individualizada de ejecución del citado deber empresarial, que es extremadamente casuística, dado que se diseña teniendo en cuenta las necesidades de cada situación concreta. En efecto, el diseño de la obligación de realizar ajustes razonables pivota sobre la existencia de una discapacidad que limite o impida

⁵⁰ Así, por ejemplo, *aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, y las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural* son el objetivo principal de este tipo de medidas.

⁵¹ Véase los apartados 23 a 27 de la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

⁵² Conviene apuntar aquí que la asimilación de la obligación de realizar ajustes razonables no es una cuestión novedosa en el ámbito internacional, pues la Observación general núm. 5 “Las personas con discapacidad”, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1994, ya tuvo ocasión de señalar en su apartado 15, con relación a las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, que “[...] la “discriminación fundada en la discapacidad” puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad”.

⁵³ El apartado 25.c de la Observación general núm. 6 señala literalmente: “Además, los “ajustes razonables” no deben confundirse con las “medidas específicas”, lo que comprende las “medidas de acción afirmativa”. Si bien ambos conceptos tienen por finalidad lograr la igualdad de hecho, los ajustes razonables son una obligación de no discriminación, mientras que las medidas específicas implican un trato preferente a las personas con discapacidad respecto de las demás para solucionar la exclusión histórica y sistemática o sistémica de los beneficios derivados del ejercicio de los derechos.”

la inserción o participación de la persona en el empleo, y de ahí que se haya calificado como una medida que parte de una noción asimétrica⁵⁴. Ello implica, pues, que la existencia de una discapacidad no lleve aparejada, en cualquier caso, la realización del ajuste, y por lo tanto, que puedan existir situaciones en las que exista una discapacidad pero no sea necesario realizar ningún tipo de adaptación. Tal construcción normativa le ha otorgado el carácter de derecho reactivo⁵⁵, cuya materialización no depende únicamente de la petición de la persona trabajadora⁵⁶. Estos elementos propios de la obligación objeto de estudio dan como resultado una separación de la naturaleza colectiva y generalizada propia de las medidas de acción positiva, que se formulan con carácter general para la totalidad del colectivo⁵⁷, y sin tener en cuenta las necesidades particulares de cada situación.

A esta primera circunstancia debe sumársele otra característica más, relativa a las consecuencias derivadas de su incumplimiento. El artículo 63 de la LGPCD preceptúa que existirá vulneración al derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzca el incumplimiento, y pese a que no constata qué tipo de calificación merece tal conducta dentro de las distintas posibilidades⁵⁸, establece que dicha consecuencia jurídica se aplicará respecto de las

⁵⁴ Vid. Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1518.

⁵⁵ Vid. Lawson, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pág. 77 y Bunbury, S., “The Employer’s Duty to Make Reasonable Adjustments. When is a Reasonable Adjustment, Not Reasonable?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 10, 3, 2009, pág. 112-126.

⁵⁶ El fundamento de derecho cuarto de la STC 51/2021 de 15 de marzo, se hace eco de la importancia relativa al conocimiento de la discapacidad y cómo ello puede afectar a la exigencia de la obligación de realizar ajustes razonables, y absorbe un planteamiento, ciertamente interesante, contenido en los apartados 39 y 41 de las conclusiones de la Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017 en el asunto C-270/16, Ruiz Conejero. En particular, el Tribunal Constitucional señala: “*Sin embargo, hay que precisar 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*”.

⁵⁷ Vid. Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1518, que señalan: “*Unlike most forms of positive action that are aimed at members of socially or economically disadvantaged groups, reasonable accommodations generally possess an individualized character, and are framed in terms of an individual right*”. En este mismo sentido, véase también De Vos, M., *Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Comisión Europea, 2007, pág. 33, que señala: “*Reasonable accommodation equally differs from positive discrimination through its focus on the individual rather than the group*”.

⁵⁸ Concretamente, el legislador no clarifica ante qué categoría de discriminación (discriminación directa, indirecta o *sui generis*) nos encontramos cuando se produce el incumplimiento, cuestión esta no cerrada en la actualidad y que ha sido abordada por la doctrina en distintas ocasiones dado el impacto que puede tener respecto a la exigencia del término de comparación. Así, por ejemplo, Cordero Gordillo, V., *Igualdad y no discriminación...*, *op. cit.*, págs. 153-154 ha sostenido que nos encontramos ante un supuesto de discriminación indirecta en virtud del artículo 2.2.b.ii de la Dir. 2000/78/CE, tesis esta que coincide con Rodríguez-Sanz De

medidas de acción positiva y de la obligación de realizar ajustes razonables. Si bien la consecuencia legal es idéntica, a saber, la infracción del citado derecho, llama la atención en este punto que la norma separe explícitamente ambas categorías, y permite reafirmar la no inclusión de la citada obligación en el marco de las medidas de acción positiva. El encaje de dicha categorización con la CIDPD es pleno, ya que su artículo 2, encargado de plasmar distintas definiciones de interés, incluye precisamente una redacción similar, en la que reconoce que el incumplimiento de realizar ajustes razonables es una conducta que constituye discriminación por motivos de discapacidad⁵⁹.

Por último, mención especial merece cómo se formulan las medidas de acción positiva y discriminatorias en clave europea, previsión esta que ya ha sido apuntada previamente por la doctrina⁶⁰. La configuración de las medidas de acción positiva parte del artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el que puede apreciarse la voluntariedad implícita en su instrumentación. En este sentido, esta categoría de actuaciones se formula como un recurso más al que pueden acudir los Estados Miembro⁶¹, pero, sobre todo, como una medida voluntaria para mejorar la implementación del principio de igualdad. Si examinamos la norma que contempla la obligación de realizar ajustes razonables, podemos observar que se halla incardinada en una Directiva, y por lo tanto, su implementación a nivel nacional no depende de la voluntad de los Estados Miembros, sino que se trata de una obligación.

Galdeano, B., “La obligación de realizar...”, *op. cit.*, pág. 97, que sostiene que: “[...] *Al referirse específicamente a la discriminación en el ámbito del empleo, vuelve a precisar los conceptos de discriminación directa e indirecta y vincula la realización de ajuste razonable al descubrimiento de una posible discriminación indirecta*”. En mi opinión, plasmada en Gutiérrez Colominas, D., *La obligación de realizar ajustes...*, *op. cit.*, pág. 257, la calificación del incumplimiento debería ser una forma de discriminación con entidad propia y diferenciada de la discriminación directa e indirecta (discriminación *sui generis*), toda vez que la existencia de una situación comparable es especialmente compleja, circunstancia que se suma a que tales categorías pretenden fomentar conductas que traten del mismo modo a personas con discapacidad y sin discapacidad, lógica esta que no casa con la finalidad de los ajustes razonables, cuyo objetivo es precisamente lograr un trato diferenciado que permita la prestación de servicios en el puesto de trabajo.

⁵⁹ El precepto en particular señala: “*Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables; [...]*”.

⁶⁰ *Vid.* Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1518 *in fine*.

⁶¹ *Vid.* Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, *op. cit.*, pág. 237, que señala, respecto a las medidas de acción positiva: “*Por el contrario, tales medidas se localizan esencialmente en iniciativas que provienen de los derechos nacionales de los Estados miembros*”.

3.2. La cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad

3.2.1 Configuración normativa

La cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad se encuentra regulada en el artículo 42 de la LGDPCD, si bien, a diferencia de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, consta de desarrollo reglamentario, que se ha llevado a cabo a través de dos normas: el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, y la Orden de 24 de julio de 2000 por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, reguladas por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero. Debe sumarse a tales normas el Criterio técnico 98/2016 sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (en adelante, Criterio técnico 98/2016), que actúa como guía interpretativa respecto a cuestiones no abordadas por la LGDPCD y el citado desarrollo reglamentario. Este mecanismo obliga a las empresas a contratar personas con discapacidad en un porcentaje igual o superior al 2 por 100 de su plantilla, siempre que cumplan determinados requisitos. En particular, esta obligación es exigible a aquellas empresas que ostenten un promedio de plantilla de cincuenta o más trabajadores, cifra esta que deberá determinarse en el marco temporal de 12 meses⁶². Sin embargo, el legislador habilitó la posibilidad de eximir su cumplimiento⁶³, ya sea total o parcialmente, a través de distintos mecanismos⁶⁴, que conllevan la necesidad de aplicar medidas alternativas⁶⁵. Nos encontramos ante

⁶² Véase el apartado II.2.2.4 del Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

⁶³ Si bien en la regulación inicial, prevista en el Decreto 2531/1970 de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos se contemplaba esta posibilidad, la LISMI optó, con muy buen criterio, por eliminarla en el momento en el que entró en vigor. No obstante, la disposición adicional 39.1 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social recuperó la exención, manteniéndose prácticamente inalterada hasta la actualidad.

⁶⁴ Concretamente, el segundo párrafo del artículo 42.1 de la LGDPCD permite, de manera excepcional, la exención de la obligación a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, ex artículo 83.2 y 3 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral.

⁶⁵ La norma de referencia con relación a las medidas alternativas es el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, y se encarga de establecer cuándo debe

un mecanismo tradicional de fomento del empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español⁶⁶, que incluso ostenta una adaptación en el marco del empleo público⁶⁷, y que conecta el número de personas con discapacidad con la plantilla de la empresa. Si bien la determinación y la cuantificación de la obligación son cuestiones relativamente resueltas por la norma, aunque no exentas de problemáticas⁶⁸, la característica que difumina la efectividad de este mecanismo es, además de su falta de adaptación a las exigencias de la CIDPD⁶⁹, la desconexión del ámbito subjetivo exigido por la norma (plantilla de 50 o más personas trabajadoras) con la dimensión media del tejido empresarial español, que se suma a la posibilidad, técnicamente excepcional como ya se ha indicado anteriormente⁷⁰, de sustituir el cumplimiento de la obligación por medidas alternativas.

apreciarse la nota de excepcionalidad y qué opciones o medidas alternativas están a disposición de las empresas para suplir el incumplimiento autorizado de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad.

⁶⁶ Para un estudio de la evolución histórica de la configuración de la cuota de reserva, véase Gutiérrez Colominas, D., “La regulación española de la cuota...”, *op. cit.*, págs. 47-53.

⁶⁷ Véase el artículo 59 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, que establece el denominado cupo de reserva, desarrollado reglamentariamente mediante el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

⁶⁸ Así, por ejemplo, la existencia de decimales en el número resultante de aplicar el 2 por 100 es una cuestión que, si bien la LGDPCD no se encarga de resolver, ha sido clarificada por el apartado 4.1 del criterio técnico 98/2016, que indica que los decimales deben eliminarse, optando por el redondeo al entero por defecto, en virtud de una interpretación finalista de la norma.

En este punto conviene señalar que algunas Comunidades Autónomas han dictado criterios distintos al señalado anteriormente, entre las que se incluye, por ejemplo, Cataluña, que establece el redondeo al alza cuando la fracción sea igual o mayor que 0,5 *ex* artículo 3.3 del Decreto 86/2015, de 2 de junio, sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad en empresas de 50 o más personas trabajadoras y de las medidas alternativas de carácter excepcional a su cumplimiento. No obstante, el criterio técnico 98/2016 recuerda que las normas que regulan la cuota de reserva constituyen legislación laboral básica, y, en consecuencia, son competencia exclusiva del estado *ex* artículo 149.1.7º de la Constitución Española.

⁶⁹ Sobre esta cuestión, véase Gutiérrez Colominas, D., “La regulación española de la cuota...”, *op. cit.*, págs. 55-58.

⁷⁰ Si bien la excepcionalidad puede operar de forma total o parcial, se halla condicionada a la previa acreditación de excepcionalidad y la correspondiente autorización administrativa, lo cierto es que el silencio positivo contemplado por el artículo 1.3 último párrafo del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad supone, en la práctica, la autorización de la gran mayoría de peticiones.

3.2.2. ¿Es la cuota de reserva de puestos de trabajo una verdadera medida de acción positiva?

Una vez examinadas las características propias de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad, conviene detenerse en su calificación, bien como medida de acción positiva bien como medida de lucha contra la discriminación. Y en este punto, nos encontramos ante una cuestión ciertamente compleja, que no ha escapado del debate internacional⁷¹, debido a las particularidades propias de la configuración de la cuota, y en el caso del escenario español, también como consecuencia de algunos cambios que introduce la LGDPCD y la reciente STC 51/2021, de 15 de marzo. En líneas generales, la cuota de reserva se ha calificado tradicionalmente como una medida de acción positiva, tanto por la doctrina científica⁷², como por el Tribunal Constitucional⁷³.

Las razones que han conducido a ello se fundamentan, básicamente, en su conexión con el artículo 9.2 de la CE, descartándose así que el incumplimiento de la cuota se incardine en el marco del artículo 14 de la CE⁷⁴, y, por lo tanto, apartándose de una posible consideración como medida antidiscriminatoria.

Esta tesis es ciertamente coherente con la construcción normativa europea y española de este mecanismo, pese a que los legisladores no se han pronunciado

⁷¹ Vid. Organización Internacional del Trabajo, “Promoting Employment Opportunities for People with Disabilities. Quota Schemes. Vol. 1”, Oficina de publicaciones de la Organización Internacional del Trabajo, 2019, Ginebra, pág. 2.

⁷² Vid. García-Perrote Escartín, I.; Badiola Sánchez, A. M., “La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales: Una síntesis de jurisprudencia”, en Salinas Molina, f. y Moliner Tamborero, G. (Dirs.), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 117-120, que califica expresamente la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, señalando: “*El fenómeno de las cuotas, como medida de acción positiva, está presente en nuestro Derecho, precisamente como medida de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos*”. En este mismo sentido, véase también Pérez, J., *La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas*, Colección Estudios de relaciones laborales, núm. 10, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2017 pág. 10-11.

⁷³ La STC 269/1994 de 3 de octubre ha sido el pronunciamiento más relevante sobre esta materia, que tuvo la oportunidad de valorar la constitucionalidad de las cuotas de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad en el ámbito público (cupos de reserva) y clarificó la conflictividad existente entre el principio de mérito y capacidad (art. 103.3 de la CE) y el principio de igualdad en el acceso al empleo público (art. 23.2 de la CE). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene que la discapacidad no es valorada como mérito, sino como un factor que dificulta la inserción laboral de este colectivo, y de esta manera, tanto el cupo de reserva como la cuota de reserva favorecen la materialización efectiva del principio de igualdad. Así, se califican ambas como medidas de acción positiva, justificándose esta tesis en la conexión de estos mecanismos con el artículo 9.2 de la CE y 49 de la CE (F.J. IV), y, en consecuencia, la imposibilidad de que su incumplimiento constituya una infracción del artículo 14 de la CE.

⁷⁴ La citada STC 269/1994 de 3 de octubre señaló expresamente (F.J. IV, *in fine*): “*Sintetizando lo hasta ahora dicho, es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad*

históricamente sobre su naturaleza⁷⁵. A nivel europeo, su configuración no ha sido incluida en ninguna Directiva, ni tan siquiera en el marco de la Dir. 2000/78/CE, circunstancia esta que ha generado diferencias notables a nivel europeo en aquellos países que la han contemplado⁷⁶. En el plano español, su incorporación y evolución experimentó distintas fases⁷⁷, si bien se contempló en la LISMI. No obstante, la LISMI, por una razón de carácter temporal, no distinguió, a diferencia de la LIONDAU, entre medidas antidiscriminatorias y medidas de acción positiva, y, en consecuencia, la LISMI se encargó de definir los aspectos centrales de la cuota de reserva en su artículo 38, pero no incluyó disposición alguna a propósito de su naturaleza. Y, desafortunadamente, la LIONDAU, que definió las medidas antidiscriminatorias y de acción positiva (arts. 7, 8 y 9), no reflejó ni una configuración actualizada de la cuota de reserva, ni mención alguna a su naturaleza⁷⁸.

Autónoma de Canarias, no vulnera el art. 14 C.E., siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 C.E., en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 C.E.)”.

⁷⁵ A diferencia de lo que ha sucedido con otros mecanismos, las distintas normas que han regulado la cuota de reserva no se pronuncian, ni tan siquiera en el preámbulo o la exposición de motivos como sucede por ejemplo en el caso del empleo con apoyo, a propósito de su naturaleza. Así, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos; la LISMI; los acuerdos MTAS-CERMI (I y II), de 15 de octubre de 1997 y 2 de diciembre de 2002; el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores; el RD 364/2005; o la LGDPCD carecen de mención expresa sobre esta cuestión.

⁷⁶ Para un estudio en profundidad, en clave europea e internacional, véase Comisión Europea “international Perspectives on Positive Action Measures: A Comparative Analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa”, Oficina oficial de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2009; Waddington, L., “Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: from Quotas to Anti-Discrimination laws”, *Comparative Labor Law Journal*, vol. 18, 1, 1996, págs. 62-70.

⁷⁷ *Vid.* Gutiérrez Colominas, D., “La regulación española de la cuota...”, *op. cit.*, págs. 47-53.

⁷⁸ En este punto, es de interés señalar que el silencio de la LIONDAU respecto a la cuota de reserva es lógico si tenemos en cuenta su pretensión, que, como señaló la exposición de motivos de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y distintos sectores de la doctrina (véase la cita 27 de este trabajo) fue la introducción del modelo social de tratamiento de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español. En efecto, este paradigma apuesta por la normalización e integración sin diferencias basadas en la discapacidad, cuya materialización se lleva a cabo a través de la adaptación del entorno -de ahí la apuesta por la obligación genérica, no centrada en el empleo de realizar ajustes razonables y la accesibilidad-, y por lo tanto, diseña un escenario legal en el que las cuotas de reserva no son necesarias para garantizar la presencia de las personas con discapacidad.

Sin embargo, la irrupción de la LGDPCD, la existencia de carencias por parte de la doctrina constitucional⁷⁹, y las nuevas posibilidades de aplicación de la Dir. 2000/78/CE a tenor de la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, EU:C:2021:64, obligan, en mi opinión, a reconsiderar su naturaleza como posible medida de acción positiva. En este sentido, la LGDPCD formula una definición sobre el significado de medida de acción positiva en su artículo 2.g⁸⁰, que es complementada por el artículo 67 y 68 de la LGDPCD. A primera vista, la finalidad de la cuota de reserva parece encajar con el contenido de los citados preceptos, toda vez que se encarga de favorecer la inserción laboral de las personas con discapacidad a través de una obligación empresarial de contratación, que permite *acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena*. Se suma, además, que, a diferencia de la obligación de realizar ajustes razonables, la cuota de reserva no se halla definida de manera separada a las medidas de acción positiva en el marco del citado artículo 2 de la LGDPCD, si bien, también es necesario señalar, no se halla expresamente mencionada en el citado artículo 2.g de la LGDPCD.

No obstante, la clasificación de la cuota de reserva como medida de acción positiva es, en mi opinión, discutible, ya no sólo por la falta de calificación expresa citada *ex* artículo 2 de la LGDPCD, sino porque el legislador restringe el alcance de las medidas de acción positiva mediante su concreción subjetiva. Para ello, el artículo 2.g de la LGDPCD señala que se tratan de medidas *de carácter específico*, enfocadas a la lucha contra las desventajas derivadas de la discapacidad, y el artículo 67 de la LGDPCD concreta el ámbito de aplicación efectivo del artículo 2.g de la LGDPCD. El artículo 67 de la LGDPCD define el ámbito subjetivo de las medidas de acción positiva, pues, como puede apreciarse, el artículo 2.g de la LGDPCD no delimita subjetivamente el ámbito de aplicación. En otras palabras, la LGDPCD diseña las medidas de acción positiva como mecanismos centrados en colectivos específicos que requieren una mayor protección dentro de la categoría “personas con discapacidad”, que son precisados *ex* artículo 67 de la LGDPCD, justificando así la consecuencia asociada a su incumplimiento (tipificación de su

⁷⁹ Vid. Giménez Glück, D., “Caracteres constitucionales de la acción positiva”, en Díaz Revorio, F. y Espín Templado, E. (Coords.), *La justicia constitucional en el estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 334, que apuntó las carencias de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a las singularidades de las acciones positivas con relación al resto de tratos formalmente desiguales. En el caso de la discapacidad, el pronunciamiento judicial más relevante sobre medidas de acción positiva se dictó en 1994, a saber, STC 269/1994, de 3 de octubre.

⁸⁰ El texto normativo señala: “*Medidas de acción positiva: son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad*”.

infracción como vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades *ex art. 63.1 in fine* de la LGDPCD). En este sentido, se concreta el ámbito de actuación respecto a aquellas personas *susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación*, que no constituye la primera ocasión⁸¹, o *de un menor grado de igualdad de oportunidades*, identificando específicamente la inclusión de la discriminación múltiple en la primera expresión y las mujeres, niños y niñas, y personas con discapacidad que vivan habitualmente en el medio rural, en el caso de la segunda acepción. En este punto, la relación entre el artículo 2.g y los artículos 67 y 68 de la LGDPCD es clave para la calificación de la naturaleza de la cuota de reserva. En mi opinión, la formulación legal opta por establecer una relación de complementariedad o concreción, en la que el artículo 2.g de la LGPCD actúa como marco genérico que define el objetivo de las medidas de acción positiva, y conecta con el artículo 67 de la LGDPCD, que actúa como especificación subjetiva del ámbito de aplicación de las medidas de acción positiva. De hecho, el legislador utilizar el modo imperativo del verbo “adoptar” en el citado artículo 67.1 de la LGDPCD, y esta plasmación apunta a que la calificación de medida positiva exige una interpretación conectada del artículo 2 y 67 de la LGDPCD, y por lo tanto, centrada en superar o eliminar el mayor grado de discriminación, o el menor grado de igualdad de oportunidades de grupos específicos dentro del colectivo de personas con discapacidad. De esta manera, la LGDPCD integra una visión restrictiva de las medidas de acción positiva, reducida a aquellas personas que, dentro del colectivo, requieren una mayor atención, asumiendo así una caracterización excepcional de las mismas⁸². Por todo ello, la cuota de reserva no cumple con las exigencias del artículo 67 de la LGDPCD, pese a aproximarse a la conceptualización prevista en el artículo 2.g de la LGDPCD, y por lo tanto, no debe considerarse una medida de acción positiva. A sensu contrario, su calificación como medida de acción positiva exigiría que su ámbito subjetivo se centrara de forma concreta en un subgrupo de personas con discapacidad con especiales necesidades, como podría

⁸¹ El Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo ya incluyó, en su preámbulo, esta definición de medida de acción positiva: “*Esta realidad exige la adopción de medidas específicas, que podrían considerarse de acción positiva dentro del grupo de las personas con discapacidad, ya que se trata de tratamientos más intensos y diferenciados para estimular la empleabilidad de estos grupos de trabajadores con discapacidad que tienen más dificultades de inserción laboral*”.

⁸² Esta construcción legal es sensible a los problemas que han planteado las cuotas en otros ámbitos a nivel europeo, ofreciendo así una visión de las medidas de acción positiva como excepción, sólo aplicable a situaciones específicas, determinadas subjetivamente. Tal y como señaló Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 1995, pág. 8 (formato electrónico), “*No se rechaza el sistema, pero se ponen condiciones para su aceptabilidad*”.

ser, por ejemplo, las personas con discapacidad intelectual⁸³, circunstancia esta que no acontece en el marco del artículo 42 de la LGDPCD ni en ninguno de los instrumentos que complementan la interpretación de esta institución.

En el marco de esta discusión sobre la naturaleza de la cuota de reserva se suma, además, el impacto que supone el artículo 63 de la LGDPCD, que ha pasado ciertamente inadvertido, tanto judicial como doctrinalmente. En efecto, esta disposición especifica qué situaciones dan lugar a vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, constatando específicamente *el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas*. Tal especificación choca frontalmente con la doctrina clásica del Tribunal Constitucional a propósito de la calificación de la cuota de reserva como medida de acción positiva⁸⁴, y la cuestión ha alcanzado, en mi opinión, un grado de mayor importancia a la luz de la reciente STC 51/2021 de 15 de marzo. Dicha sentencia ofrece una apreciación de interés en el marco de la interpretación del artículo 63 de la LGDPCD, que, si bien se centra en la obligación de realizar ajustes razonables, puede tener trascendencia al resto de categorías mencionadas en el citado precepto. En efecto, *prima facie*, este pronunciamiento judicial anuda el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables a la infracción del artículo 14 de la CE, pero no conviene omitir que el fundamento normativo de esta tesis se apoya en el artículo 63 de la LGDPCD, que precisa qué conductas constituyen una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades. Y entre ellas, se incluye explícitamente *el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas*. Las consecuencias prácticas de este nuevo escenario son de una extraordinaria importancia, toda vez que la actual redacción del artículo 63 de la LGDPCD y la STC 51/2021 de 15 de marzo apuntan a que la infracción de las medidas de acción positiva constituyen una infracción del artículo 14 de la CE, y en consecuencia, habilitan a la petición de nulidad radical de la actuación empleadora e indemnizaciones destinadas a reparar las consecuencias derivadas de la acción u omisión *ex* artículo 182.b y d de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En este sentido, si bien ya se han plasmado los argumentos que conducen a afirmar que la cuota de reserva no encaja, a la luz de la LGDPCD, como una medida de acción positiva (arts. 2 y 67 de la LGDPCD), el artículo 63 de la

⁸³ Sobre la importancia de instrumentar medidas destinadas a las personas con discapacidad intelectual, véase el penúltimo párrafo del F.J. IV de la STC 51/2021, de 15 de marzo. Desde un punto de vista doctrinal, véase Fernández Orrico, F. J. (Dir.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; Rueda Monroy, J.A., “Medidas de trato diferenciado en el empleo para personas con capacidad intelectual límite: análisis normativo y apuntes para la reflexión”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, vol. 463, 2021, págs. 99-103.

⁸⁴ Véase la STC 269/1994 de 3 de octubre.

LGDPCD ha supuesto una aportación significativa que introduce dos líneas de interpretación interesantes para los operadores jurídicos: a) la reformulación de la tesis sostenida en la STC 269/1994 de 3 de octubre, de tal manera que la infracción de la cuota de reserva implica en la actualidad una vulneración del artículo 14 de la CE *ex* artículo 63 de la LGDPCD y STC 51/2021 de 15 de marzo; b) descartar la consideración de la cuota de reserva como medida de acción positiva, y por lo tanto de la aplicación del artículo 63 LGDPCD, significando que su infracción no implicaría el menoscabo del artículo 14 de la CE, salvando la aplicación de la STC 51/2021 de 15 de marzo. Esta contribución apuesta por la segunda de ellas, ya que es la conceptualización que mejor conjuga una interpretación sistematizadora de los artículos 2.g, 63 y 67 de la LGDPCD, y dada la conveniencia de no asociar la infracción de la cuota de reserva con el artículo 14 de la CE. En mi opinión, el incumplimiento de la cuota de reserva ya se halla suficientemente penalizado, a través de su calificación como infracción grave para la empleadora, *ex* artículo 15.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), que implica la imposición de multas que oscilan entre 751 y 7.500 euros (art. 40.1.b de la LISOS). Apostar por su calificación como medida de acción positiva implicaría que, de acontecer su incumplimiento, la empleadora debería hacer frente, además del pago de la sanción, a la posible petición judicial de la persona trabajadora encaminada a la reparación derivada de la infracción del artículo 14 de la CE (indemnización de daños y perjuicios). Este escenario, que es consecuencia del artículo 63 LGDPCD, resulta poco atractivo para fomentar su cumplimiento, y puede suponer un incremento de la petición de sustitución de la cuota por medidas alternativas.

En la actualidad, el legislador debería proceder a calificar de manera explícita la naturaleza de la cuota de reserva, acompañando, además, una especificación del artículo 63 de la LGDPCD, bien suprimiendo la expresión “*el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas*”, de manera coherente con la STC 269/1994, de 3 de octubre, o bien concretando su no aplicación en el marco de la cuota de reserva de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

3.2.3. *La apuesta por su consideración como medida de igualación positiva*

Y es en este punto en el que se aprecia que la clasificación tradicional de la cuota de reserva como medida de acción positiva no encaja en el contexto normativo y judicial actual, ¿cuál sería la calificación de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad? En esta contribución se propone que la naturaleza de la cuota de reserva de puestos de trabajo de las personas con discapacidad se alinea con una categoría denominada medidas de

igualación positiva en el empleo⁸⁵, que se incardinaría legalmente dentro de la expresión “medidas específicas”⁸⁶, prevista en el 5.4 de la CIDPD y el artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE. Si bien fue inicialmente identificada en el ámbito de la discriminación por razón de sexo en distintas ocasiones por la doctrina europea⁸⁷, como consecuencia de las limitaciones que ha presentado el TJUE a la hora de utilizar las medidas de acción positiva⁸⁸, esta categoría es aplicable a los mecanismos de empleo de las personas con discapacidad⁸⁹, y, en mi opinión, *ex arts.* 5.4 de la CIDPD y 7.2 de la Dir. 2000/78/CE. En este punto, debe señalarse que la CIDPD y la Dir. 2000/78/CE optan, en el caso de la CIDPD por no utilizar la expresión “acción positiva”, y en ambos casos, por introducir una categoría, denominada “medidas específicas”, diferenciada de las medidas de acción positiva, en el contenido de sus artículos 5.4 y 7.2, respectivamente. Por lo tanto, admiten la existencia de categorías distintas, como la que se presenta en este apartado,

⁸⁵ Vid. Giménez Glück, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 58, que sostuvo la existencia de una categoría denominada “medidas de igualación positiva”, al amparo del artículo 92, que comparten el mismo propósito que las medidas de acción positiva, pero no gozan de dicha calificación como consecuencia de la ausencia de circunstancias históricas.

⁸⁶ Dentro de este grupo encontramos distintas intervenciones normativas que parten de una de las causas tradicionales de exclusión o marginación social como criterio para determinar el ámbito de aplicación, o identificarlo como requisito o efecto de la regla de referencia, tal y como ha señalado Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, *op cit.*, pág. 235.

⁸⁷ Véase especialmente las distintas contribuciones que ha escrito la profesora Fredman, y en particular, Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, y Fredman, S., “Breaking the Mold: Equality as a Proactive Duty”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 1, 2012, págs. 265-288.

⁸⁸ Tal y como ha señalado Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, *op. cit.*, pág. 237, “[...] la cuestión prejudicial reiteradamente planteada suele consistir en preguntar al Tribunal en qué medida las medidas nacionales de acción positiva resultan compatibles con la exigencia del ordenamiento europeo de igualdad formal, de trato idéntico del conjunto de los trabajadores, en un principio, sobre todo, referente a la igualdad formal entre hombres y mujeres; [...]”. Para una muestra de las STJUE’s más relevantes, véase las citas 15, 16 y 17 de este trabajo.

⁸⁹ Vid. Giménez Glück, D., “Caracteres constitucionales de la acción positiva”, *op. cit.*, pág. 335-337, que deslinda las medidas de acción positiva de las medidas de igualación positiva, señalando que “[...] mientras que las medidas de igualación positiva tienen como finalidad la igualdad material entre los individuos, la acción positiva busca acabar con la desigualdad material de unos determinados colectivos, [...]”. Para ello, este autor parte de la dicción del artículo 9.2 de la CE, que constata las palabras “individuo” y “grupos”, e identifica expresamente su aplicación en el ámbito de la discapacidad, dado que “esta distinción no aparece en nuestra jurisprudencia constitucional con esta nitidez, como demuestra la STC 269/1994 (caso cuotas de discapacitados en Administración canaria), donde el tribunal confunde una acción positiva con una medida de igualación positiva” (pág. 337 *in fine*).

que, si bien persiguen objetivos similares⁹⁰, pueden presentar características y consecuencias jurídicas particulares. La distinción entre medidas de acción positiva, que incluso admite subcategorías⁹¹, y medidas específicas, es en mi opinión, necesaria, dada la conveniente y necesaria homogeneización de la caracterización de las medidas de acción positiva en los distintos ámbitos de protección⁹², y las nuevas posibilidades de aplicación de la Dir. 2000/78/CE que abrió la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, EU:C:2021:64⁹³. En efecto, esta última sentencia añade una capa de profundidad extra en la aplicación de la Dir. 2000/78/CE (grupos particulares que comparten una o varias de las características protegidas *ex art. 1*), y puede propiciar que en un futuro, el TJUE decida ofrecer una interpretación única relativa a la aplicación de preferencias, obligaciones y exclusiones basadas en las características protegidas por las distintas Directivas⁹⁴. Este escenario hipotético podría suceder por la vía de una cuestión prejudicial nacional relacionada no tanto

⁹⁰ Véase el contenido del artículo 5.5 de la CIDPD: “[...] *acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad*”, o el del artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE: “[...] *crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral*”.

⁹¹ Vid. Martín Vida, M.N., *Fundamento y límites constitucionales...*, *op. cit.*, pág. 42-43, que identifica las medidas de concienciación, la recogida y actualización de datos para conocer el nivel de respeto a la igualdad de oportunidades, la implantación de acciones de sensibilización, la formación de agentes de igualdad de oportunidades, entre otras; y Álvarez Del Cuvillo, A., “Elementos para una valoración...”, *op. cit.*, pág. 11, que señala las medidas de aproximación a grupos específicos, o consideración de la adscripción en la definición y configuración del “mérito”, por citar algunas de las enumeradas.

⁹² Vid. Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1508, que señala, con relación a la cuota de reserva: “[...] *is an example of automatic and unconditional preferential treatment [...], even though this would not be treated as lawful positive action for the purposes of gender equality legislation. This indicates that the legal boundaries of permissible positive action may not be consistent across all grounds*”.

⁹³ En efecto, esta sentencia sostiene que la protección que ofrece la Dir. 2000/78/CE puede aplicarse a efectos de proteger a grupos diferenciados o subgrupos que comparten la misma característica (por ejemplo, personas con discapacidad auditiva respecto a personas con discapacidad física en el marco de la misma empresa). Se ofrece, pues, una nueva dimensión de protección, que flexibiliza el examen y requisitos de los términos de comparación en situaciones de análisis de conductas discriminatorias. Y este hecho es particularmente interesante en el enjuiciamiento de nuevas tipologías de discriminación, como la discriminación múltiple, toda vez que permite la comparación en el seno de una o varias de las circunstancias protegidas frente al trato discriminatorio.

⁹⁴ Véase, por ejemplo, la STJUE de 1 de marzo de 2011, Test-Achats, C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100, cuyo párrafo 32 señaló: “*Dicho precepto, que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de*

respecto a la identidad de las capacidades, sino con la proporcionalidad de las cuotas de reserva exigidas únicamente a personas con discapacidad que ostenten el reconocimiento administrativo, excluyendo así a aquellas que no han solicitado el certificado de reconocimiento pero presentan patologías de larga duración que limitan la integración laboral, técnicamente fundamentada en la compatibilidad de una medida obligatoria de contratación no definida temporalmente con el principio de igualdad *ex* artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE⁹⁵. Es de interés señalar, pues, que la construcción de la LGDPCD (arts. 2.g y 67), aunque pueda desencajar conceptualmente con la caracterización clásica de las medidas de acción positiva, parece, en mi opinión, apuntar a una visión más restrictiva acorde con los criterios del TJUE.

En otro orden de cosas, las medidas de igualación positiva ofrecen una respuesta jurídica que logra sortear las implicaciones del artículo 63 de la LGDPCD, especialmente tras la STC 51/2021 de 15 de marzo, y que se adapta a la naturaleza propia de esta medida. En efecto, las medidas de igualación positiva son mecanismos alternativos y complementarios para lograr la materialización efectiva del principio de igualdad. Para ello, parten de la falta de igualdad de oportunidades en las principales estructuras e instituciones sociales⁹⁶, y de la ineficacia de trasladar el cumplimiento de la medida a las personas beneficiarias, que las sitúa en una posición especialmente compleja y desincentivadora respecto a su empleadora. Así, las medidas de igualación positiva, a diferencia de las medidas de acción positiva, ostentan un alcance genérico a todo el colectivo protegido⁹⁷,

trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta”.

Sobre la posibilidad de que esta armonización judicial pueda suceder, véase Mcharg, A.; Nicolson, D., “Justifying Affirmative Action: Perception and Reality”, *Journal of Law and Society*, vol. 33, 1, 2006, pág. 14, tal y como señalan Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1510-1511 en la cita 32.

En otros términos, véase Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, *op. cit.*, pág. 241-242 y 247, que sostiene que ya se ha producido una expresa compatibilidad entre igualdad formal y prohibición de discriminación, trasladada al ámbito de la discapacidad al amparo del artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE.

⁹⁵ A sensu contrario sobre esta tesis, véase Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1514, que defienden que por el momento ningún Estado Miembro ni la Comisión Europea ha considerado que la regulación nacional de las cuotas de reserva incumple el artículo 7 de la Dir. 2000/78/CE. En este mismo sentido, véase también Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, *op. cit.*, pág. 247 que señala que “[...] no cabría trasladar con automaticidad lo dicho por el Tribunal europeo respecto de trato diferenciado por sexo a otras causas”, pues ello supondría “[...] considerar como contrarias al Derecho europeo las muy extendidas y consolidadas reglas que imponen cuotas respecto de los trabajadores discapacitados en la generalidad de las legislaciones laborales de los Estados miembros”.

⁹⁶ *Vid.* Fredman, S., “Breaking the Mold”, *op. cit.*, pág. 266.

⁹⁷ Cfr. con el artículo 67.1 de la LGDPCD.

y proponen que el control del cumplimiento de la medida se traslade a un órgano administrativo externo⁹⁸, que asume la iniciativa en el control del cumplimiento y la imposición de sanciones en caso de infracciones, sin necesidad de intervención de la persona trabajadora. Ello implica, pues, que las consecuencias derivadas del incumplimiento de las medidas de igualdad positiva sean impuestas y ejecutadas por el órgano que se encarga de controlarlas. Nos encontramos, pues, ante una categoría ciertamente novedosa, que rompe con la visión clásica de centrar la atención en el sujeto que incumple el mecanismo o institución y que confía en una reacción jurídica de la persona damnificada para asegurar la materialización efectiva del principio de igualdad, trasladando así el foco a la actuación del organismo o poder público encargado de controlar su cumplimiento y la imposición de sanciones. Así, las medidas de igualdad positiva ostentan un carácter preventivo y facilitan la integración de colectivos infrarrepresentados⁹⁹, eliminando estigmas sociales e institucionales no atribuibles a ningún sujeto en particular. Esta categoría ha sido especialmente exitosa en distintos países¹⁰⁰, ya que libera a las personas trabajadoras de la carga económica, emocional y procesal de reclamar los incumplimientos de este tipo de mecanismos frente a la empleadora, produciendo así un cambio generalizado o sistémico en el tejido empresarial y garantizando el derecho a la igualdad a todas las personas¹⁰¹, y no sólo a aquellas que se deciden a reclamar frente a incumplimientos.

Llegados a este punto, ¿qué características presenta la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad para ser calificada como una medida de igualdad positiva de fomento del empleo? En mi opinión, las dos circunstancias principales más relevantes pivotan sobre quién controla y cómo se exige su cumplimiento, que han sido elementos capitales en la construcción de

⁹⁸ Vid. Fredman, S., “Breaking the Mold”, *op. cit.*, pág. 266, que señala: “*Rather than deriving from an individual right of a victim or group of victims against specified perpetrators, proactive models place responsibility on bodies which are in a position to bring about change, whether or not they have actually caused the problem*”.

⁹⁹ Vid. Fredman, S., *Discrimination Law*, *op. cit.*, pág. 299.

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, Irlanda del Norte ha sido pionera en la implementación de esta categoría en materia de integración de personas trabajadoras de religión protestante y católica, exigiendo la revisión periódica de la composición de las plantillas, al amparo de la Sección 55 de la Fair Employment and Treatment Order (FETO), 1998, que puede consultarse en: <https://www.legislation.gov.uk/nisi/1998/3162/article/55/made>. Se suma a esta tendencia Canadá, que, como señala *Ibid.* pág. 301, ha implementado en seis provincias medidas proactivas de cumplimiento por las empresas para lograr la igualdad salarial entre mujeres y hombres.

¹⁰¹ *Ibid.*, pág. 299, que señala: “*Secondly, change is systematic, instead of consisting in reactions to ad hoc claims brought by individuals [...] This means that the right to equality is available to all, not just those who complain.*”.

las medidas de igualación positiva¹⁰². El esquema legal de la citada medida en el ordenamiento jurídico español parte de la configuración como obligación, que lleva aparejada, en caso de incumplimiento, la imposición de una sanción pecuniaria al amparo del artículo 15.3 de la LISOS. Esta penalización se materializa a través de un proceso sancionador, llevado a cabo mediante actuaciones comprobatorias inspectoras por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. En este punto es necesario señalar que, si bien en términos generales el procedimiento sancionador funciona a través de un sistema de denuncias que formalizan las personas ciudadanas, el control del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad ha sido especialmente intenso por iniciativa propia de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social como consecuencia de la incorporación como objetivo prioritario en los Planes Territoriales de Inspección, a través de campañas específicas¹⁰³. Nos encontramos, pues, ante un control administrativo, llevado a cabo por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, que omite la judicialización *ad hoc* del incumplimiento, y por lo tanto las principales desventajas de los procesos judiciales¹⁰⁴. Asimismo, el incumplimiento de la cuota de reserva se halla específicamente sancionado por la LISOS, tal y como ya se ha mencionado anteriormente, con cifras que son especialmente elevadas (751 a 7.500 euros *ex art.* 40.1.b de la LISOS), y en consecuencia, cuenta con mecanismos sancionadores que refuerzan su exigencia, y que, en mi opinión, justifican la separación de su infracción respecto del artículo 14 de la CE¹⁰⁵. Por último, se suma, además, la alineación temática de la cuota de reserva a la finalidad de las medidas de igualación positiva, centradas en ofrecer una respuesta institucional general para todo el colectivo, que actúa con la finalidad de eliminar un estigma sistémico asociado a la discapacidad. De esta manera, la contratación obligatoria de personas con discapacidad se asegura de ofrecer la presencia de este colectivo, asumiendo así una lucha estructural frente a las desigualdades que ha generado la discapacidad, y contribuye a materializar el principio de igualdad,

¹⁰² *Vid.* Fredman, s., *Making Equality Effective: The role of proactive measures*, Comisión Europea, Bruselas, 2009, págs. 5-8.

¹⁰³ Véase el tercer párrafo de la primera página del Criterio técnico 98/2016.

¹⁰⁴ Concretamente, elimina la necesidad de que la persona trabajadora deba asumir la carga procesal y económica de probar el incumplimiento.

¹⁰⁵ El actual escenario legal (art. 63 de la LGDPCD) y judicial (STC 51/2021, de 15 de marzo) conducen a que la infracción de las medidas de acción positiva constituya el menoscabo del artículo 14 de la CE, y por lo tanto, calificar la cuota de reserva de puestos de trabajo como medida de acción positiva implica, además de la sanción al amparo de la LISOS, la posibilidad de solicitar una indemnización reparadora del citado derecho fundamental. Este planteamiento, que podría llegar a penalizar doblemente a las empresas por el incumplimiento de la cuota, podría producir un efecto perverso, a saber, el incremento de las ya de por sí utilizadas medidas alternativas, y reducir *por ende* el cumplimiento efectivo de la obligación de contratar.

independientemente de que existan o hayan existido conductas empresariales diferenciadoras por razón de discapacidad.

3.3. El empleo con apoyo

3.3.1. Configuración normativa

La última de las medidas de inserción laboral en el empleo ordinario que contempla el legislador en el marco de la LGDPCD es el denominado empleo con apoyo. Definido en el artículo 41 de la LGDPCD como el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, dirigidas a personas trabajadoras con discapacidad con especial dificultades de inclusión laboral, su regulación se halla concretada en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo (en adelante, RD 870/2007). Se trata de una fórmula especialmente reciente, que no consta de precedentes anteriores al desarrollo reglamentario en nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de la construcción dualista plasmada en el texto de la hoy derogada LISMI¹⁰⁶.

La finalidad del empleo con apoyo no es otra que facilitar la adaptación de personas con discapacidad con especiales dificultades, de tal manera que se pretende lograr la prestación de servicios en condiciones similares al resto de personas trabajadoras, y para ello, este mecanismo consiste en un acompañamiento individualizado y acciones de orientación, entre otras¹⁰⁷, por parte de personas preparadoras laborales especializadas (art. 2.1 del RD 870/2007). Para ello, será

¹⁰⁶El artículo 41 de la LISMI derivaba al empleo protegido a aquellas personas con discapacidad *que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales*, y pese a que existía una clara preferencia del legislador por incorporar a este colectivo en el empleo ordinario *ex art. 37 de la LISMI*, la realidad era que no se contemplaban mecanismos de apoyo o soporte para fomentar el empleo ordinario de personas con discapacidad. Significativo es, en este punto, que el inicio del preámbulo del RD 270/2007 pivote sobre el artículo 37.1 LISMI, y no mencione ninguno de los preceptos de la LISMI destinados a lograr la integración laboral de las personas con discapacidad.

¹⁰⁷El artículo 2.2 del RD 870/2007 precisa hasta un total de 6 tipologías de acción, que incluye la orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación al puesto de trabajo; labores de acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del programa de empleo con apoyo, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con el trabajador con discapacidad; apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones; adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo; seguimiento del trabajador y evaluación

necesario que la empresa proceda a la contratación de la persona trabajadora elegible mediante un contrato indefinido o de duración determinada (mínimo 6 meses), y en ningún caso la jornada puede ser inferior al 50 por 100 de una persona trabajadora a tiempo completo comparable. No obstante, para que la persona trabajadora pueda beneficiarse de este tipo de medidas será necesario cumplir diversos requisitos subjetivos. Se hallan en el artículo 3 y en la disposición adicional primera del RD 870/2007, exigiendo que, además de tratarse de personas con discapacidad inscritas como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo, se incluyan dentro de los tipos de discapacidad previstos en los citados preceptos¹⁰⁸. Paralelamente, el citado desarrollo reglamentario también establece condiciones a propósito de las personas preparadoras, que actuarán como acompañantes de las personas trabajadoras. Concretamente, el artículo 7.1 del RD 870/2007 señala que será necesario acreditar, además de estar en posesión de una titulación mínima de formación profesional de grado medio o equivalente, una experiencia profesional previa de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad. En este sentido, la norma incluso precisa el tiempo de atención a cada persona trabajadora, condicionado al tipo de discapacidad¹⁰⁹. Como puede observarse, el empleo con apoyo se diseña como una pasarela hacia el medio ordinario de trabajo, fomentando la incorporación de personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción que se hallen desempleadas. En consecuencia, se trata de un mecanismo de inserción al medio ordinario de trabajo, así como al empleo protegido, cuyo seguimiento y evaluación corresponde a los Servicios Públicos de empleo¹¹⁰, y que exige que la persona ostente especiales dificultades

del proceso de inserción en el puesto de trabajo o el asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

¹⁰⁸ Concretamente, la norma reglamentaria se refiere a un primer grupo con una discapacidad de carácter mental o intelectual, a saber, *personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%*, y un segundo grupo de personas con un porcentaje de discapacidad igual o superior al 65 %, reconocido administrativamente. La citada disposición adicional añade, además, a personas con sordera y con discapacidad auditiva, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por ciento.

¹⁰⁹ El artículo 7.2 del RD 870/2007 señala tres escenarios, asignando un tercio, un quinto o un octavo, en función de si se trata de personas trabajadores con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 %, igual o superior al 33 % e inferior al 65 %, o con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 %, respectivamente. Precisa, por último, que cuando un mismo preparador laboral preste atención a más de un trabajador con discapacidad, el tiempo de atención conjunto será la suma de los tiempos de atención de cada uno de dichos trabajadores.

¹¹⁰ Véase la disposición adicional quinta del RD 270/2007.

de inserción, definidas en el marco del artículo 3.1 del RD 270/2007, y que, dicho sea de paso, no coincide con los términos de la LGDPCD¹¹¹.

3.3.2. *El empleo con apoyo como paradigma de medida de acción positiva*

Llegados a este punto, la cuestión central de este apartado consiste en determinar la naturaleza de los servicios de empleo con apoyo. A diferencia de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, la clasificación de los servicios de empleo con apoyo presenta menos dificultades, gracias al concreto desarrollo reglamentario del que goza esta materia. En mi opinión, la configuración legal de este mecanismo encaja perfectamente con la definición de medida de acción positiva incardinada en el artículo 67.1 LGDPCD, excluyéndose de ser considerado como una medida contra la discriminación. La no inclusión en la Directiva 2000/78/CE permite intuir que nos encontramos ante dicha categoría, pues se trata de una medida que proviene de la propia iniciativa española. Sin embargo, de forma idéntica a las dos medidas examinadas en este artículo, la LGDPCD no se encarga de identificar la naturaleza del empleo con apoyo, si bien fue, tras el desarrollo reglamentario contemplado en el RD 270/2007 que se encarga de apuntar tímidamente el carácter de medida de acción positiva¹¹², la primera norma del ordenamiento jurídico en reconocerlo como una modalidad de ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el medio ordinario *ex* artículo 37.2 de la LGDPCD. Los argumentos que conducen a la preceptuada clasificación parten del ámbito subjetivo del empleo con apoyo y su contenido, definidos en los artículos 3.1 y 2.2 del RD 270/2007, respectivamente, que casan perfectamente con el contenido de los artículos 67 y 68 de la LGDPCD. En efecto, la definición de medida de acción positiva (art. 67 LGDPCD) focaliza su atención en personas con discapacidad que se hallen más expuestas a situaciones de discriminación o que presenten dificultades para lograr una igualdad de oportunidades plena, y en este punto, la previsión del artículo 3.1 del RD 270/2007 es plenamente coincidente

¹¹¹ Una lectura en profundidad del artículo 3.1 del RD 270/2007 en relación con el artículo 1 de la CIDPD y 4 de la LGDPCD pone de relieve la falta de sensibilidad del legislador al modelo social de tratamiento de la discapacidad. En efecto, el concepto de persona con discapacidad con especiales dificultades de inserción previsto en el artículo 3.1 del RD 270/2007 exige, en cualquiera de sus dos acepciones, el reconocimiento del grado de discapacidad por un órgano administrativo, y, por lo tanto, tributario del modelo de tratamiento médico de la discapacidad.

¹¹² El párrafo segundo y tercero de la exposición de motivos del RD 270/2007 señala: “*Esta realidad exige la adopción de medidas específicas, que podrían considerarse de acción positiva dentro del grupo de las personas con discapacidad, ya que se trata de tratamientos más intensos y diferenciados para estimular la empleabilidad de estos grupos de trabajadores con discapacidad que tienen más dificultades de inserción laboral. Una de las medidas que puede favorecer de modo más importante la inserción de las personas con discapacidad severa en el mercado de trabajo ordinario es el empleo con apoyo*”.

con el objetivo de protección. Tal y como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 3.1 del RD 270/2007 delimita la aplicación del empleo con apoyo a grupos determinados que reúnen unas ciertas características dentro del colectivo de personas con discapacidad. El mero examen de las circunstancias contempladas en el citado precepto, que apunta a personas cuya discapacidad pueda tener un especial impacto en el acceso y mantenimiento del empleo, permite señalar el pleno encaje con la finalidad prevista para las medidas de acción positiva. A este primer argumento se suma que la materialización del empleo con apoyo (art. 2.2 del RD 270/2007) es compatible con la configuración prevista en el artículo 68 de la LGDPCD. La caracterización de las medidas de acción positiva se define legalmente como apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables (art. 68 de la LGDPCD), y en este punto, las distintas actuaciones previstas en el art. 2.2 del RD 270/2007, que tienen carácter de mínimos, tienen pleno encaje en las distintas categorías del ya citado art. 68 LGDPCD.

Por último, conviene añadir una breve observación sobre el descarte del empleo con apoyo respecto a la categoría de medida antidiscriminatoria. Esta categoría, definida en el artículo 65 LGDPCD, requiere que las medidas *tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad*. Como ya se ha detallado, el empleo con apoyo persigue ofrecer una integración laboral en el medio ordinario que mitigue las dificultades propias de acceso y mantenimiento al mercado de trabajo, y por lo tanto, no tiene una finalidad compensadora o preventiva destinada a evitar un trato peyorativo por razón de discapacidad. Se centra, pues, en materializar la prestación de servicios en el medio ordinario, ofreciendo para ello distintas facilidades o adaptaciones, que no deben ser confundidas con la obligación de realizar ajustes razonables¹¹³, que ofrecen acompañamiento, soporte y apoyo de tipología diversa, con la finalidad de estimular la empleabilidad de las personas con discapacidad que reúnen una serie de particularidades.

¹¹³El empleo con apoyo ostenta un ámbito subjetivo más reducido, que no incluye, a diferencia de la obligación de realizar ajustes razonables, a cualquier persona con discapacidad sino a aquellas personas que cumplen los requisitos del artículo 3.1 del RD 870/2007. Se suma, además, la exigencia de que sean trabajadores inscritos en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados o trabajadores con discapacidad contratados por centros especiales de empleo, al amparo del artículo 3.1 del RD 870/2007. Otra diferencia sustancial entre ambos mecanismos la encontramos en la necesaria incorporación o compromiso de contratar en plantilla a preparadores laborales especializados, que cumplan los requisitos exigidos en el artículo

4. CONCLUSIONES

La protección frente a la discapacidad como circunstancia diferenciadora ha experimentado cambios en el escenario internacional y europeo que obligan a redefinir la materialización del principio de igualdad y no discriminación en este ámbito. En este sentido, los principales detonantes que han forzado este cambio han sido tres: a) la jurisprudencia de los últimos años del TJUE, que ha implementado judicialmente el modelo social de tratamiento de la discapacidad a través de la progresiva expansión del concepto de persona con discapacidad; b) el papel que, a consecuencia de la STC 51/2021, de 15 de marzo, ha asumido el Tribunal Constitucional, que ha interpretado por primera vez las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables y la trascendencia del artículo 63 de la LGDPCD; y, c) las novedades que la LGDPCD introdujo y que, hasta el momento, han pasado ciertamente desapercibidas en el terreno jurídico, como consecuencia de la ausencia de pronunciamientos judiciales de los tribunales sobre la configuración y caracterización de las distintas medidas establecidas en los artículos 40 a 42 de la LGDPCD.

En la actualidad, es especialmente aconsejable reabrir el debate a propósito de la definición conceptual de las categorías en las que se incardinan las medidas de fomento y mantenimiento del empleo previstas en la LGDPCD, pues la doctrina constitucional sólo ha examinado la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la STC 269/1994, de 3 de octubre. Y en este sentido, si bien el Tribunal Constitucional concretó en aquella ocasión que nos encontramos ante una medida de acción positiva incardinada en el artículo 9.2 de la CE, la definición actual de este tipo de mecanismos en la LGDPCD obliga a replantear dicha calificación. No obstante, la importancia del debate es clave en supuestos de incumplimiento, pues, a tenor del artículo 63 de la LGDPCD, la calificación como medida antidiscriminatoria o medida de acción positiva conduce a la infracción del derecho a la igualdad de oportunidades, asociado al artículo 14 CE *ex* STC 51/2021, de 15 de marzo, y en consecuencia, a la posibilidad de ejercer cualquiera de las pretensiones previstas en el artículo 182.1 de la LRJS, entre las que se encuentra la petición de una indemnización de daños y perjuicios o la declaración de nulidad de la actuación de la empleadora.

Entrando a valor específicamente la naturaleza de los distintos mecanismos, la calificación que encaja mejor con la obligación de realizar ajustes razonables es la de medida antidiscriminatoria, circunstancia esta que contribuye tanto a disuadir respecto a su incumplimiento como a potenciar su ejecución. Si bien la LGDPCD, así como la Dir. 2000/78/CE, no la clasifican expresamente como tal, la STC 51/2021 se ha encargado de sostener que su incumplimiento es una infracción del derecho

7 del RD 870/2007, y, además, que el empleador disponga de los recursos materiales necesarios que garanticen un desarrollo idóneo del programa de empleo con apoyo.

a la igualdad de oportunidades, y constituye una vulneración del artículo 14 de la CE. Desde una perspectiva histórica, la LIONDAU, precedente normativo de la LGDPCD y punto de referencia por la novedosa aproximación al modelo social que supuso, integró en su art. 7 las exigencias de accesibilidad y de eliminación de obstáculos dentro de la construcción de las medidas antidiscriminatorias. A esta circunstancia se suma que la LGDPCD diferencia la definición (arts. 2.g, 2.m, 66 de la LGDPCD) y el incumplimiento de los ajustes razonables respecto a las medidas de acción positiva (art. 63.1 de la LGDPCD), ambos extremos tributarios con el planteamiento normativo de la CIDPD (apartados 23 y 25.c de la Observación general núm. 6). Paralelamente, la propia ejecución de este deber empresarial, que tiene una naturaleza casuística e individualizada, y su inclusión en una Directiva (Dir. 2000/78/CE), y por lo tanto, cuya implementación a nivel nacional es obligatoria, apuntan a reafirmar su carácter de medida antidiscriminatoria.

En segundo lugar, la cuota de reserva de puestos de trabajo presenta características que permiten calificarla no como una medida de acción positiva, sino como una medida de igualdad positiva que se incardinaría legalmente dentro de la expresión “medidas específicas”, prevista en el 5.4 de la CIDPD y el artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE. Pese a su tradicional caracterización como medida de acción positiva, consecuencia de la STC 269/1994, de 3 de octubre, los artículos 63, 67, 68 de la LGDPCD y la STC 51/2021 de 15 de marzo obligan a replantear su calificación, pues su consideración en la actualidad como medida de acción positiva implicaría que el incumplimiento de la cuota se incardinase en el marco del artículo 14 CE al amparo del artículo 63.1 LGDPCD. El argumento principal que descarta su naturaleza como medida de acción positiva, pese a aproximarse a la conceptualización prevista en el artículo 2.g de la LGDPCD, se basa en el ámbito subjetivo de las mismas al amparo del art. 67 de la LGDPCD. Este señala la necesidad de que las medidas de acción positiva se dirijan a grupos específicos con mayores necesidades de protección dentro del colectivo de personas con discapacidad, posibilidad esta recientemente confirmada por el TJUE en la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, EU:C:2021:64. La exclusión de este mecanismo como medida de acción positiva parte también de ofrecer una interpretación razonable del artículo 63 de la LGDPCD, en el sentido de evitar que, además de la sanción empresarial que puede ser impuesta por su incumplimiento *ex* 15.2 de la LISOS, deba hacerse frente a la posible petición judicial de la persona trabajadora encaminada a la reparación derivada de la infracción del artículo 14 C.E (indemnización de daños y perjuicios). Y en este punto, la categoría que mejor encaja son las denominadas medidas de igualdad positiva en el empleo, no sólo porque ofrecen una respuesta institucional general para todo el colectivo que actúa con la finalidad de eliminar un estigma sistémico asociado a la discapacidad, sino porque permite sortear las implicaciones derivadas del artículo 63 de la LGDPCD, todo ello como consecuencia de dos circunstancias claves en la dinámica de la cuota de reserva: a) el control de su cumplimiento, que recae en la Inspección

de Trabajo y de la Seguridad Social; y b) la posibilidad de imponer sanciones en situaciones de incumplimiento.

En último lugar, el empleo con apoyo constituye el paradigma de medida de acción positiva a tenor de la LGDPCD. En efecto, el encaje de este mecanismo con los artículos 67.1 y 68 de la LGDPCD es pleno, ya no sólo por la ausencia de referencias en la Dir. 2000/78/CE, sino por las circunstancias subjetivas exigidas y su contenido. El foco de atención del empleo con apoyo se diseña para grupos determinados que reúnen unas ciertas características dentro del colectivo de personas con discapacidad (art. 3.1 del RD 270/2007), y ello es plenamente coincidente con la estructura del art. 67 LGDPCD, que focaliza su atención en personas con discapacidad que se hallen más expuestas a situaciones de discriminación o que presenten dificultades para lograr una igualdad de oportunidades plena. Se suma, además, que las distintas actuaciones previstas en el art. 2.2 del RD 270/2007, que tienen carácter de mínimo, se plasman como apoyos complementarios para favorecer la integración en el medio ordinario, y casan perfectamente con la finalidad de las medidas de acción positiva, prevista en el art. 68 de la LGDPCD. Esta circunstancia justifica, a su vez, el descarte respecto a su consideración como medida antidiscriminatoria, toda vez que, como puede observarse, el empleo con apoyo no tiene una finalidad compensadora o preventiva destinada a evitar un trato peyorativo por razón de discapacidad, sino ofrecer una integración laboral en el medio ordinario que mitigue las dificultades propias de acceso y mantenimiento al mercado de trabajo.

LA SUCESIÓN DE EMPRESAS EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: UNA PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA

SERGIO YAGÜE BLANCO

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

EXTRACTO

Palabras clave: sucesión de empresa, externalización, estabilidad en el empleo

El objeto de este trabajo es revisar críticamente la institución laboral de la sucesión de empresa aplicada en el ámbito de las contratas y concesiones de obras y servicios, detectando las principales distorsiones y problemas aplicativos que existen. Tras este diagnóstico previo, se formula una propuesta de ley ferenda que, al menos, se espera que pueda aportar nuevos elementos de valoración para el debate científico. Se propone una revisión del marco normativo interno compatible con los objetivos y finalidades de la Directiva 2001/23/CE, en tanto que es más pragmático y factible que revisar la disposición europea.

ABSTRACT

Key words: transfer of undertakings, outsourcing, employment stability

The purpose of this paper is to do a critically review of the labour regulation of transfer of undertakings applied in the field of contracts and concessions of works and services, detecting the main distortions and application problems that exist. After this preliminary diagnosis, a legislative proposal is formulated which is expected to provide new elements for the scientific debate. A revision of the internal regulatory framework is proposed that is compatible with the objectives and purposes of Directive 2001/23/EC, insofar as it is more pragmatic and feasible than revising the European legislation.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. REVISIÓN CRÍTICA DEL MODELO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS APLICABLE A LAS ACTIVIDADES DESCENTRALIZADAS
 - 2.1. La sucesión de empresas de origen legal
 - 2.1.1. Reglas generales en materia de transmisión de empresas
 - 2.1.2. Cuestiones problemáticas
 - 2.2. La subrogación convencional
 - 2.3. Deficiencias del modelo legal de la transmisión de empresa
3. NUEVOS ELEMENTOS PARA EL DEBATE SOBRE UNA REFORMA LEGAL
 - 3.1. El punto de partida: la necesidad de cuestionar viejos dogmas aprendidos
 - 3.2. El riesgo empresarial como criterio determinante para la transmisión de empresa: principales manifestaciones
 - 3.3. El (re)equilibrio de los intereses empresariales y sociales
4. LA PROPUESTA NORMATIVA

1. INTRODUCCIÓN

La sucesión de empresas es una de las instituciones laborales que mayor conflictividad provoca. Con todo, son algunos tipos de operaciones de transmisión los que acaparan la gran mayoría de las resoluciones judiciales en la actualidad. Así, los cambios de titularidad que más ocupados han tenido tanto a nuestros órganos judiciales como al tribunal de Luxemburgo durante las últimas décadas son las transmisiones de empresa en el concurso de acreedores, en la sustitución de la empresa explotadora de una contrata o concesión administrativa y en la reversión de la actividad previamente externalizada por una entidad del sector público.

Sin lugar a dudas, las dos últimas se llevan la palma. En realidad, la problemática es la misma y puede encuadrarse dentro de la compleja acomodación de las previsiones normativas sobre sucesión de empresas a la descentralización productiva, solo que el carácter público de la empresa cesionaria provoca la interferencia con un nutrido grupo de normas administrativas que exigen matizar la aplicación de la legislación laboral.

En cualquier caso, bien es sabido que ni el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores ni la Directiva 2001/23/CE que transpone fueron diseñados para aplicarse a este tipo de transmisiones¹. Ni estas normas citadas que componen el marco jurídico básico actual ni, lógicamente, sus precedentes normativos. Sobre la Directiva original se inició, a mitad de la década de los noventa, un largo proceso

¹ *Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad, que codifica la Directiva 1977/187/CEE del Consejo de 14 de febrero y la Directiva 1998/50/CE del Consejo de 29 de junio mediante la cual se reformó la primera.*

de modificación que, en esencia, pretendía resolver las distorsiones que los nuevos modelos de organización de la producción estaban causando en su aplicación². La valoración que puede hacerse de aquella reforma no es, en absoluto, positiva. Ante la complejidad del asunto, las instituciones comunitarias adoptaron una solución tibia, neutra y poco comprometida³. Pero más decepcionante todavía fue la única adaptación que se hizo del precepto estatutario pues, el legislador estatal, apremiado por cumplir con el plazo de transposición de la Directiva 98/50/CE, dejó de lado cualquier proceso reflexivo, crítico o creativo y se limitó a transcribir, casi literalmente, la disposición europea⁴.

Más de treinta años después el marco normativo se mantiene inalterado y no será porque el mismo se haya erigido como un paradigma de eficacia jurídica, pues el ingente volumen de resoluciones judiciales permite corroborar que no lo es. La doctrina científica ha convergido pacíficamente al destacar su carácter insuficiente, obsoleto e inadaptado al cambiante contexto económico (Moreno Gené, 2003, p. 13; Del Rey Guanter, Martínez Fons y Serrano Olivares, 2005, p. 221). A mayor abundamiento, lo que entonces era un fenómeno productivo incipiente, a fecha de hoy ha adquirido una dimensión cualitativa y cuantitativa impensable, desbordando la capacidad de una norma «generalista» que aspira a ser aplicada a cualquier tipo de transmisión. En consecuencia, el juzgador se enfrenta a la compleja tarea de seleccionar adecuadamente los criterios hermenéuticos que deben ser aplicables a una concreta operación de traspaso, de entre una profusa jurisprudencia con décadas de trayectoria evolutiva y con innumerables ramificaciones o criterios específicos

² El proceso se inició a raíz de la STJUE de 14 de abril de 1994, *Schmidt*, asunto C-392/92 en la cual en TJUE consideró que hubo sucesión empresarial ante la mera externalización de una actividad de limpieza, sin que se transmitiese al nuevo empresario elemento material, inmaterial o personal alguno.

³ Si bien el proyecto de reforma excluía el traspaso de una única función de la empresa (DOCE n.º C 274 de 01-10-94), sendos dictámenes del Comité Económico y Social (DOCE n.º C 133 de 31-05-95) y del Comité de las Regiones (DOCE n.º L 100 de 02-04-96) alertaron de que la exclusión de los procesos de subcontratación no solo produciría un retroceso en los objetivos de protección social de la norma europea, sino que podría incurrirse, además, en una discriminación indirecta por género, pues estadísticamente dejaba fuera de su campo de aplicación de manera desproporcionada sectores de actividad altamente feminizados. De modo que la redacción inicial se sustituyó por el actual art. 1.1.b Directiva 2001/23/CE que ni incluye ni excluye *per se* el cambio de empresa gestora de las actividades externalizadas.

⁴ En la legislación española la institución está presente desde la *Ley de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo*. Con escasos ajustes técnicos basados en la primera jurisprudencia sobre la materia pasó al *Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el Texto Refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo*. La siguiente modificación se hizo ya en la *Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales* y de esta pasó sin alteración alguna al Estatuto de los Trabajadores de 1980. Y así permaneció hasta la *Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo* mediante la cual se adaptó el art. 44 ET a la Directiva 1998/50/CE.

que son oportunos solo en algunas operaciones concretas de transmisión. Con el agravante, además, de la existencia de un doble ámbito interpretativo.

Con todo, el papel de la jurisprudencia ha sido clave para determinar cuándo una operación de externalización, cambio de contratista o concesionaria y reversión de la actividad constituyen una sucesión de empresa. Si bien, no puede afirmarse que su evolución interpretativa haya sido precisamente clara y unívoca, pues no han faltado saltos interpretativos causados, principalmente, por las tensiones dialécticas entre el pretor comunitario y el máximo intérprete español. Y es que ambos Tribunales han mostrado sensibilidades bien diferentes al aplicar una norma que, por su ambigüedad, posibilita interpretaciones discordantes.

Así, el TJUE ha sido más proclive a extender la Directiva a este tipo de traspasos mediante una interpretación flexible y finalista de su ámbito de aplicación que toma en cuenta las nuevas realidades productivas. Como se ha destacado por voces muy autorizadas, aunque el objetivo primario de la Unión Europea fuera eminentemente el económico, el intérprete europeo ha sabido reforzar la dimensión social de la norma a través de sus pronunciamientos en asuntos prejudiciales (Valdés Dal-Ré, 2001, p. 14).

Algo similar, pero en sentido contrario, ocurre en el plano nacional, pues aunque el objetivo originario y prioritario de la normativa española fue la estabilidad en el empleo (Montoya Melgar, 1978, p. 54; González Biedma, 1989, p. 39 y ss.), en las últimas décadas la jurisprudencia ha tratado de equilibrar la balanza atendiendo a los intereses empresariales y económicos, toda vez que ha explorado «vías de escape» en la inaplicación de la legislación sobre transmisión de empresas. Tendencia, esta última, que resulta palmaria en los supuestos de contrata y concesiones donde se ha llegado a hablar de un «vaciamiento relativo» del supuesto de hecho (Monereo Pérez, 2017, p. 4/42).

Habida cuenta de la elevada conflictividad y escasa seguridad jurídica que supone aplicar las reglas sobre transmisión de empresas en los supuestos indicados, consideramos que es necesaria una regulación específica que responda a las particularidades de las contrata y subcontrata. El objeto de este trabajo es, por consiguiente, revisar críticamente la institución laboral y formular una propuesta de *lege ferenda* que, si bien no pretende erigirse como una solución irrefutable para resolver la cuestión de fondo, se espera que pueda aportar nuevos elementos de valoración para el debate científico.

Antes de ello, una cuestión previa, relativa al ámbito de la reforma sugerida. Es indudable que lo deseable sería revisar la disposición europea. Sin embargo, no parece esperable en el medio plazo a la luz de la satisfacción que exhiben las instituciones europeas con la norma. Así, entienden que aquella proporciona una respuesta «global» y «transversal» para los cambios de titularidad de la empresa más actuales, incluida la externalización productiva y también cuando la misma se lleva a cabo en el marco de la contratación pública. Este es el sentir general que se

desprende de los considerandos y del propio articulado una serie de disposiciones comunitarias de muy diversa índole en las que se reafirma su plena vigencia, eficacia y utilidad para conciliar los intereses en juego y garantizar el buen funcionamiento del mercado común europeo⁵. En consecuencia, ante las distorsiones y problemas aplicativos que pueda suscitar en sede nacional, parece más pragmático y factible tratar de buscar un cambio normativo interno que sea compatible con los objetivos y finalidades de la Directiva 2001/23/CE.

2. REVISIÓN CRÍTICA DEL MODELO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS APLICABLE A LAS ACTIVIDADES DESCENTRALIZADAS

2.1. La sucesión de empresas de origen legal

2.1.1. Reglas generales en materia de transmisión de empresas

- a) Para que tenga lugar una transmisión de empresas en el sentido del art. 1 de la Directiva 2001/23/CE y del art. 44 ET es necesario que se transmita una «entidad económica» que «mantenga su identidad», entendida esta como un conjunto de

⁵ Véanse: *Memorandum from the Commission: On acquired rights of workers in cases of Transfers of Undertakings* [Brussels, 04-03-97; COM (97) 85 final]; *Commission Services' Working Document: Memorandum on rights of workers in cases of Transfers of Undertakings*; *Informe de la Comisión acerca de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001* [Bruselas, 18-0-07; COM(2007) 334 final]; *Resolución del Parlamento Europeo sobre las reestructuraciones y el empleo* (DOUE n.º C 291 E de 30-11-06); *Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones para presentar el Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración* [Bruselas, 13-12-13; COM (2013) 882 final]; *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132*; *Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2016, sobre el dumping social en la Unión Europea* (DOUE n.º C 204 de 13-06-18). Incluso, en el ámbito de ciertos Reglamentos destinados a la ordenación de diversos servicios económicos permiten que, ante un cambio de operador de servicios público, el organismo contratante exija la empresa entrante que aplique, por su propia voluntad y sin concurrir el supuesto de hecho, las garantías de la Directiva 2001/23/CE como cláusula social en la contratación pública. Por ejemplo, *Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril*; *Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos*.

medios organizados con la finalidad de llevar a cabo una actividad económica. Tras una larga evolución interpretativa tanto la jurisprudencia comunitaria e interna convergen pacíficamente al entender que, a grandes rasgos, esto ocurre cuando la transmisión se produzca en alguno de los siguientes términos:

- Cuando para la realización de la actividad se precise un conjunto de bienes patrimoniales dotado de autonomía funcional y se constate que el empresario cesionario continúa o reanuda la explotación con la misma infraestructura o los mismos factores productivos que ya empleaba el cedente –con la misma entidad económica–. Esta transmisión de medios permite entender que la organización empresarial es idéntica (mantiene la identidad) tras el cambio de empresario y, gracias a ello, la actividad económica puede seguir desarrollándose en los mismos términos, mitigando el riesgo que el empresario asumiría al emprender una actividad empresarial desde cero. Por tanto, para valorar si lo transmitido conserva la identidad se recurrirá al análisis del total de circunstancias de hecho que hayan caracterizado la operación, entre otras, la transmisión o no de bienes muebles o inmuebles, la presencia de activos intangibles y su valor, la contratación de la plantilla del cedente, la transmisión de su clientela, la analogía o similitud de la actividad antes y después de la operación, o una eventual suspensión⁶. Es decir, el tribunal ha de evaluar de forma conjunta una serie de indicios, con carácter abierto y no exhaustivo⁷, que le permitan deducir que se ha transmitido una empresa o una parte de la misma cuyo funcionamiento esté basado en equipamiento patrimonial.
- Ahora bien, cuando la realización de la actividad no precise un equipamiento patrimonial y solo requiera para su realización un conjunto de trabajadores organizados de forma estable esta organización de personas constituirá la entidad económica transmisible. En estos casos, la identidad se conservará si puede constatarse que la empresa cesionaria continúa explotando la actividad valiéndose de los mismos trabajadores que ya empleaba la empresa cedente –el conjunto de medios (personales) organizados o entidad económica–⁸. En este caso, la «asunción de la plantilla» será el

⁶ Entre otras: SSTJUE de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, asunto C-24/85; de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C-172/99; de 9 de septiembre de 2015, *Joao Filipe*, asunto C-160/14. Doctrina comunitaria incorporada al acervo jurisprudencial interno por, entre otras, las SSTs de 28 de abril de 2009, rec. 4614/07; de 23 de octubre de 2009, rec. 2684/08; o de 27 de abril de 2015, rec. 348/14.

⁷ De hecho, en ocasiones, se han considerado otros indicios. Véanse las SSTJUE de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo*, asuntos C-173 y 247/96; de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, asunto C-234/98; de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99.

⁸ Entre otras, las SSTJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, asunto C-13/95; de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo*, asunto C-60/17. En sede nacional, por ejemplo, la STS de 22 de enero de 2019, rec. 3975/16.

criterio determinante y único para aplicar las previsiones sobre sucesión de empresa. No obstante, esta doctrina se aplicará de forma subsidiaria, esto es, cuando no haya ningún otro medio de producción transmisible además del factor humano⁹.

- b) En síntesis, la entidad económica comprende el conjunto de personas y elementos que permiten el ejercicio de una determinada actividad empresarial. Sin embargo, la jurisprudencia tradicional del TJUE –asumida plenamente, aunque con algunas resistencias iniciales, por el Supremo– ha configurado la entidad económica como una realidad «dicotómica», según sirva para explotar una «actividad que se apoye fundamentalmente en equipamiento patrimonial» o una «actividad que se base esencialmente en la mano de obra». De modo que en aquellas actividades que requieran de instalaciones o bienes patrimoniales importantes lo determinante será que estos se adquieran o recuperen para poder continuar con ellos la prestación de la actividad. Mientras que en sectores basados en la mano de obra será necesario continuar explotando la actividad sin solución de continuidad y haciéndose cargo de una parte esencial de la plantilla de la empresa que cesa en su explotación. Así pues, la primera tarea que debe ocupar al órgano judicial es realizar una previa identificación y del tipo de actividad y, en función del tipo de que se trate, examinar si se han transmitido los medios productivos pertinentes que permitan concluir que se ha transmitido una empresa¹⁰.

2.1.2. Cuestiones problemáticas

Esta inicial convergencia entre ambas jurisprudencias no implica que la cuestión quede exenta de ciertos «matices» en su aplicación práctica. Matices, estos, que no son otra cosa que la consecuencia de las distintas sensibilidades en torno la institución laboral y la evolución que consecuentemente han seguido ambos tribunales. Así, hay determinados aspectos divergentes en la jurisprudencia social, que posibilitan que tanto la doctrina «tradicional» sobre sucesión de empresas como la específica de la «sucesión de plantillas» acumulen numerosos conflictos interpretativos en la práctica.

- a) Para empezar, se han detectado ciertos problemas a la hora de calificar la actividad como basada en equipamiento o en mano de obra y, por ende, para exigir unos u otros requisitos desencadenantes de la transmisión. Sobre todo, ocurre en aquellos casos en los que la infraestructura patrimonial necesaria para prestar la actividad la aporta la empresa principal o cuando hay activos

⁹ SSTs de 29 de enero, de 3 de marzo y de 24 de septiembre de 2020, rec. 2914, 3439/17; y 300/18.

¹⁰ STJUE de 19 de octubre de 2017, *Securitas*, asunto C-200/16, ap. 27-30.

patrimoniales de difícil valoración (Beltrán de Heredia Ruiz, 2017, p. 22). En consecuencia, se ha llegado a entender que la actividad descansa en la mano de obra, obviando la presencia de unos elementos materiales que, si bien no los aporta esta última empresa o no son tangibles, no dejan de ser imprescindibles para la ejecución de la actividad contratada¹¹. Es decir, ha de quedar claro de que el hecho de que la empresa contratista solo aporte un conjunto de trabajadores organizados no significa que la actividad sea necesariamente intensiva en mano de obra. La consecuencia inmediata será que, no existiendo norma pactada que imponga la subrogación o acto voluntario de la nueva empresa de asumir a la plantilla, el tribunal no apreciará la transmisión de una entidad económica por la falta de estimación de estos activos, abocando a la plantilla de la empresa cedente al despido.

- b) Una vez situados en el seno de las actividades basadas en equipamiento aparecen también numerosos conflictos jurídicos que complican el análisis judicial.
- En primer lugar, la puesta a disposición de los elementos necesarios para la ejecución también ha sido equívoca al margen de la mencionada dificultad para deslindar entre actividades materializadas y desmaterializadas. Y es que, aun no siendo dubitativo el carácter patrimonial de la entidad, se ha llegado a entender que la falta de traslación dominical de la propiedad impedía apreciar la transmisión de empresa¹². Dicho con otras palabras, la mera cesión del uso de bienes del activo material por parte de la empresa principal para que el contratista explote la actividad –y en su caso la recuperación tras la extinción de la contrata– daba lugar al entendido (erróneo) de que no se produce desplazamiento patrimonial alguno susceptible de actualizar el supuesto normativo¹³.
 - Por otro lado, es igualmente peliaguda la tarea de evaluar la sucesión de empresa mediante el traspaso de activos inmateriales o intangibles conformados generalmente por derechos de propiedad industrial o intelectual (por ejemplo, los derechos de explotación de un *software* desarrollado para la empresa cliente). Con frecuencia, pueden encontrarse

¹¹ Con mayor detalle me remito a un estudio previo ya publicado y a las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales allí citadas (Yagüe Blanco, 2018b).

¹² Sobre esta cuestión, me remito a otro estudio y, de igual modo, a las fuentes que analicé y cité en él (Yagüe Blanco, 2018a, p. 998 y ss.).

¹³ Aunque en la actualidad es una cuestión ya resuelta, hasta hace bien poco, en el ámbito de la recuperación de la gestión de servicios públicos externalizados, no era difícil encontrar sentencias de diversos tribunales superiores de justicia que llegaban a conclusiones diferentes frente a supuestos de hecho equiparables. Hasta las SSTs de 19 de septiembre de 2017 (rec. 2612, 2629, 2650, 2832/16), nuestra doctrina jurisprudencial desoía el criterio contenido en la STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF*, asunto C-509/14 y en otras muchas anteriores del Tribunal de Justicia.

sentencias que no tienen en cuenta la relevancia económica que suelen tener estos activos, por lo que ante la ausencia o falta de transmisión de activos materiales, consideran que la actividad es intensiva en mano de obra¹⁴. Ahora bien, se percibe una incipiente línea hermenéutica que cada vez toma más en consideración estos activos al enjuiciar la existencia de una transmisión empresarial¹⁵. Tanto es así que, recientemente, el TJUE ha destacado la posibilidad de que junto con la «entidad económica basada en equipamiento patrimonial» y la «entidad económica que descansa sobre la mano de obra» pueda coexistir también un tercer tipo de «entidad económica que descansa en equipamiento inmaterial», siendo estos últimos los que permiten el verdadero mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión, aun cuando no se traspasen bienes tangibles ni se asuma a la plantilla de la empresa saliente¹⁶.

- Una dinámica similar se observa respecto a la transmisión de la clientela, factor que siempre ha estado incluido en el clásico listado de indicios proporcionado por el Tribunal de Justicia para constatar si ha tenido lugar una sucesión empresarial. Pero lo cierto es que ha recibido una atención escasa, salvo en supuestos de transmisiones de empresa negociadas con tracto directo en las que se cuantifica el fondo de comercio como activo patrimonial transmisible. Para el TJUE, en algún asunto prejudicial, ha sido un factor coadyuvante para comprender la operación incluida en el campo de aplicación de la Directiva el hecho de que la clientela estuviese «cautiva» en el marco de un cambio de adjudicatario en la prestación de servicios públicos de carácter económico¹⁷. Incluso, cuando el concepto de cliente no es estricto y hace más bien referencia a sujetos usuarios del

¹⁴ STS de 27 de abril de 2015, rec. 348/14. En el mismo sentido, SSTSJ I. Baleares de 3 de febrero de 2017, proc. 7/16 (confirmada por STS de 2 de octubre de 2018, rec. 155/17) y de 1 de junio de 2020, rec. 433/19 (firme por ATS de 25 de febrero de 2021, rec. 2197/20) (Yagüe Blanco, 2018a, p. 1002).

¹⁵ Véase la STS de 20 de mayo de 2021, rec. 145/20. También, STSJ Asturias de 21 de marzo de 2017, rec. 6/17; STSJ País Vasco de 25 de abril de 2017, rec. 754/17; STSJ Galicia de 5 de abril de 2011, rec. 2957/07.

¹⁶ STJUE de 8 de mayo de 2019, *Dodic*, asunto C-194/18. Se trata de una actividad de servicios de inversión que, tras cesar en ella el Banco que la prestaba, cede a otra entidad financiera al amparo de lo dispuesto en una Ley nacional los instrumentos financieros y demás activos gestionados para los clientes, la gestión de la contabilidad, servicios de inversión y servicios accesorios, así como la tenencia de archivos como la documentación relativa a los servicios y las actividades prestadas a los clientes.

¹⁷ SSTJUE de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C-172/99; de 20 de noviembre de 2003, *Carlito Abler*, asunto C-340/01.

servicio como pacientes o alumnos¹⁸. Pero más recientemente ha dado un paso importante en el que considera que la cesión de la clientela puede ser un elemento clave y decisivo para que se produzca una transmisión de empresa¹⁹. También en el ámbito interno comienzan a aparecer sentencias en las que la transmisión de la clientela resulta crucial para imponer la subrogación laboral²⁰.

- Y, en fin, una cuestión reciente sobre esta compleja jurisprudencia es la relativa a la posible interrupción de la actividad y su ulterior reanudación. El hecho de que haya un cese de actividad en la contrata o concesión y, tras un periodo de tiempo, la actividad se reanude por una nueva empresa adjudicataria o por la empresa principal tras reasumir la gestión de la actividad, plantea algunos problemas.

El primero consiste en determinar cómo influye el tiempo de suspensión de la actividad sobre el mantenimiento de la identidad de la empresa transmitida. Recuérdesse que no es imprescindible que la entidad se encuentre en funcionamiento en el momento del traspaso, ya que de ser así el fraude estaría garantizado²¹. Pero, por otro lado, no hay un parámetro legal que precise con certeza cuánto tiempo puede transcurrir para que se produzca una transmisión de empresa si se reanuda la actividad. Ante este estado de cosas, la interrupción de la actividad debería abocar a un análisis minucioso que tenga en consideración determinadas circunstancias fácticas como la causa del cese temporal, la posible estacionalidad de la actividad, la vocación de continuidad de la misma, el mantenimiento o pérdida de las relaciones comerciales, su afectación a la imagen externa o marca de

¹⁸ SSTJUE de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stitching*, asunto C- 29/91; de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-60/17.

¹⁹ Aunque se trata del mismo asunto citado sobre la transmisión de elementos financieros intangibles, considero que el verdadero *leit motiv* del asunto es la «cesión de la clientela», pues el TJUE considera que la cesión de clientes es el elemento determinante para la calificación como transmisión de empresa. Así, parece que la sentencia destaca como hecho desencadenante que la entidad cesante informara a sus clientes de la operación y de la posibilidad que tenían de dirigirse a la nueva empresa, ofreciéndoles ventajas particulares, y que el 91% de estos clientes aceptaran (STJUE de 8 de mayo de 2019, *Dodic*, ap. 46).

²⁰ SSTSJ País Vasco de 4 y 7 de enero de 2021, rec. 1496 y 1454/20. Aunque, obviamente, todavía son mucho más numerosas las que descartan la valoración de este elemento fáctico (STSJ Extremadura de 14 y 18 de febrero de 2019, rec. 20 y 22/19; STSJ Aragón de 3 de julio de 2019, rec. 335/19, etc.)

²¹ Desde antiguo así lo entiende el Tribunal Supremo: SSTS de 20 de marzo y de 30 de noviembre de 1950; de 31 de marzo de 1951; de 14 de febrero de 1952; de 4 de julio de 1957; de 22 de enero de 1961; de 10 de diciembre de 1973. En el mismo sentido: SSTJUE de 15 de diciembre de 2005, *Nurten Güney-Görres*, asuntos C-232 y 233/04; de 6 de marzo de 2014, *Lorenzo Amatori*, asunto C-458/12.

la empresa, el carácter precedero o no del producto o servicio ofrecido, etc.²². Sin embargo, dicho análisis no siempre se realiza –o al menos no de forma explícita– en la mayoría de fallos judiciales. En cualquier caso, importantes y recientes sentencias dejan claro que una suspensión de la actividad durante un lapso considerable no enerva la existencia de transmisión empresarial si concurren el resto de circunstancias decisivas²³.

Cuestión diferente es el segundo de los problemas anunciados. Y es que, aun cuando se constate que se ha producido una sucesión de empresa, para que opere la garantía de subrogación del nuevo empresario en las relaciones laborales, estas deben estar vigentes en la fecha de la transmisión²⁴. Por ello, en el reciente asunto comunitario *Colino Sigüenza* el Tribunal de la Unión admite, pese a constatar una efectiva transmisión de empresa ante la adjudicación del servicio municipal de escuela musical cinco meses después del abandono del anterior adjudicatario, que la nueva empresa concesionaria no estaba obligada a subrogarse en las relaciones laborales. Y es que, la Directiva no impide que puedan realizarse extinciones contractuales por razones económicas, técnicas u organizativas, tanto anteriores al traspaso realizadas por el cedente como posteriores acometidas por el cesionario. En ese concreto asunto se constató la existencia de causa económica motivadora del despido sin que pudiera trazarse ninguna conexión entre la concurrencia de la causa y el encubrimiento de una posterior transmisión. Ahora bien, si el órgano judicial estimara que los trabajadores fueron despedidos por la empresa cedente por la mera causa del traspaso, aquellos deberían considerarse empleados en el momento de perfeccionarse y, con ello, operaría la subrogación de pleno derecho. Por ello, los trabajadores deben poder invocar frente al nuevo empresario la ilegalidad de su despido, para que el tribunal pueda realizar un análisis causal de la extinción y así dirimir si esta fue producida por una causa objetiva o con el fin de evitar la transmisión²⁵.

Pero es importante diferenciar entre que la operación de cambio de titularidad de la empresa describa una transmisión de empresa y que no pueda operar la garantía de la subrogación contractual porque las relaciones laborales no se encuentren ya «vigentes»²⁶. Una y otra cosa no son lo mismo

²² Un ejemplo paradigmático de análisis es el de la STSJ Extremadura de 9 de marzo de 2005, rec. 13/05.

²³ STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*; STS de 22 de abril de 2021, rec. 148/20 (6 meses).

²⁴ STS de 16 de julio de 2003, rec. 2343/02; STJUE de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16.

²⁵ STJUE de 12 de marzo de 1998, *Dethier Équipement*, asunto C-319/94.

²⁶ La diferencia se aprecia perfectamente en la STS de 27 de octubre de 2017, rec. 4241/15.

y confundirlas puede menoscabar las posibilidades de defensa judicial de los trabajadores afectados. En este sentido, en la jurisprudencia nacional emerge una línea interpretativa que entiende que no puede producirse una sucesión de empresa si los contratos ya están previamente extinguidos²⁷, lo que implica las pretensiones judiciales que el trabajador pueda ejercer contra la empresa cesionaria decaigan automáticamente. Téngase en cuenta que aunque la finalización de la contrata puede constituir causa productiva y organizativa justificativa del despido objetivo o colectivo²⁸, una posterior reanudación de la actividad con la correspondiente obligación de subrogación legal o convencionalmente establecida puede «descausalizar» el despido²⁹. Por tanto, la interpretación restrictiva que analizamos puede impedir que el trabajador ejercite sus acciones contra la nueva empresa para acreditar que su despido no debió llevarse a cabo y que persiste su derecho a ser subrogado³⁰.

Por otro lado, recuérdese que en el derecho interno, aun cuando el nuevo empresario no quede obligado a subrogar a la plantilla, no queda exento de responder solidariamente de las obligaciones pendientes de satisfacer o de las consecuencias de un despido anterior que nada tuvo que ver con el traspaso³¹. Por más cuestionable que sea este entendimiento de la responsabilidad solidaria –como más adelante expondré–, la negativa a valorar judicialmente la existencia de transmisión de empresa por la extinción previa de los contratos de trabajo es contraria a la doctrina europea.

Y, en fin, tampoco hay una postura unívoca en torno a si el requisito para la transmisión es la continuación efectiva de la actividad o la remota posibilidad de estar en disposición de hacerlo. La postura mayoritaria el Tribunal Supremo y el actual criterio del TJUE es que, como premisa para el mantenimiento de la identidad, la actividad ha de continuar prestándose, no pudiendo desencadenar la transmisión una simple reversión de medios

²⁷ Iniciada por las SSTS de 27 de abril de 2016 (3), rec. 329, 335 y 336/15 y consolidada posteriormente por la STS de 7 de octubre de 2017, rec. 2389/15. Aunque entre unos y el otro caso hay diferencias sustanciales, pues mientras que el primero se trata de una actividad intensiva en mano de obra en la que la empresa no asumió una parte esencial de la plantilla voluntariamente ni obligada por el convenio, la segunda se trata de una actividad materializada en la que sí se produjo una efectiva transmisión de empresa. Con todo, las sentencias de abril de 2017 cuentan con un importante y fundado voto particular que cuestionan el posicionamiento mayoritario de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

²⁸ Por todas, SSTS de 7 de junio de 2007, rec. 191/06; de 13 de mayo de 2019, rec. 246/18.

²⁹ STS de 9 de enero de 2019, rec. 108/18.

³⁰ En este sentido el voto particular de las SSTS de 27 de abril de 2016 (antes citadas).

³¹ STS de 30 de noviembre de 2016, rec. 825/15.

o equipamiento sin continuar efectivamente el servicio³². Ahora bien, también hay una línea hermenéutica que impone las consecuencias de la transmisión aunque no se reanude la explotación con la finalidad de evitar el fraude de Ley, sobre todo en supuestos de recuperación de la infraestructura cedida por la empresa principal³³.

- c) No menos numerosos y complejos son los problemas que pueden presentarse en el marco de la doctrina de la «sucesión de plantillas». Cuestiones como concretar qué es exactamente una parte esencial de la plantilla –hallar un equilibrio entre el elemento cuantitativo y cualitativo de la misma (“en términos de número y competencias”)– o el ámbito en que debe apreciarse cuando la contrata comprende la prestación de servicios en varios centros de la empresa principal, capitalizan el análisis para dirimir si deben aplicarse o no las garantías de la normativa laboral (Beltrán de Heredia Ruiz, 2017, p. 23/40 y ss.)³⁴. El Tribunal Supremo acaba de pronunciarse sobre la delimitación y concreción de la noción de «parte esencial de la plantilla» en un supuesto en el que la empresa entrante solo asume el 40% de la plantilla (2 de 5 trabajadores; si bien otro 40% es asumido por otra nueva adjudicataria debido a una división del objeto de la contrata)³⁵. En este sentido advierte que “en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo

³² SSTs de 17 de noviembre de 2014, rec. 79/14; de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; de 19 de mayo de 2015, rec. 358/14. STJUE de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86.

³³ SSTs de 5 de febrero de 1991; de 16 de mayo de 1990. Doctrina recogida en numerosas sentencias en suplicación (STSJ Madrid de 27 de septiembre de 2019, rec. 289/19; SSTSJ Asturias de 22 de marzo de 2018 (6), rec. 3282/17, 117, 181, 182, 263 y 297/18, entre otras).

³⁴ Todas estas y muchas más cuestiones analizadas en el constantemente actualizado índice sistemático de jurisprudencia que alberga el blog del autor (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021).

³⁵ STS de 15 de diciembre de 2021, rec. 4236/19. El caso versa sobre la externalización de los servicios auxiliares de una comunidad de propietarios que contaba con 5 trabajadores para cubrir un puesto de trabajo 24h y otro de 22:00 a 6:00h, ambos con carácter diario. El objeto de la contrata se divide en dos con la nueva adjudicación, encargando a una empresa de seguridad y vigilancia que cubra un puesto de trabajo de carácter diario de vigilante de seguridad sin arma de 19:00 a 7:00h y a otra empresa de servicios un puesto de auxiliar de 07:00 a 19:00h todos los días. La primera subroga dos trabajadores y la segunda otros dos, por lo que el trabajador restante acciona por despido. En instancia se desestimó la subrogación condenando por despido improcedente a la empresa saliente. En suplicación se confirmó este pronunciamiento, aunque la empresa saliente condenada solo dirigió su pretensión contra la empresa entrante que se ocupaba del área de servicios (turno diario) que subrogó a 2 de los 5 trabajadores (40%). El TS imputa las consecuencias del despido a dicha contratista entrante con base en los siguientes criterios argumentales: 1) Se produce una sucesión de plantilla; 2) La reducción del objeto de la contrata implica, conforme a una consolidada doctrina, que el nuevo empresario está obligado a subrogar a la totalidad de la plantilla y proceder posteriormente a despedir al excedente de plantilla; y 3) Las circunstancias del caso revelan que las horas a cubrir conforme a la nueva configuración del objeto de la contrata precisan más de dos trabajadores.

al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda” remarcando “la trascendencia del análisis del número y competencias de la plantilla objeto de incorporación por la mercantil entrante”. Al respecto, hace referencia a ciertos parámetros cuantitativos y/o cualitativos empleados en el pasado en la jurisprudencia social, sin negar, por supuesto, la preeminencia de los primeros salvo contadas excepciones³⁶. En consecuencia, determina que el hecho de que «el factor o elemento meramente numérico» no alcance la mitad de la plantilla, no puede condicionar la transmisión cuando “es esencial el personal en el desempeño y permanencia de los servicios auxiliares que han venido conformando la entidad económica objeto de sucesión, atendidas las condiciones de la prestación y el principio de estabilidad en el empleo”. De este modo, se asocia “la cuantía con la entidad o competencia en el desempeño de los servicios, componentes que aparecen así íntimamente relacionados, lo que evidencia la insuficiencia de examinar de manera aislada el *quatum* personal objeto de asunción, salvo cuando el alcance de la plantilla incorporada sea tan sustancial o relevante en sí mismo que permita soslayar el análisis de sus competencias”.

Aunque, sin lugar a dudas, la cuestión más difícil de digerir por nuestro Tribunal Supremo ha sido la relativa a las interferencias o distorsiones que produce la sucesión de plantillas entre el alcance y los efectos de la subrogación pactada en los convenios colectivos y la subrogación legal, como a continuación se dirá.

Por otro lado, una reciente sentencia del TJUE parece alterar las bases dogmáticas de la doctrina sobre sucesión de plantillas. Recuérdese que, como se dijo, opera solo de manera subsidiaria ante la inexistencia de otros activos patrimoniales transmisibles. Así, deben concurrir dos presupuestos: 1) que la actividad sea intensiva en mano de obra; y 2) que el nuevo empresario asuma una parte esencial de la plantilla del empresario saliente. En consecuencia, no habrá transmisión de empresa cuando el nuevo empresario asuma una parte esencial (o total) de la plantilla pero la actividad descansa en activos patrimoniales, o cuando descansa sobre la mano de obra pero la plantilla asumida no sea «esencial». Pues bien, pese a ello, recientemente el Tribunal europeo ha considerado que hay transmisión en un cambio de concesionario del servicio público de transporte de autobús cuando el equipamiento patrimonial no sea transferido (los vehículos) pero el nuevo concesionario contrate a una parte esencial de la plantilla³⁷. Con todo, lo cierto es que la aplicación de esta doctrina más allá de las actividades intensivas

³⁶ STS de 9 de abril de 2013, rec. 1435/12 en la cual se entendió que hubo sucesión empresarial aunque se subrogó a 3 de 7 trabajadores, pues el número de personas “no representa meramente un 50% o menos sino que en realidad es parte esencial para el desempeño de la actividad si nos atenemos a las condiciones en la que la misma se lleva a cabo”.

³⁷ STJUE de 27 de febrero de 2020, *Grafe y Pohle*, asunto C-298/18.

en mano de obra requiere, a mi juicio, de dos premisas implícitas en el asunto prejudicial: la imposibilidad fáctica de transmisión de la infraestructura y la existencia de una plantilla altamente cualificada y experimentada, esto es, la transmisión de *know how*³⁸.

2.2. La subrogación convencional

La normativa sectorial, desde los tiempos de las antiguas ordenanzas laborales, viene recogiendo ciertas previsiones para garantizar la estabilidad en el empleo en los cambios de empresas contratistas. Estas garantías sectoriales, hoy contenidas en la negociación colectiva, surgen para paliar las lagunas de protección que presenta el art. 44 ET aplicable, tradicionalmente, a un modelo de empresa básicamente patrimonial. Así, son habituales en los convenios de actividades del sector servicios altamente precarizadas y que no requieren activos importantes (limpieza, vigilancia, jardinería, etc.)³⁹.

En consecuencia, se consolida durante años un modelo «bifocal» de tutela laboral ante cambios de empleador: los trabajadores ocupados en actividades de corte industrial cuentan con las garantías ordenadas por precepto estatutario, mientras que aquellos que trabajan para empresas del sector servicios pueden conservar su empleo si el convenio colectivo así lo establece (Yagüe Blanco, 2019b, p. 44).

En este orden de cosas, se entiende la intervención normativa de la negociación colectiva como un tipo de subrogación *sui generis* cuyos efectos no derivan de la aplicación del art. 44 ET, sino de la fuerza de obligar de los convenios colectivos a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación (art. 82.3 ET). Así, teniendo en cuenta el carácter de derecho mínimo necesario que tiene la norma legal, el convenio puede mejorar la protección estableciendo un régimen de garantías laborales más favorable en los casos en que resulte aplicable la ley, o puede ampliarla a supuestos que quedan extramuros de su campo de aplicación (Sala Franco y Pedrajas Moreno, 2010, p. 400).

Pero este tipo de cláusulas se han caracterizado por su falta de homogeneidad, tanto en lo que respecta al conjunto de garantías que suelen contemplar como a los requisitos para que opere la subrogación (Sanguinetti Raymond, 2006). Por un lado, en cuanto a las consecuencias reguladas, es habitual que tengan un alcance material más limitado que las previstas en el ET (como imputar a cada empresario los créditos laborales derivados de su periodo de ejecución de la contrata). Incluso, su alcance puede ser más restrictivo también desde un ámbito subjetivo, siendo

³⁸ Véanse las SSTs de 24 de septiembre de 2020, rec. 300/18; de 22 de enero de 2019, rec. 3975/16.

³⁹ Aunque luego se han extendido también a actividades basadas en equipamiento. Véase el listado contenido en la STSJ Madrid de 16 de enero de 2015, rec. 454/14.

posible que la cláusula no establezca la continuidad de la totalidad de la plantilla, sino que se limite a un porcentaje de trabajadores o solo a aquellos que cumplan ciertos requisitos (antigüedad, modalidad contractual, etc.). Por otro lado, su eficacia puede quedar condicionada a la observancia de determinadas exigencias formales o procedimentales. Generalmente, el empresario cedente debe aportar cierta documentación relevante relativa al personal afectado (relación de personal, contratos, certificaciones negativas de deudas de cotización, etc.).

En fin, la jurisprudencia viene estimando que, al constituir una excepción a las reglas generales sobre sucesión previstas en el art. 44 ET, la norma sectorial goza de cierta libertad en su configuración. Por tanto, la interpretación que ha de hacerse sobre estas cláusulas es restrictiva, no cabe una aplicación más favorable de la que expresamente se deduzca de sus propios términos⁴⁰.

Pero estas bases tan interiorizadas por nuestra jurisprudencia se ven alteradas por las mutaciones del sistema de productivo y por la aparición de la jurisprudencia europea de la «sucesión de plantillas». De modo que, cuando nos encontremos en un sector intensivo en la mano de obra y el convenio imponga la subrogación de una parte esencial de la plantilla, se actualizará el supuesto de hecho del art. 44 ET y perderán efecto aquellos pasajes de las cláusulas convencionales que establezcan un catálogo de garantías más limitado que el precepto legal o que impongan unos requisitos que dejen fuera del ámbito tuitivo de la norma paccionada a parte de la plantilla de la empresa cesante que no los cumpla⁴¹. Así, poco importa que la sucesión de plantillas venga impuesta por el convenio o que el nuevo empresario asuma voluntariamente una parte esencial de trabajadores del anterior⁴², pues “la asunción de una parte esencial de la plantilla es un requisito de resultados y no de medios” (Beltrán de Heredia Ruiz, 2017, p. 18). En este orden de cosas, la litigiosidad –o, a mi juicio, las «vías de escape» para eludir la aplicación del art. 44 ET– se focalizarán en dirimir si el convenio colectivo que contiene la cláusula resulta o no aplicable, en verificar si los trabajadores cumplen o no los requisitos para que la plantilla subrogada quede por debajo del umbral de lo que se considera una parte esencial de la misma, en precisar el alcance de los incumplimientos de las obligaciones documentales por la empresa cedente, etc. (ibídem, 19)⁴³.

⁴⁰ Por todas, STS de 8 de junio de 1998, rec. 2178/97.

⁴¹ STJUE de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo* asunto C-69/17; STS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/16. Sin embargo, hasta llegar a este punto, la jurisprudencia interna ha dado importantes saltos y vaivenes interpretativos debido a sus resistencias para aceptar plenamente la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas. Esta evolución la he analizado en un trabajo previo (Yagüe Blanco, 2019b).

⁴² STJUE de 20 de enero de 2011, *Clece*, asunto C-493/09; STS de 12 de julio de 2010, rec. 2300/09.

⁴³ Con mayor detalle, el índice de jurisprudencia del blog del autor (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021).

2.3. Deficiencias del modelo legal de la transmisión de empresa

- a) A mi parecer, todos estos conflictos interpretativos presentados responden a dos motivos. De un lado, a la amplia diversidad de criterios hermenéuticos, que dificultan el análisis de la norma y ocasionan importantes problemas aplicativos en sede judicial. En efecto, la obsoleta y parca delimitación del supuesto de hecho y la inactividad del legislador para adaptar sus previsiones a las nuevas realidades productivas conlleva que la subsunción de todas estas nuevas operaciones vía interpretación judicial en su ámbito de aplicación requiera el manejo de una abundante y copiosa jurisprudencia vertida en multitud de tipos de transmisión de empresa. En consecuencia, es considerable la dificultad a la que se enfrentan los tribunales para resolver, con un mínimo de seguridad, los asuntos a los que se enfrentan. Del otro, es latente la doble racionalidad que subyace bajo la norma laboral (social y económica) y, por ende, las dificultades para hallar un equilibrio adecuado. Tarea que, ante la ambigüedad con la que está redactada, se traslada al órgano judicial que conoce el caso. De ahí que no sea difícil hallar respuestas contradictorias frente a asuntos prácticamente iguales o, al menos, equiparables⁴⁴.
- b) Sin embargo, considero que la mayor crítica que puede formularse al régimen jurídico de la transmisión de empresa deriva de la aplicación de la doctrina de la «sucesión de plantillas». Y es que, si en las actividades materializadas la acción protectora de la norma se produce *ope legis* tras la apreciación de una serie de indicios objetivos, en las actividades basadas en la mano de obra la estabilidad en el empleo pende de la autonomía de la voluntad individual o colectiva. A mayor abundamiento, la realidad muestra que en estas actividades basadas en la mano de obra, que con frecuencia llevan anudada también la característica de baja cualificación, pueden advertirse mayores dosis de precariedad e inestabilidad laboral. Y es que esta división del régimen jurídico aplicativo de la transmisión de empresa perpetúa una suerte de «efecto mateo», mediante el cual los trabajadores empleados en contratas y concesiones que más desprotegidos están serán más proclives a quedar privados de las garantías que proporciona la institución laboral (Monereo Pérez, 2017, p. 4/42). Se trata de un hecho que parece ser constatado tanto por los que defienden la extensión de las garantías laborales de la transmisión de empresa a los cambios de contratistas, como por aquellos que ven en estos casos una simple sucesión de actividades no constitutiva de transmisión (Pérez de los Cobos Orihuel, 2020, p. 100). En consecuencia, aunque en un primer momento esta doctrina creada por el Tribunal de Luxemburgo supusiera un paso importante para la protección de

⁴⁴ De hecho, se pone de relieve la carga ideológica que subyace bajo esta institución laboral (Gómez Abelleira, 2002, p. 12/19; Beltrán de Heredia Ruiz, 2017, p. 4/40).

este tipo de trabajadores, en la actualidad es insuficiente para la consecución del objetivo que persigue la norma.

- c) En síntesis, es necesaria la búsqueda de otros criterios que permitan inferir con un mínimo de certeza cuándo se ha transmitido una entidad económica. Además, junto con reforzar la tutela de los trabajadores será necesario mantener el justo equilibrio entre los intereses sociales y económicos que subyacen bajo la normativa sucesoria.

3. NUEVOS ELEMENTOS PARA EL DEBATE SOBRE UNA REFORMA LEGAL

3.1. El punto de partida: la necesidad de cuestionar viejos dogmas aprendidos

- a) Uno de los principales escollos que hemos encontrado en nuestra jurisprudencia para garantizar la continuidad en el empleo de los trabajadores de empresas contratistas es el entendido generalizado de que la empresa transmisible ha de tener un carácter «eminentemente patrimonialista» (Garrido Pérez, 1999, p. 106). De ahí, deriva la interpretación restrictiva imperante desde la década de los noventa mediante la cual las modificaciones subjetivas en la prestación de una actividad descentralizada se configuran como una suerte de regla general de «no-transmisión». En efecto, no será difícil comprobar cómo la mayoría de análisis judiciales comienzan con la afirmación de que “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET”, o bien, con una fórmula equivalente que se repite como una cláusula de estilo en todas las sentencias⁴⁵. Es verdad que, seguidamente, se matiza esta tajante aseveración reconociendo que estos cambios de titularidad también pueden actualizar art. 44 ET si concurren ciertos requisitos necesarios⁴⁶. Pero no es menos cierto que esta idea repetida como un *mantra* configura la transmisión de empresa en los casos de contratas como una excepción a la regla general de ineficacia del precepto estatutario. El matiz no es baladí, pues acaba introduciendo un sesgo negativo que ha generado numerosos pronunciamientos que niegan la existencia de sucesión empresarial aun concurriendo de modo efectivo los presupuestos necesarios⁴⁷ o, cuanto menos, eleva las exigencias para que haya transmisión de empresa en ciertas actividades.

⁴⁵ Véanse las SSTS de 5 de abril de 1993, rec. 702/92; de 10 de julio de 2000, rec. 923/99; de 12 de febrero de 2013, rec. 4379/11; de 21 de abril de 2015, rec. 81/14; de 20 de mayo de 2021, rec. 145/20, etc.

⁴⁶ STS de 20 de marzo de 2020, rec. 1916/17.

⁴⁷ Por ejemplo, SSTS de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00 (entre otras muchas sobre el mismo supuesto); de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10; de 19

b) Para empezar, a nuestro juicio, esta negación de que la contrata o concesión se pueda identificar con una unidad productiva autónoma es, por de pronto, muy discutible.

- La introducción del concepto de «unidad productiva autónoma» en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 no condujo, en sus primeras interpretaciones, al entendido de que necesariamente tuviera una dimensión patrimonial, sino que su nota consustancial era y debe ser la «autonomía», en el sentido de tener un «auto-fin productivo» separable del resto de la actividad de la empresa y susceptible de explotación unitaria (Monereo Pérez, 1987, p. 241). Esta conceptualización permite diferenciarla del «centro de trabajo», pues si bien este sí que tiene implícitamente un carácter patrimonial en la medida en que presupone la existencia de un establecimiento comercial o industrial dado de alta ante la autoridad laboral, no necesariamente ha de ser autónomo y explotable de modo separable del conjunto de la empresa (González Biedma, 1989, p. 105). Así pues, las distintas nociones empleadas por el legislador en el art. 44 ET obedecen a algo más que a ser meras realidades ordenadas por su dimensión y su subsunción unas dentro de otras⁴⁸.
- Durante esos primeros años de vigencia del nuevo texto legal, si bien no había un criterio unívoco, la posición mayoritaria de la jurisprudencia identificaba la contrata con esta noción entendiendo que “la contrata juega a los efectos del precepto como una unidad productiva autónoma”⁴⁹. Este entendimiento se vio notablemente influenciado por la jurisprudencia de los años setenta y ochenta referida a las concesiones administrativas, en las que se deja constancia de que la propia configuración del servicio público adquiriría un papel significativamente definitorio y delimitador a efectos de constatar una sucesión de empresa, al entenderse el servicio como una unidad de producción cuya explotación puede ser continuada por otro titular⁵⁰. Incluso, en la medida en que era frecuente que cuando el servicio requiriese de un equipamiento patrimonial fuera este puesto a disposición por el ente público, el propio Tribunal Supremo comienza a mostrarse proclive a aplicar la transmisión de empresa en las reversiones de servicios públicos, porque se recupera la unidad productiva autónoma⁵¹.

de septiembre de 2012, rec. 3056/11; de 25 de febrero de 2014, rec. 646/13; de 9 de diciembre de 2016, rec. 1674/15, etc. Los ejemplos son considerablemente más numerosos si nos adentramos en la doctrina judicial (STSJ Andalucía, Granada, de 10 de mayo de 2018, rec. 1471/17).

⁴⁸ STS de 19 de julio de 1986.

⁴⁹ STS de 27 de octubre de 1983.

⁵⁰ SSTS de 9 de julio de 1987; de 25 de febrero de 1988; de 20 de julio de 1988; de 19 junio 1989; etc.

⁵¹ SSTS de 13 de marzo de 1990; de 24 de julio de 1990; de 10 de junio de 1991, rec. 719/90; de 9 de julio de 1991, rec. 146/91; de 3 de octubre de 1998, rec. 5067/97.

- Por tanto, durante este periodo imperaba, tanto entre la jurisprudencia como entre buena parte de la doctrina, un entendimiento bastante extendido de que la concesión y la contrata eran equivalentes a la noción de «unidad productiva autónoma». Tiene sentido que así fuese, tomando en consideración el contexto en el que es aprobado el Estatuto de 1980, en el cual emerge el fenómeno organizativo y productivo conocido como «descentralización productiva» y que ya había suscitado dudas en los tribunales al hilo de la posible transmisión parcial de la empresa (Monereo Pérez, 1987, p. 90 y ss.).
 - Ahora bien, en el momento en el que dicho fenómeno «explota» y se extiende masivamente (finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa), el Tribunal Supremo introduce el requisito de que necesariamente la unidad productiva autónoma entraña un componente patrimonial, en el marco de la jurisprudencia restrictiva a la aplicación del art. 44 ET a los cambios de titularidad del prestador de la contrata⁵². Desde entonces, es un criterio harto reiterado que “la unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del artículo 44 ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado”⁵³. Esta necesaria identificación de la unidad productiva autónoma como una organización necesariamente patrimonial se refuerza con el intelecto de que la contrata se reduce únicamente a su dimensión subjetiva: el título jurídico por el que se encarga a una empresa su realización. En efecto, se argumenta que “la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos”. Se obvia, así, cualquier valoración sobre el elemento objetivo de la contrata (el servicio o actividad sobre el cual recae) como realidad productiva que permite su explotación separada de forma independiente del conjunto de actividad de la comitente.
- c) Y ello, básicamente, porque nuestra jurisprudencia sigue anclada en una noción desfasada de empresa que poco tiene que ver con las realidades productivas

⁵² STS de 5 de abril de 1993, rec. 702/92, que consolida la línea hermenéutica iniciada por las anteriores SSTs de 22 de enero de 1990 y 13 de marzo de 1990. La más antigua de ellas, sobre la externalización del servicio de limpieza de una Mutua; la segunda, sobre la reversión del servicio del servicio público de recaudación y su asunción directa por el Ministerio de Hacienda; y la más reciente, que recopila las bases argumentales de las anteriores, sobre la sucesión de concesionarios del servicio público de limpieza viaria.

⁵³ Cfr. STS de 27 de octubre de 1994, rec. 3724/93. Reiterada por SSTs de 20 de octubre de 2004, rec. 4424/03; de 29 de mayo de 2008, rec. 3617/06; de 28 de abril de 2009, rec. 4614/07; de 14 de febrero de 2011, rec. 130/10.

predominantes en la actualidad. De este modo, al delimitar el concepto de empresa transmisible parece que se ha olvidado de las reglas hermenéuticas contempladas en el art. 3.1 Código Civil, que dispone que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

- Pues bien, el art. 44 ET no distingue entre empresas transmisibles o no transmisibles, la diferencia se basa en una interpretación jurisprudencial restrictiva de la norma (Cruz Villalón y Rodríguez-Ramos Velasco, 1998, p. 19).
- Tampoco la distinción puede derivarse de la interpretación del art. 1.2 ET y de las nociones de «empresa-empresario» que establece. El concepto de «empresario» es instrumental y reflejo y viene definido como el sujeto que recibe la prestación de servicios en los términos dispuestos por el artículo 1.1 ET, sin que sea necesario que sea el titular de los eventuales bienes de la empresa y sin que sea un obstáculo para adquirir tal condición el hecho de que ni siquiera existan bienes de esa naturaleza. Ni el citado precepto, ni el art. 44 ET, ni el resto de la norma estatutaria permiten inferir que haya un concepto unívoco de «empresa» o que deba reunir característica alguna. Es más, la empresa en el ET viene configurada como un «ámbito de organización y dirección», lo que la identifica con un conjunto de relaciones entre los diversos factores de producción y quien los organiza, que pueden transmitirse mediante cualquier título, adquiriendo el nuevo empresario la posibilidad de continuar explotando una estructura organizativa, sin predeterminedar o prejuzgar la cantidad o cualidad de los elementos que la componen. Bajo esta noción estatutaria, entendida como un conjunto de trabajadores sometidos a los poderes de dirección y organización, con una fisonomía cada vez más compleja y poliédrica, se hace difícil defender que la aplicación del art. 44 pueda referirse únicamente a un concreto tipo de empresa, aquel que precise la existencia de activos materiales (De la Puebla Pinilla, 2005, p. 63).
- Las empresas contratistas que realizan una actividad intensiva en mano de obra son, a todos los efectos, empresas para el ordenamiento jurídico fiscal, mercantil, etc. Y también lo son para el ordenamiento laboral en la medida en que se presupone que existe una organización real que permite distanciarse de un fenómeno interpositorio ilícito. En este sentido, se ha criticado que si una contrata basada en la mano de obra no suscitó recelos sobre la posible existencia de una cesión ilegal en su momento constitutivo, no se comprende que esa inteligencia de la existencia de una empresa real se desvanezca a la hora de un eventual traspaso (Sala Franco y Pedrajas Moreno, 2010, p. 397).

- Por su parte, la Directiva 2001/23/CE es bastante ilustrativa cuando prevé el traspaso de centros de «actividad» o partes de centros de «actividad», toda vez que define la entidad económica como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.
- d) Ante todos estos hechos se hace difícil sostener esta dualidad del régimen jurídico aplicativo de la transmisión de empresa en atención a la mera circunstancia diferencial de la necesidad o no de bienes del activo material o inmaterial para prestar sus servicios. Debe tenerse en cuenta que las tutelas previstas por el art. 44 ET van dirigidas al trabajador «subjétivamente» considerado, con independencia del tipo de empresa en que presten servicios y con independencia del destino que se le dé a la unidad transmitida, no admitiéndose más excepciones que las derivadas de la Directiva 2001/23/CE. Y es que los trabajadores de las empresas adjudicatarias de contratos y concesiones quedan sometidos al mismo régimen jurídico-laboral que en cualquier otra empresa, sin que haya motivo objetivo alguno que permita introducir diferencias⁵⁴. Por ello, no parece razonable que unos tengan un «derecho más reforzado» que otros a la conservación del empleo, según su empresa requiera bienes materiales o no para poder explotar la actividad.

Incluso, ha de llamarse la atención sobre una situación paradójica que se produce con frecuencia. Y es que en el caso de una actividad intensiva en infraestructura ni siquiera se requerirá que la contratista la aporte o realice una inversión para adquirirla. De modo que, en sectores como la limpieza viaria, el transporte de enfermos, la restauración en un centro educativo –o de una empresa cualquiera– habrá transmisión de empresa aunque la contratista se limite a aportar la mano de obra y la organización del trabajo, porque el equipamiento ya lo cede la empresa comitente. Mientras que en una actividad como la limpieza o la vigilancia se precisará de la intervención de la autonomía de la voluntad para que los trabajadores conserven su puesto de trabajo cuando, en realidad, están aportando ni más ni menos que lo mismo: un conjunto de trabajadores organizados de forma estable. Este condicionamiento de la garantía a la asunción previa de la plantilla, además de elevar considerablemente las exigencias jurisprudenciales para extender las tutelas del precepto estatutario, debe hacernos reflexionar sobre aquel viejo argumento vertido en torno a la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas mediante el cual se destacaba una confusión del efecto con la causa de la norma.

⁵⁴ La STC n.º 8/2015, de 22 de enero (FJ 9) ha admitido diferencias de trato compatibles con el principio de igualdad del art. 14 CE atendiendo al diverso régimen jurídico del empleador. No parece que, no cumpliéndose esta premisa, sea razonable introducir diferencias de trato, y menos jurisprudencialmente.

e) Algunos autores vienen sosteniendo, desde hace tiempo, que el cambio de contratista o la reversión de la actividad actualizar el art. 44 ET sobre la base de que el derecho de explotación del servicio objeto de la contrata o concesión debería ser suficiente para provocar la transmisión. En este sentido, se critica la limitada cobertura de la doctrina de la sucesión de plantilla, toda vez que se defiende “una interpretación extensiva de la noción de «entidad económica» que permitiera incluir a los supuestos de cambio de titularidad en contrata y concesiones administrativas cuyo objeto son actividades o servicios desmaterializados”, para lo cual se requeriría “de *lege ferenda* incluir expresamente estos cambios de titularidad en el art. 44 del ET dotándolos de las peculiaridades que se estimen pertinentes”. Así las cosas, se considera que se precisa una normativa o una interpretación judicial renovada que prescinda del criterio de la asunción de plantilla para la aplicación automática del sistema de garantías individuales y colectivas de la transmisión de empresas. Dicho con otras palabras, se defiende que debería generalizarse la aplicación de las de garantías laborales en los supuestos de cambio de titularidad de empresas desmaterializadas del sector terciario, sin necesidad de recurrir a la doctrina de la «sucesión de plantillas» (Monereo Pérez, 2017, p. 21/42). En sentido similar, se ha defendido que “lo relevante en materia laboral hoy en día, particularmente en el sector servicios y más aún en los supuestos de externalización donde se mantiene el contacto permanente y estable con la empresa principal, es, justamente, la transmisión del propio servicio, que viene a ser, por otra parte, el capital central de la empresa” (Cruz Villalón, 2000, p. 286). Ello debería conducir a que, tanto ante una inicial externalización, como cambio de contratista y también en caso de una eventual reversión haya subrogación laboral (Cruz Villalón y Rodríguez-Ramos Velasco, 1998, p. 22 y 33).

En definitiva, estas posiciones doctrinales que, todavía hoy son minoritarias entre la doctrina científica, recrean una consideración de la contrata o concesión objeto del servicio similar a la que la propia jurisprudencia interna empezó a admitir en un primer momento –equivalente a la noción de «unidad productiva autónoma»–, por lo que debería desencadenar siempre la transmisión de empresa ante un cambio de empresa prestataria (San Martín Aguilar, 1997, p. 43; Martínez Moreno, 1999, p. 6/40, 2007). Así pues, se entiende que el derecho de explotación que la contrata es el “elemento patrimonial básico e insoslayable para el ejercicio de una actividad productiva” (Monereo Pérez, 1987, p. 404. En este sentido también Rodríguez Fernández, 2000, p. 8/13; Gómez Abelleira, 2002, p. 11/19; Sanguinetti Raymond, 2004, p. 9/18; Vicente Palacio, 2016, p. 169 y ss.).

Quienes avistan el problema desde una óptica contraria han señalado que las razones que fundamentan este posicionamiento son esencialmente (Sempere Navarro, 1997, p. 1/6): 1) que la titularidad del servicio forma parte de la actividad normal y habitual de la empresa principal (motivo intrínseco); 2) que la actividad

objeto de la contrata o concesión constituye una unidad productiva autónoma para la empresa ejecutante (motivo extrínseco); y 3) que lo que se pretende es garantizar la continuidad de la relación y evitar que los trabajadores queden desvinculados por su adscripción al servicio que pasa a manos de otro empresario (motivo teleológico).

En efecto, es cierto que existe un sector doctrinal considerablemente más amplio que entiende la postura antes expuesta como excesiva, por cuanto que se pretenden imponer unas consecuencias laborales desproporcionadas ante una «mera sucesión de actividades» (González Biedma, 1989, p. 116; García Ortega, 2000, p. 346; Desdentado Bonete, 2004; Herraiz Martín, 2007, p. 5/21). Y es que se destaca, a juicio de estos autores, que “no resulta aceptable una interpretación finalista del ámbito aplicativo de la Directiva que conduzca a una aplicación indiscriminada de la misma a través de la defensa de la tesis de la «empresa-actividad»”, circunstancia que se daría si se produce una sucesión automática por la mera adjudicación de la contrata (Serrano Olivares, 1997, p. 18/27). Así, no faltan voces que resaltan los «efectos perversos» que se darían de “entender indiscriminadamente que la sucesión de contratas o la asunción directa por el empresario principal de la actividad hasta entonces subcontratada desencadenan, sin más, la aplicación del artículo 44 del ET, incluso cuando ninguna infraestructura material y organizativa transmita la anterior contratista”(Gárate Castro, 2004, p. 182)⁵⁵.

A modo de síntesis, las resistencias para entender que la contrata en sí misma pueda constituir una entidad económica pueden agruparse en tres lógicas argumentales (Gómez Abelleira, 2002, p. 7/19): 1) inercial por parte de la jurisprudencia, en tanto que se parte del entendimiento de una empresa compuesta por activos materiales; 2) técnica por parte de la doctrina, que se resiste a que las nuevas realidades de empresa puedan alterar la dogmática jurídica clásica de la institución; y 3) ideológica, pues se trata de primar, desde una óptica neoliberal, las libertades económicas sobre la protección de los trabajadores, empleando, con no poca frecuencia, un «razonamiento economicista» con «matiz alarmista» para permitir el traspaso de la empresa sin ningún tipo de «ataduras laborales».

Pudiera dar la impresión de que se trata de un debate antiguo y concluso, pero nada más lejos de la realidad. Lo cierto es que la evolución de la propia

⁵⁵ Dichos efectos aparecerían en diversos planos: 1) el desincentivo de la descentralización productiva y la limitación de la libertad de empresa; 2) la desatención al interés de la empresa principal de obtener la mayor eficiencia posible; 3) las consecuencias negativas que tendría sobre el empleo; y 4) la consideración de que no es la mejor forma de tutelar al trabajador por cuanto que se obvian otras circunstancias que pueden interesar a aquel, como permanecer en la empresa con mayor solvencia, tener mayores posibilidades de promoción profesional, una mayor probabilidad de adquirir fijeza contractual o de contar con representación sindical por el tamaño de la empresa. Aunque todas y cada una de estas razones han sido razonadamente contestadas por otros autores (Sanguinetti Raymond, 2007, pp. 26 y ss.).

jurisprudencia parece estar avivando en tiempos recientes las opiniones enfrentadas. En este sentido, cada vez surgen más voces críticas con las lagunas de protección del régimen actual en materia de sucesión de empresas en tanto que no es igual de exigente la doctrina tradicional que la relacionada con la sucesión de plantillas para garantizar la continuidad en el empleo (Falguera Baró, 2017, pp. 161-162). Así las cosas, se critica la excepcionalidad de la sucesión de plantilla, con base en la sólida doctrina jurisprudencial que determina que lo decisivo para que exista subrogación es que el nuevo empresario asuma el personal, cosa que no puede depender únicamente de su voluntad, sino que es preciso hallar un «criterio más seguro» (Rodríguez Escanciano, 2017, p. 6/27). Por tanto, se vuelve a poner sobre la mesa la posibilidad de que la contrata o concesión puedan ser equivalentes al concepto de «unidad productiva autónoma» (Castillo Blanco, 2017, p. 71; Gorelli Hernández, 2019, pp. 50-51). Y es que, pocas realidades empresariales pueden acomodarse mejor a dicha noción que una contrata desde la óptica de su nota distintiva originaria: su «auto-fin productivo» separable del resto de la empresa y explotable de forma independiente. Al respecto, se ha afirmado con acierto que “la autonomía de las contrata, subcontratas y concesiones están claramente acreditadas desde el momento en que se trata de empresas autónomas e independientes a aquellas que ejecutan su obra o servicio, con la capacidad de permanecer en esa empresa principal o en otra” (Kahale Carrillo, 2011, p. 127).

3.2. El riesgo empresarial como criterio determinante para la transmisión de empresa: principales manifestaciones

Es por ello que, en lugar de buscar nuevos criterios para ordenar la transmisión de empresa en el marco de las contrata, quizás sea suficiente con rescatar viejas ideas acerca de la institución laboral que resultan más acordes a la realidad social actual que las que vienen aplicándose, toda vez que responden mejor al espíritu y finalidad de la norma. Así, la consideración de que la contrata o concesión administrativa es una verdadera unidad productiva autónoma permite garantizar la continuidad de la plantilla. Es probable que para muchos esta aplicación automática de la institución sucesoria en el ámbito de las contrata pueda parecer desproporcionada, pero lo cierto es que la ejecución de una actividad externalizada no puede compararse al emprendimiento de una actividad empresarial en términos de riesgos asumidos por el empleador. Del mismo modo que no debería compararse cualquier tipo de transmisión de empresa con la que se produce a consecuencia de un cambio del empresario que explota la contrata o concesión.

- a) Y ello, porque en estos casos, a mi parecer, el riesgo empresarial que asume la contratista entrante en la actividad es bastante limitado, apreciándose, a mayor abundamiento, un desplazamiento del mismo hacia el trabajador en la medida en que la interpretación judicial vigente de la norma otorga una protección débil en materia de sucesión empresarial en las actividades desmaterializadas que

entraña un alto riesgo de pérdida del empleo si no interviene la negociación colectiva⁵⁶. Y el riesgo empresarial es limitado porque en la práctica totalidad de estos supuestos la contraprestación económica de la contrata será pactada como un precio cierto y determinado y no, por el contrario, como un derecho de explotación frente a terceros. En consecuencia, el empresario que resulta adjudicatario de la contrata verá garantizado, durante la ejecución de la misma, un determinado volumen de negocios. Es decir, el riesgo que asume en el mercado se relativiza en tanto que tendrá certidumbre sobre los ingresos que percibirá durante la realización del encargo, a menos que se produzca un incumplimiento contractual por parte de la empresa auxiliar o surjan circunstancias excepcionales que permitan resolver la relación interempresarial. Esta seguridad será todavía más intensa en el ámbito de la contratación pública por la existencia de unas casusas tasadas y unos requisitos procedimentales para la resolución contractual. Además, la contratista no debe aportar ninguna infraestructura que entrañe riesgo en la realización de inversiones patrimoniales. Ni tampoco parece factible, en estos casos, que cuente con una «plantilla de reserva» por si en algún momento resulta adjudicataria de una nueva contrata, siendo lo más probable que se disponga su contratación en el momento en que reciba el encargo.

b) Pues bien, ante este estado de cosas, no parece en absoluto desproporcionado imponer la subrogación automática de la plantilla para garantizar el principio social y constitucional de la estabilidad en empleo que desarrolla la norma legal sucesoria. Por consiguiente, para los cambios de titularidad en contratas y subcontratas debería haber una normativa específica que invirtiera las reglas de la transmisión. Esto es, se parte del entendimiento de que cualquier cambio de titularidad en la prestación de una actividad externalizada produce una transmisión de la unidad productiva autónoma a los efectos del art. 44 ET, salvo que se pruebe que la misma no constituye una entidad económica. Y ello ocurrirá, al menos, en tres ocasiones en las que el nuevo prestador de la contrata asume una cota de riesgo relevante en la actividad que se dispone a realizar:

- Cuando la empresa contratista precise, para la ejecución de la actividad, una infraestructura patrimonial que sea su titularidad y para la cual haya realizado de una inversión patrimonial relevante cuyo coste no esté asegurado que vaya a recuperar. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con las reglas clásicas de la transmisión de empresa, la adquisición del equipamiento empleado por el cedente implica la actualización del

⁵⁶ Sin que esta intervenga en todos los casos por una razón de vinculación funcional del convenio, por lo que, con alta probabilidad, será ineficaz en supuestos de externalización y reversión de actividades (entre otras, SSTs de 15 de diciembre de 1997, rec. 184/97; de 10 de diciembre de 2008, rec. 2731/07).

art. 44 ET y de la Directiva. Si bien, no será habitual en el marco de la subcontratación que la nueva empresa prestadora adquiera la propiedad de dicha entidad económica. Cuando el equipamiento sea necesario e inherente al servicio o actividad, será la empresa comitente quien lo aporte, cediendo su uso a la contratista y recuperándolo al finalizar el encargo⁵⁷. En cambio, cuando no sea inherente a la actividad, cada contratista dispondrá de su propia infraestructura patrimonial sin que se transmita nada ante un cambio del titular de la actividad⁵⁸. En consecuencia, el uso de las instalaciones, maquinarias, vehículos, etc. puestos a disposición por la empresa comitente revela que la empresa auxiliar no asume riesgos mediante la realización de una inversión económica relevante, toda vez que no hay dudas de que emplea la misma entidad económica que usaba el cedente.

- Cuando no asuma a la plantilla del anterior empresario y la misma sea necesaria para asegurar la viabilidad de la contrata o servicio adjudicado. En este sentido, disponer de los trabajadores que venían desarrollando la misma actividad antes del cambio de empresario, además de que permite mantener la identidad de la entidad económica, muestra que el riesgo que asume la empresa entrante será limitado por cuanto que se asegura la continuidad y el buen desarrollo de esa actividad.

Ahora bien, lógicamente este criterio no es extrapolable a cualquier actividad basada en la mano de obra, lo que implica que no puede aplicarse la doctrina de la «sucesión de plantillas» tal y como la conocemos en la actualidad. En efecto, este criterio solo tendrá sentido si los trabajadores en cuestión tienen una cualificación, conocimientos o experiencia elevada, de modo que para el garantizar el éxito de la actividad asumida sea necesario esa transferencia de *know how* de una empresa a otra. En estos casos, la plantilla será el factor de producción clave para garantizar el éxito de la actividad, de modo que de no disponer de este preciado factor de producción, el nuevo empresario asume un riesgo en el suministro, en el bien entendido de que puede que el bien o servicio ofertado no se ajuste a las demandas del mercado o a las necesidades de la empresa cliente⁵⁹.

Pero es obvio que esto no ocurre en actividades intensivas en mano de obra de baja cualificación en la que los trabajadores son fácilmente reemplazables. En estos casos, emplear la asunción de plantilla como criterio único y determinante para imponer la transmisión de empresa causa una notable

⁵⁷ SSTs de 22 de abril de 2021, rec. 148/20; de 20 de mayo de 2021, rec. 145/20; de 10 de junio de 2021, rec. 4926/18.

⁵⁸ STS de 24 de mayo de 2021, rec. 155/20, sobre un supuesto reciente de catering externo.

⁵⁹ Así ocurre en algunos asuntos recientes ya citados: SSTs de 22 de enero de 2019, rec. 3975/16; de 24 de septiembre de 2020, rec. 300/18; STJUE de 27 de febrero de 2020, *Grafe y Pohle*, asunto C-298/18.

desprotección, pues la empresa tendrá pocos incentivos para asumir estos trabajadores en lugar de otros nuevos con menos derechos adquiridos y un régimen jurídico menos oneroso. Incluso, puede ocasionar un «efecto bumerán» desincentivando la contratación voluntaria de la plantilla en aquellos ámbitos en los que la negociación colectiva no lo imponga. Es obvio, en consecuencia, que en estos casos la plantilla no es el factor de producción esencial para el mantenimiento de la identidad de la empresa. En síntesis, considero necesario «dar un paso atrás» con la aplicación de la polémica doctrina de origen comunitario, pues todavía hay, como se verá a continuación, otro factor de producción que se transmite en estos casos y que resulta un criterio más objetivo y seguro que la sucesión de plantillas por cuanto que no hace pender la continuidad de la plantilla de la autonomía de la voluntad.

- En efecto, este criterio será la toma en consideración de la transmisión de la clientela como criterio privilegiado, especialmente, en aquellas actividades en las que no haya más elementos cuya transmisión pueda darse. Este elemento incluido en el clásico listado de indicios o circunstancias de hecho relevantes para apreciar el mantenimiento de la identidad, y cuya relevancia –y a la vez infravaloración– en el ámbito de las contrata ya ha sido destacada por parte de la doctrina científica (Todolí Signes, 2015, p. 156; Yagüe Blanco, 2019a, p. 16/20; García Blasco, 2021, pp. 130-134), permite asegurar el volumen de negocios durante el periodo de ejecución de la actividad y mitiga, por tanto, el riesgo en el mercado. Es claro que en una actividad basada en equipamiento ha de valorarse conjuntamente con otros elementos que pueden denotar la asunción del riesgo en la actividad (por ejemplo, las inversiones patrimoniales), pero en los casos en los que no existen más elementos del activo material o inmaterial la transmisión de la clientela supone la transmisión de la fuente de ingresos que garantiza la certidumbre económica durante la explotación de la actividad. Este acceso a la demanda de bienes y servicios gracias a la adjudicación de la contrata es lo que permite mantener el volumen de negocios y lo que hace que se requiera mano de obra para su prestación. Es por tanto, esta transmisión de la clientela lo que permite el mantenimiento de la identidad y no la presencia de una mano de obra poco cualificada y fácilmente reemplazable. Esta garantía de contar con una clientela fija y más o menos estable es el motor de la actividad, por ello la doctrina antes citada se refería a la ejecución de la actividad o servicio objeto de la contrata en términos como el «elemento patrimonial básico» o el «capital central de la empresa» que se transmite con la mera adjudicación de la actividad. Es, a todas luces, un activo de la empresa a efectos económicos y contables y, en consecuencia, es transmisible. Lo importante será determinar cuándo se transmite la clientela en el marco de las contrata y concesiones de obras y servicios.

Para empezar, debe aclararse que el concepto de clientela que debe manejarse ha de ser el económico o mercantil, como el sujeto que paga por la adquisición de un bien o la prestación de un servicio. Este es el sentido que ha otorgado el Tribunal Supremo en una sentencia reciente, cuando afirma que “en economía el concepto [clientela] permite referirse a las personas que acceden a un producto o servicio a partir de un pago, lo cual no acaece en la concreta actividad externalizada y posteriormente revertida”⁶⁰. Es importante esta distinción porque no siempre el cliente se va a corresponder con el usuario o destinatario final del servicio. En esencia, la determinación de quien es el cliente dependerá de la configuración del contrato público o privado entre la empresa principal y la contratista y de la procedencia de los ingresos de esta última. Pues, en unos casos, procederán de los pagos efectuados por la empresa principal o cliente, mientras que en otros vendrán del derecho de explotación del servicio frente a terceros.

En este sentido, en una sucesión de empresa pueden darse tres situaciones diversas respecto a la clientela que se deben contemplar en una posible transmisión (Gómez Abelleira, 2002, p. 6/19): 1) que el cliente sea la propia empresa principal receptora del servicio, por ejemplo, las contrata de limpieza, seguridad, mantenimiento, etc.; 2) que la clientela se encuentre «cautiva», en el sentido de que haya una ausencia de competidores en la dispensación del servicio o se deduzca una la falta de libertad o capacidad de decisión del usuario para cambiar de suministrador del servicio –por ejemplo, en la explotación de concesiones administrativas en las que el adjudicatario es el único prestador del servicio para un colectivo de clientes cerrado (servicio de restauración de un hospital, servicio de cafetería en estación de autobuses, usuarios del servicio de transporte urbano de autobús, etc.)–; y 3) cuando existan más prestadores de servicios que otorguen a los potenciales clientes la libertad de elegir entre uno u otros, esto es, cuando el titular de la contrata actúe en un mercado de bienes o servicios abierto a la competencia.

En el primer y segundo caso habrá siempre transmisión de la clientela a efectos de la Directiva, sin embargo el tercero requerirá un análisis pormenorizado para verificar hasta que punto el nuevo titular de la actividad objeto de la contrata o concesión ha captado la clientela en virtud de ciertas acciones llevadas a cabo por cedente y/o cesionario para posibilitar el traspaso: cesión de listas de clientes, mantenimiento de canales de contacto, promociones de fidelización, etc. En este sentido, recientemente el TJUE determinó que hubo cesión de la clientela en un supuesto en el que el 91% de los clientes de la empresa cedente aceptaron, de forma individual, seguir vinculados a la nueva empresa gracias a las ventajas que se les permitía

⁶⁰ STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 3533/15.

mantener⁶¹. Se trata de un asunto prejudicial que, pese a no producirse en el ámbito de las contrata, considero que puede tener una fuerte influencia sobre casos futuros en tanto en cuanto permite desvincularse del criterio de la sucesión de plantillas.

- c) El concepto de riesgo que se sugiere en este trabajo se asemeja a la noción de «riesgo operacional» que la nueva Ley de Contratos del Sector Público emplea para distinguir entre los contratos de concesión de obras o de servicios y los contratos públicos de obra o de servicios (Sahún Pacheco, 2019, p. 132 y ss.)⁶². A nuestro juicio, ofrece un parámetro legal que puede emplearse tanto en el ámbito público como privado a efectos de valorar si se ha transmitido una empresa pues, si se piensa bien, todas las manifestaciones del riesgo empresarial que se han apuntado vienen a concretarse en que el nuevo empresario no ha recibido del anterior los medios necesarios para desarrollar una actividad económica en el sentido de la normativa laboral sucesoria.

A nuestro juicio, poner el acento en el concepto del riesgo permite apreciar hasta qué punto el mantenimiento del empleo de los trabajadores en este tipo de actividades es una cuestión de justicia social. Desde un óptica liberal y economicista es entendible que sea más atractivo para las empresas auxiliares resultar adjudicatarias de las contrata sin las «cargas laborales» que supondría subrogar a la plantilla, pero la obtención de un mayor beneficio empresarial no justifica el sacrificio de un principio básico del derecho del trabajo como la estabilidad en el empleo que se plasma con la sucesión de empresa.

2.3. El (re)equilibrio de los intereses empresariales y sociales

Ahora bien, ello no impide que todavía formularse ciertos «retoques» en la institución laboral que permitan compatibilizar este claro refuerzo de la estabilidad en el empleo con el lícito interés empresarial a obtener la mayor eficiencia y rentabilidad económica posible. A tales efectos considero necesarias las siguientes medidas:

- a) En primer lugar, la norma debe aclarar que la transmisión de empresa se impone únicamente ante la efectiva continuación o reanudación de la actividad y no ante la mera recuperación de medios sin retomar la actividad económica, acabando con una línea judicial que impone unas consecuencias desproporcionadas y

⁶¹ STJUE de 8 de mayo de 2019, *Dodic*, asunto C-194/18.

⁶² Art. 14 de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (BOE n.º 272 de 09-11-17).

“4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo

totalmente desajustadas a la doctrina del Tribunal de Justicia en interpretación de la Directiva.

- b) En segundo lugar, parece oportuno introducir un parámetro temporal que aporte seguridad jurídica en el tráfico económico de empresas a efectos de determinar cuánto tiempo puede durar una eventual interrupción de la actividad para estimar que la reanudación puede desencadenar una sucesión empresarial. Ahora bien, dicho plazo, para cumplir con las exigencias comunitarias, no puede ser estricto, sino que deberá admitir que mediante las pruebas que se consideren oportunas se justifique que una suspensión mayor no afecta al mantenimiento de la identidad de la unidad traspasada. Y es que también debe tenerse en cuenta que dicha suspensión puede llegar a utilizarse de modo fraudulento para impedir la eficacia del art. 44 ET. Por ello, parece conveniente la introducción de un criterio legal a modo de presunción *iuris tantum*. Por otro lado, también sería recomendable una actuación del legislador para garantizar que la suspensión temporal de la actividad no va a truncar las posibilidades de defensa de los trabajadores, lo cual implicaría acabar con las dudas sembradas por una línea hermenéutica cada vez más consolidada que entiende que la extinción previa de los contratos de trabajo impide que se produzca una transmisión de empresa.
- c) Y, en tercer lugar, se propone una revisión de la garantía de la responsabilidad solidaria. Recordemos que esta garantía es una mejora introducida por el derecho español en el art. 44.3. 1º ET que establece que “sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos «inter vivos», responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”. En efecto, este mecanismo constituye una previsión más favorable en la medida en que el art. 3.1. 2º de la Directiva señala que “los estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso”. Así, la jurisprudencia nacional entiende que “el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no sólo se

de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar⁶³.

Ahora bien, esta garantía de protección del crédito no se corresponde con el mecanismo previsto en la Directiva pues, sin contemplar la responsabilidad solidaria, también obliga al nuevo empresario a asumir las deudas ocasionadas por el anterior respecto de los contratos de trabajo transmitidos. En efecto, el TJUE ha considerado, desde sus primeros pronunciamientos, que el “artículo 3 de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que engloba las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de Trabajo o de una relación laboral nacida antes de la fecha de la transmisión”. Así lo determinó respecto del salario del mes en que se produjo la transmisión, la parte proporcional de las pagas extraordinarias y de las vacaciones⁶⁴. En consecuencia, la posibilidad de que los Estados miembros prevean una garantía de solidaridad es para que, con el fin de salvaguardar los créditos de los trabajadores ante el cambio de empresario, el cedente no quede desvinculado de las mismas una vez efectuado el traspaso. Y es que, no cabe duda de que para el Tribunal comunitario las deudas pendientes anteriores a la transmisión se transmiten por mor del mecanismo subrogatorio previsto en el art. 3.1 primer párrafo de la Directiva. Mientras que el párrafo segundo “que autoriza a los Estados miembros a prever la responsabilidad del cedente, junto al cesionario, «después de la fecha del traspaso», indica que, en primer lugar, es responsabilidad del cesionario hacerse cargo de las obligaciones existentes en el momento de la transmisión y que se deriven de los derechos de los trabajadores”. Con todo, cabe resaltar que el tenor literal de dicho precepto antes de la reforma operada por la Directiva 98/50/CE era mucho más clarificador en la medida en que establecía que “los Estados miembros podrán prever que el cedente continúe siendo, después de la fecha del traspaso tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral”⁶⁵.

- En cambio, la interpretación jurisprudencial nacional es diversa. Entendiendo de forma totalmente autónoma y separada la garantía de subrogación en todos los derechos y obligaciones (art. 44.1 ET) de la

⁶³ Por todas, SSTS de 15 de julio de 2003 (3), rec. 3442/01 y 1973 y 1872/02.

⁶⁴ Y ello, a pesar de que el gobierno neerlandés, en aquel asunto, sostenía que los créditos laborales que ya eran exigibles al anterior empresario no son transmisibles al cesionario, salvo cuando el legislador nacional prevea la responsabilidad solidaria (STJUE de 7 de febrero de 1985, *Abels*, asunto C-135/83).

⁶⁵ Esta interpretación comienza a abrirse camino en la doctrina judicial (STSJ Galicia de 26 de julio de 2018, rec. 2310/16).

responsabilidad solidaria (art. 44.3 ET) asume, como se deja constancia más arriba, que mientras que la primera cubriría la transmisión material al empresario cedente de los contratos de trabajo vigentes y las condiciones de trabajo que le dan contenido, las obligaciones pendientes de cumplimiento se transmitirían a través del mecanismo de la solidaridad (Altés Tárrega, 2019, p. 54). Sin embargo, esta separación entre ambas garantías, ha propiciado, por otro lado, que la segunda se haya expandido notablemente distorsionando su sentido y finalidad originaria, convirtiéndose en uno de los mayores inconvenientes al aplicar la sucesión de empresa en tanto que incorpora, como la misma Sala Cuarta ha manifestado, “un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social”⁶⁶.

Y es que, mientras que bajo el ámbito material de la subrogación en todos los derechos y obligaciones se transmitirían las deudas pendientes de satisfacción de aquellos trabajadores que han pasado a depender del cesionario, la solidaridad, vía interpretación judicial, ha permitido incluir también las de aquellos otros cuyo contrato se extinguió con anterioridad al traspaso y por una causa extintiva ajena al mismo⁶⁷. Además, dicha responsabilidad, no se circunscribe solo a las obligaciones pecuniarias, sino que puede abarcar las consecuencias de la calificación judicial de ilicitud del despido, aunque la declaración de la nulidad o improcedencia –según el caso– no traiga causa en una maniobra empresarial por eludir la aplicación de la subrogación contractual⁶⁸.

De no existir esta garantía, los trabajadores no subrogados o despedidos con anterioridad tendrían igualmente derecho a articular judicialmente su defensa contra la cesionaria en tanto que la mencionada subrogación en todos los derechos y obligaciones incluiría así mismo una sucesión en los procesos judiciales *sub judice* (art. 17 LEC). Ahora bien, no quedando acreditado que su despido obedeció al fin ilícito de evitar la subrogación, el nuevo empresario no debería responder de deuda alguna con los trabajadores no subrogados ni soportar las consecuencias de un despido ilícito por una

⁶⁶ STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02.

⁶⁷ Así, las SSTS de 15 de julio de 2003 (citadas), antes de la reforma operada por la Ley 12/2001, cuando la responsabilidad solidaria se contenía todavía en el apartado 1 del art. 44, afirmaban “1) Que la literalidad de la apostilla final del art. 44.1 ET no contiene distinción alguna respecto de trabajadores anteriores o posteriores; 2) Que una interpretación que solo refiera aquella garantía a los trabajadores cedidos hace inoperante el párrafo final del precepto, en una interpretación conjunta de la norma general existente en materia de sucesores en nuestro derecho”. En el mismo sentido, la STS de 4 de octubre de 2003, rec. 585/03.

⁶⁸ STS de 30 de noviembre de 2016, rec. 825/15, que versa sobre un despido disciplinario en el que no se acredita la causa, pero realizado varios meses antes de producirse el cambio de contratista.

causa que no guarda relación con el traspaso⁶⁹. Esta configuración de la responsabilidad solidaria laboral que también existe en la legislación laboral y tributaria –toda vez que no acaba de encajar con las instituciones propias del derecho civil–, tiene como fin esencial establecer una garantía reforzada para el cobro de los créditos laborales, de seguridad social y fiscales, así como prevenir sobre posibles fraudes (Desdentado Bonete, 2002, p. 258). Sin embargo, aunque *prima facie* mejore la protección de los trabajadores –y también de las instituciones administrativas–, puede indirectamente impedir su estabilidad en el empleo al desincentivar las transmisiones de empresa (Altés Tárrega, 2019, p. 55).

Por tanto, parece pertinente una revisión del sistema de responsabilidad solidaria, en el sentido de prever únicamente la responsabilidad del cedente sobre las deudas que generó, lo que permitiría que si bien la nueva empresa garantizase la satisfacción del crédito a los trabajadores, más tarde pudiera reclamar la deuda a quien la originó mediante una acción de regreso. Esto es, de esta manera se dejaría claro qué empresario es el deudor principal y cual el responsable solidario. En cambio, la responsabilidad solidaria tal y como se configura actualmente, conlleva “una «extensión del área de responsabilidad», produciendo con ello la adición de un nuevo sujeto responsable a la relación obligatoria simple y, consiguientemente, una pluralidad de deudores. En efecto lo que se produce jurídicamente es una «accesión legal» de responsabilidad o «asunción legal» de la deuda por el nuevo titular, en virtud de la cual al titular precedente no le sustituye el nuevo, sino que se le yuxtapone. El art. 44 ET deja subsistir como relación de solidaridad *ex lege* [...] el débito preexistente, sin que la ley absorba la deuda preexistente en la del nuevo sujeto como ocurre en la sucesión legal de la deuda” (Monereo Pérez, 2012, p. 614).

- En otro orden de cosas, la finalidad histórica de tutelar los créditos laborales en las transmisiones de empresa, ya sea vía subrogación o vía responsabilidad solidaria, ha sido que, además de facilitar su cobro, el nuevo empresario pueda responder frente a los trabajadores con el patrimonio adquirido (Rivero Lamas, 1962, p. 32; González Biedma, 1989, p. 298)⁷⁰. Pues bien, quizás esta garantía ha perdido virtualidad en las empresas intensivas en mano de obra que desarrollan su actividad en el ámbito de

⁶⁹ STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-60/17.

⁷⁰ Esta idea subyace también en algunas resoluciones judiciales: “la asunción «ope legis» de las deudas laborales, asunción que no puede constreñirse a las derivadas de relaciones laborales subsistentes al tiempo de la cesión, sino que ha de extenderse a todas las que graviten sobre el patrimonio de la cedente por no haber sido satisfechas y ser exigibles, y ello por cuanto la finalidad del precepto estatutario no es otra que servir de garantía a los créditos laborales pendientes al tiempo de la transmisión empresarial, poniéndolos a cubierto de maniobras elusivas patrimoniales, que precisamente a través de la cesión puedan hacer desaparecer el soporte material o económico

las contratas, pues no cuentan con una estructura patrimonial que quede afectada al cumplimiento de las deudas. Y en la medida en que el cesionario no recibe activos patrimoniales del cedente, tal vez no debería subrogarse tampoco en los créditos laborales pendientes de cumplimiento que deberían permanecer en la esfera de responsabilidad de quien los originó. De hecho, ha sido vista con buenos ojos por parte de la doctrina más crítica con la aplicación de la sucesión de empresas en casos en los que no se transmite un equipamiento patrimonial, la exclusión en estos concretos supuestos de la responsabilidad solidaria pero manteniéndose en atención a su finalidad originaria en actividades materializadas (Desdentado Bonete, 2004; De la Puebla Pinilla, 2005, p. 169).

Esta sería, a mi parecer, una buena fórmula de reequilibrar los intereses subyacentes bajo la institución laboral priorizando la continuidad de los contratos sobre otras garantías. Sería, no obstante, una vía no pacífica –pues como se ha expuesto, en el ordenamiento comunitario dichas deudas pendientes de satisfacción también se traspasan al nuevo empresario a través de la subrogación– pero que merece la pena explorar.

Al respecto, considero que esta exención de las deudas podría ser una competencia atribuida a la negociación colectiva. Es harto conocida la polémica desencadenada en los últimos años respecto a la facultad del convenio colectivo de excluir la responsabilidad solidaria, cuando en virtud de la cláusula pactada se materialice la asunción de una parte esencial de la plantilla que reconduzca la operación al supuesto del art. 44 ET⁷¹. Corregida esta interpretación, tras resolver el Tribunal de Luxemburgo el correspondiente asunto prejudicial, queda meridianamente claro ahora que el convenio colectivo no puede disponer de una medida prevista por el marco normativo legal⁷². Ahora bien, aunque el TJUE se declaró incompetente sobre la posibilidad de que el convenio excluya la responsabilidad del cesionario, en tanto que requeriría un pronunciamiento sobre la compatibilidad entre sí de disposiciones nacionales, sí que apuntó que el examen de la cuestión prejudicial no contestada implicaría “valorar cuestiones de jerarquía de las normas en el derecho interno”. Es claro que, mientras que el art. 44 ET establezca la asunción de deudas del nuevo empresario el convenio colectivo no «descolgarse» o disponer de ella. Pero tal vez no sea así si la ley le habilita para ello. En este sentido, una de las críticas que se ha formulado a la doctrina *Somoza Hermo* es que deja sin margen de maniobra a la negociación colectiva cuya única función sería ahora decidir si procede o no imponer la subrogación, ya que en todo caso se reconducirá siempre al art. 44 ET. Por tanto, aquí surge un nuevo ámbito

de la empresa, verdadera destinataria de los frutos de trabajo” (STSJ Navarra de 29 de diciembre de 1995, núm. 638/96).

⁷¹ STS de 7 de abril de 2016, rec. 2269/14.

⁷² STS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/16.

material en el que convenio colectivo podría tener un papel relevante al regular la subrogación laboral. En efecto, podría, junto con otras materias, limitar la responsabilidad en la asunción de deudas anteriores al traspaso por el cesionario en aquellos casos en que, por razón de la actividad, no se ajuste esta garantía a la que era su finalidad inicial. De este modo, de nuevo, se privilegia la estabilidad en el empleo sin imponer la subrogación del resto de obligaciones derivadas de aquellos, que pueden suponer una carga excesiva para el nuevo empresario injustificada hoy día en ciertos sectores de actividad.

4. LA PROPUESTA NORMATIVA

Las consideraciones expuestas a lo largo del trabajo podrían plasmarse mediante la introducción de un nuevo art. 44 bis ET que contemplaría las especialidades de la institución sucesoria en el ámbito de las contrata y concesiones de obras y servicios. A tales efectos, se propone la siguiente redacción:

Artículo 44.bis. La sucesión de empresas en el ámbito de las contrata y concesiones

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 44 ET, se presumirá que hay sucesión de empresa cuando para la ejecución de una actividad económica encomendada por un tercero solo sea necesario aportar un conjunto de trabajadores organizados de forma estable, fijándose la contraprestación del encargo como un pago determinado y cierto referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, y en la que el nuevo prestador no asuma el riesgo en la explotación de la actividad.

Se entenderá que existe riesgo en la explotación cuando para asumir o reasumir la ejecución de la actividad económica sea necesario que el nuevo prestador aporte un conjunto de elementos patrimoniales propios del activo material o inmaterial que no hayan sido cedidos o transmitidos por el anterior empresario, sin que quede garantizada la recuperación de las inversiones o los costes de entidad relevante en los que hubiera incurrido para poder atender la explotación de la actividad. Asimismo, existe riesgo operacional cuando la contraprestación recibida venga conformada por la propia explotación de la obra o servicio objeto del encargo asumiendo el riesgo de la demanda, del suministro, o ambos, en los términos establecidos por el artículo 14.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

2. La presente disposición se aplicará tanto a empresas privadas como públicas, con o sin ánimo de lucro, que participen como cesionarias en un cambio de titularidad en la prestación de un servicio o actividad económica en el marco de un proceso de externalización, cambio de contratista o reasunción de la actividad por la empresa comitente. Las Administraciones Públicas únicamente quedarán

exceptuadas cuando se produzca una reorganización de autoridades públicas administrativas o un traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas. En cambio, no quedarán exceptuadas cuando se traspase una actividad o un servicio económico de interés general susceptible de explotación en el mercado.

3. Existirá transmisión de empresas, concurriendo los anteriores requisitos, tanto cuando el nuevo prestador asuma la actividad sin solución de continuidad como cuando reanude o reemprenda su desarrollo tras un periodo de suspensión, con independencia de la causa que motive la interrupción. A tales efectos, se presumirá que no hay transmisión de empresa cuando haya habido una interrupción del servicio superior a 6 meses, salvo que pueda probarse de otra forma que un periodo de inactividad mayor no ha afectado al mantenimiento de la identidad de la entidad económica empleada por el nuevo titular tras el reinicio de la explotación.

La previa extinción de los contratos de trabajo con ocasión del presunto cierre del negocio o finalización de la actividad no constituirá obstáculo para que judicialmente se determine que ha existido una sucesión de empresa. Las extinciones contractuales realizadas con la sola intención de romper la unidad del vínculo laboral, aun cuando se supere el plazo de suspensión previsto de el párrafo primero de este artículo, serán consideradas en fraude de Ley.

4. La negociación colectiva podrá intervenir en la regulación de la subrogación laboral a través de alguna de las siguientes modalidades:

- a) Mejorando las garantías establecidas en el artículo 44 ET.
- b) Imponiendo la obligación de subrogación en aquellos casos en los que no concurren los presupuestos establecidos en el apartado 1 del presente artículo, en cuyo caso las partes tendrán libertad para pactar un régimen de garantías diverso al previsto por el artículo 44 ET.
- c) Limitando la responsabilidad del nuevo prestador por subrogación de deudas anteriores a la transmisión en aquellas actividades para las que no se precise un conjunto de bienes patrimoniales susceptibles de quedar afectos al cumplimiento de los créditos y obligaciones laborales pendientes de pago por el anterior titular.

En relación a la garantía de la responsabilidad solidaria, considero necesario reformular el párrafo primero del art. 44.3 ET para que tenga la siguiente redacción:

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, el cedente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

BIBLIOGRAFÍA

ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2019) «La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria», *Trabajo y derecho* (50), pp. 39-60.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2017) «Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma», *Iuslabor* (1), pp. 1-40 pdf descargado.

(2021) *Índice sistemático sobre «subrogación de empresa», en su blog (Una mirada crítica a las relaciones laborales)*. Disponible en <https://ignasibeltran.com> (20-12-21).

CASTILLO BLANCO, F. (2017) *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. CEMICAL.

CRUZ VILLALÓN, J. (2000) «Outsourcing y relaciones laborales», AEDTSS (ed.) *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo (X Congreso Nacional)*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp. 249-326.

CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. (1998) «Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos», *Revista de derecho social* (3), pp. 9-38.

DESDENTADO BONETE, A. (2002) «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (38), pp. 241-266.

(2004) «Transmisión de empresas: final no demasiado feliz para una divergencia [Ref. LA LEY 2747/4]», *La Ley* (5), pp. 1-2 pdf descargado. BD La Ley Ditigal (03-02-16).

FALGUERA BARÓ, M. Á. (2017) «Sucesión de empresas y contratas: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos Aira Pascual y Securitas», *Ciudad del Trabajo* (1), pp. 147-162.

GÁRATE CASTRO, F. J. (2004) «Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la “propia actividad”», en Gárate Castro, F.J. (Coord.) *Las relaciones laborales en las administraciones locales*. Fundación Democracia y Gobierno Local.

GARCÍA BLASCO, J. (2021) «Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los “umbrales” de efectividad del Derecho del Trabajo», AEDTSS (ed.) *Reestructuraciones empresariales (XXXI Congreso Anual)*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, pp. 87-136.

GARCÍA ORTEGA, J. (2000) «La sucesión de contratistas», en AAVV *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo del profesor Blat Gimeno*. Tirant lo Blanch, pp. 341-382.

GARRIDO PÉREZ, E. (1999) «Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en supuestos de sucesión y rescate de contratas de servicios: la discutible aplicación de la Directiva 77-187 y del artículo 44 ET», *Revista de derecho social* (7), pp. 89-108.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (2002) «Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Ref. LA LEY 1875/2002]», *Actualidad laboral* (1), pp. 1-19 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1989) *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2019) «La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (21), pp. 41-60.

HERRAIZ MARTÍN, M. S. (2007) «De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas [Ref. LA LEY 1860/2007]», *Relaciones laborales* (1), pp. 1-21 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

KAHALE CARRILLO, D. T. (2011) *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*. Aranzadi.

DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2005) *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*. Aranzadi.

MARTÍNEZ MORENO, C. (1999) «Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación [Ref. LA LEY 5831/2002]», *Relaciones laborales* (1), pp. 1-40 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

MONEREO PÉREZ, J. L. (1987) *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

(2012) «Art. 44. La sucesión de empresa», en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Comares, pp. 579-625.

(2017) «Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente», *Trabajo y derecho* (5). BD La Ley Digital (18-12-17).

MONTOYA MELGAR, A. (1978) «El principio de estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España», *Revista de Política Social* (118), pp. 45-67.

MORENO GENÉ, J. (2001) «Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas», en AEDTSS (ed.) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas (XI Congreso Nacional)*, Vol. 1. Ministerio de Trabajo y Economía Social, pp. 421-457.

(2003) *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*. Tirant lo Blanch.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2020) «Sobre cuándo la sucesión de concesiones administrativas y contratos constituye sucesión de empresa», en Gárate Castro, J. y Maneiro Vázquez, Y. (Dir.) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*. USC, pp. 95-100.

DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R. (2005) «El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (58), pp. 221-286.

RIVERO LAMAS, J. (1962) «Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa», *Revista de Política Social* (55), pp. 29-73.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2017) «Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]», *Trabajo y Derecho* (29), pp. 1-27 pdf. BD La Ley Digital (18-05-17).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (2000) «El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española [Ref. LA LEY 5876/2002]», *Relaciones laborales* (2), pp. 1-13 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

SAHÚN PACHECO, R. (2019) *Riesgo operacional y servicio público*. Agencia Estatal BOE.

SALA FRANCO, T. Y PEDRAJAS MORENO, A. (2010) «Los problemas laborales de la sucesión de contratos», en Pellicer), Blasco Pellicer, A. (Dir.) *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz*. Tirant lo Blanch, pp. 385-412.

SAN MARTÍN AGUILAR, L. F. (1997) «Aspectos laborales del cambio de titularidad en los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratos», *Temas laborales* (43), pp. 37-76.

SANGUINETI RAYMOND, W. (2004) «El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma [Ref. 2351/2004]», *Relaciones laborales* (2), pp. 1-18 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

(2006) «Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales». Disponible en: <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/art-suc-contratas-observatorio-wsr.pdf> (07-06-19).

(2007) «Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo», *Revista Derecho Social* (39), pp. 21-50.

SEMPERE NAVARRO, A. V. (1997) «La sucesión de contratas como subrogación empresarial [Ref. BIB 1997/805]», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*(13), pp. 1-6 pdf. BD Aranzadi Insignis.

SERRANO OLIVARES, R. (1997) «La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]», *Relaciones laborales* (2), pp. 1-27 pdf. Disponible en BD La Ley Digital. (03-02-16).

TODOLÍ SIGNES, A. (2015) «Acerca de la sucesión de contratistas [Ref. TOL4.659.301]», en Sala Fanco, T. y otros *Jurisprudencia Social a debate*. Tirant lo Blanch, pp. 1-7 pdf. BD Tirant Online (16-04-17).

VALDÉS DAL-RÉ, F. (2001) *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo.

VICENTE PALACIO, A. (2016) *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*. Atelier.

YAGÜE BLANCO, S. (2018a) «Reversión de actividades externalizadas en el sector público y sucesión de empresa. Algunas cuestiones en torno a la delimitación del supuesto de hecho», *Derecho de las Relaciones Laborales* (9), pp. 991-1009.

(2018b) «Reversión de contratas públicas. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa», *Trabajo y derecho* (40), pp. 81-92.

(2019a) «A vueltas con la subrogación empresarial derivada de una sucesión de plantillas: la precariedad laboral del trabajador externalizado [Ref. BIB 2019/6130]», *Nueva Española de Derecho del Trabajo* (220), pp. 1-20 pdf. BD Aranzadi Insignis (30-11-20).

(2019b) «Entre subrogación convencional y transmisión de empresas: la sucesión de plantillas», *Trabajo y derecho* (52), pp. 37-55.

EL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

RAFAEL MOLL NOGUERA

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

ORCID: 0000-0002-7763-4621

EXTRACTO

Palabras clave: Teletrabajo; trabajo on-line; Administración pública; medios tecnológicos; conciliación vida personal

El presente trabajo pretende dar cuenta de la regulación del teletrabajo en la Administración pública, en particular, en la Administración General del Estado (AGE). A tal fin, se analiza por un lado el Acuerdo sobre teletrabajo alcanzado en la Mesa General de negociación del pasado 12 de abril de 2021 y, por otro lado, se compara con el nuevo Reglamento de Teletrabajo llamado a ratificarlo. En este sentido, se comentan las novedades que la norma introduce, ofreciendo al lector una visión crítica de ambos textos, que acaba con una breve comparación con el recién estrenado régimen, más avanzado, de trabajo on-line en Portugal.

ABSTRACT

Key words: Teleworking; online working; Public Administration; technological means; reconciliation of personal life

The present article aims to offer a complete legal cartography of the regulation of teleworking in the Public Administration, in particular, in the General State Administration (AGE). For this purpose, the Agreement on teleworking reached at the General Negotiating Table on April 12, 2021, is analysed and compared with the new Teleworking Regulations called to ratify it. In this sense, the changes introduced by the Royal Decree are discussed. A critical view of both texts is provided for the reader, which ends with a brief comparison with the newly launched, more advanced, online work regime in Portugal.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL TELETRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
 2. EL ACUERDO SOBRE TELETRABAJO ALCANZADO EN LA MESA GENERAL DE NEGOCIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO
 - 2.1. Limitaciones subjetivas
 - 2.2. Limitaciones objetivas relativas al puesto de trabajo
 - 2.3. Condicionantes en el acceso al teletrabajo
 - 2.4. Derechos y garantías relativos a las condiciones laborales
 - 2.5. Algunas reflexiones críticas
 3. EL NUEVO REGLAMENTO DEL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
 4. NOVEDADES Y DIFERENCIAS RESPECTO DEL ACUERDO CONVENCIONAL
 5. CONCLUSIONES FINALES
 6. POR ÚLTIMO, UNA BREVE COMPARACIÓN CON EL RECIÉN ESTRENADO MODELO PORTUGUÉS
- BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN: EL TELETRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como es sabido, a través de la modificación del art. 47 del EBEP por el RD-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, *de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19*, se dio un nuevo impulso a la modalidad del teletrabajo en el ámbito de las Administraciones públicas. Así, el nuevo art. 47 bis del EBEP vino para establecer el marco común, de carácter básico, para que el resto de las administraciones desarrollaran y concretasen esta modalidad de prestación de servicios adecuándola a sus necesidades.

En efecto, tal y como el propio preámbulo del RD-Ley 29/2020 reconoce, tras enumerar las experiencias comunitarias, nacional y autonómicas previas, la implantación del teletrabajo y su uso efectivo en las Administraciones públicas no ha resultado en la práctica mayoritaria.

Como excepción a esta realidad y, a su vez, como acelerador de su implantación, debe recordarse la extraordinaria mutación de lo presencial a lo virtual que la crisis epidemiológica por la COVID-19 abocó a todas las Administraciones públicas. De este modo, el teletrabajo “de supervivencia”¹ contó con unos mimbres jurídicos de carácter excepcional y temporal a tenor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma en España y la normativa especial posterior. Sin profundizar en los detalles de dicha normativa transitoria, la incorporación del teletrabajo vinculado al COVID-19 procuraba, por un lado,

¹ Rodríguez Fernández, M. L., “Empleo tecnológico y teletrabajo en el empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 4, 2021, p. 98.

reducir la expansión del virus, al posibilitar el uso de medios tecnológicos para realizar tareas a distancia y, por otro lado, mantener y garantizar la actividad y servicios públicos.

Pues bien, ante las ventajas prácticas –ya no solo teóricas– de esta modalidad de prestar el servicio y su compatibilidad –e incluso mejora– con el mantenimiento de los servicios públicos, el legislador nacional español consideró conveniente introducir unas reglas básicas, a modo de principios generales, en el EBEP que sirviesen de base común para el desarrollo de esta figura en todas las Administraciones públicas y para el conjunto de las relaciones de empleo público.

Entre las ventajas consideradas por el legislador está la reducción del tiempo en desplazamientos; la sostenibilidad ambiental; la mejora de la conciliación del desarrollo profesional con la vida personal y familiar; o la flexibilidad en el cumplimiento de la jornada y el horario laboral. Al mismo tiempo, el propio legislador enumera los riesgos que pueden derivarse para la corresponsabilidad en la vida familiar; para la intimidad, confidencialidad, y la protección de datos; la desconexión digital; la evaluación y la planificación preventiva; o la formación en competencias digitales.

En medio de esta dicotomía entre bondades y peligros, y en contra de que pudiera pensarse que el legislador ofrecería respuesta a estos riesgos, lo cierto es que solo actúa para tomar una decisión clara que orientará el desarrollo normativo: la prestación de servicio a distancia mediante la modalidad de teletrabajo no será considerada como ordinaria ni absoluta, garantizándose en todo caso la atención directa presencial a la ciudadanía.

Tampoco fija cómo ha de compatibilizarse ambas formas de prestar el servicio, sino que se remite a cada administración competente para que en su ámbito y en la normativa reguladora correspondiente fije el porcentaje y los criterios para la prestación de servicios mediante teletrabajo. Esta actividad legislativa mínima o básica, que contrasta con la regulación más extensa en el ámbito privado por el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, encuentra explicación en el reparto de competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que en materia de empleo público la competencia estatal solo alcanza la legislación básica (148.1.18ª de la Constitución), de manera que no puede ahogar la competencia de autoorganización de las demás administraciones públicas². Eso sí, entre el contenido básico que introduce la ley estatal, se determina con claridad que será la negociación colectiva la fuente de regulación del teletrabajo en la administración pública.

² En contra, defendiendo que el Estado ha establecido una regulación “claramente insuficiente” siendo “más recomendable regular con mucho más detalle y con un carácter básico la figura del teletrabajo”, vid. Gala Durán, C., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, *Revista sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2021, p. 71.

Por tanto, más allá de esta remisión expresa a la negociación colectiva en la función pública, la mayoría de los contenidos del Real Decreto 29/2020 han sido calificado como meramente “retóricos”³, dado que en realidad no incorporan nada nuevo. En este sentido, y a modo de ejemplo, resulta redundante que se imponga la fijación de criterios objetivos para el acceso a esta modalidad de prestación de servicios cuando la administración siempre debe actuar al amparo de la legalidad y velando por la aplicación reforzada del principio de igualdad entre sus trabajadores.

Aun así, la negociación colectiva en cada administración cuenta con un frontispicio formado por cinco principios generales contemplados en la regulación básica, a saber: voluntariedad, reversibilidad, autorización, igualdad de trato, y gratuidad. En efecto, el nuevo art. 47.bis establece que en todo caso el teletrabajo tendrá carácter voluntario y reversible, salvo en los supuestos excepcionales debidamente justificados (como podría ser, por ejemplo, una crisis sanitaria o ambiental por alta contaminación⁴). Asimismo, atemperando estos principios, se impone necesariamente la autorización para prestar servicios en modalidad de teletrabajo, siempre bajo criterios objetivos y que contribuya a una mejor organización del trabajo. Además, se garantiza la igualdad de trato, con especial mención a la normativa de prevención de riesgos laborales. Por último, la gratuidad para el trabajador viene dada de la obligación genérica para la Administración pública de proporcionar (y mantener) los medios tecnológicos necesarios. Por tanto, la normativa estatal básica se limita a fijar que la negociación colectiva debe ser la fuente que regule el teletrabajo en la función pública respetando estos cinco grandes principios poco delimitados jurídicamente.

No era de extrañar, según apuntan los primeros estudios sobre el terreno⁵, que los nuevos reglamentos sobre teletrabajo de las comunidades autónomas sean muy semejantes a los anteriores a la aprobación del art. 47 bis. Con carácter provisional, se pueden apuntar a dos razones que expliquen este resultado poco novedoso. Por un lado, que las Administraciones públicas a la hora de negociar anteponen la presencialidad al preferir la supervisión directa de la actividad de los trabajadores (asistencia, horario, realización de funciones, etc.). O sea, la primera razón del poco impacto del art. 47 bis sería la desconfianza y el posicionamiento negativo de la Administración pública frente al teletrabajo. Por otro lado, aunque haya pasado desapercibida, la norma estatal no solo aborda el teletrabajo, sino que introduce una línea de cambio en el funcionamiento y organización de las Administraciones públicas: el *Management By Objectives (MBO)*, esto es, la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento. En efecto, el legislador pretende fomentar un cambio en la cultura organizacional de las Administraciones públicas a través del

³ Rodríguez Fernández, M. L., “Empleo tecnológico ...”, *op. cit.*, p. 103.

⁴ Gala Durán, C., “El teletrabajo...”, *op. cit.*, p. 82.

⁵ *Ibidem*, p. 84.

MBO aprovechando las ventajas de las nuevas tecnologías para medir y evaluar el desempeño en las tareas y funciones asignadas a cada trabajador. Por añadidura, el *MBO* conlleva mayores dosis de flexibilidad y libertad para el trabajador, lo que le convierte en un ambiente idóneo y perfectamente compatible con el teletrabajo. A pesar de que los beneficios que reporta tanto para la vida del trabajador como para el buen funcionamiento de la Administración son mayores –lo que se desprende de la experiencia de países en los que el *MBO* lleva implantado décadas, como es el caso de Suecia o Noruega⁶–, en España carecemos de los mecanismos necesarios para identificar y evaluar los objetivos y las responsabilidades de cada puesto de trabajo en la función pública.

En suma, el éxito del teletrabajo en la función pública española tiene como presupuesto la superación de la desconfianza hacia el trabajo a distancia y la apuesta por la asignación de funciones/objetivos cuya evaluación se convierta en la auténtica herramienta para mejorar el funcionamiento de los servicios públicos.

2. EL ACUERDO SOBRE TELETRABAJO ALCANZADO EN LA MESA GENERAL DE NEGOCIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Pues bien, frente al escenario descrito en el que el teletrabajo parece que sigue siendo la *rara avis*, el pasado 12 de abril de 2021 se materializó en el ámbito de la Administración General del Estado (AGE) un avance importante en la regulación de esta modalidad de prestación de servicios. Así, dando cumplimiento a la llamada a la negociación colectiva que realiza la ley estatal, en la correspondiente Mesa General de negociación, los sindicatos CSIF, UGT, CCOO y GIC alcanzaron el *Acuerdo sobre el desarrollo del teletrabajo en la Administración General del Estado*, que supone una apuesta real, aunque tímida, por el teletrabajo. Real porque, por un lado, introduce la lógica de la evaluación por objetivos como presupuesto para el teletrabajo y, por otro, lo acompaña de un conjunto de derechos y garantías; tímida porque la norma convencional contempla serias limitaciones y condicionantes que impiden hablar del teletrabajo como una auténtica alternativa en el modo de prestar servicios en la función pública, sino más bien como una posibilidad para unos pocos.

Si nos detenemos en el contenido de dicho acuerdo, es posible diferenciar a lo largo del mismo –de forma un tanto desordenada– varias limitaciones o condicionantes, por un lado, y derechos y garantías, por otro, que diseñan, en su conjunto, una modalidad de teletrabajo descafeinada.

⁶ Ashfaq, M.; “Magaging by Objectives (MBO) and Governmet Agencies: A critical Review”, *European Journal of Bousiness and Management*, vol. 10, núm. 28, 2018, p. 50.

2.1. Limitaciones subjetivas

En lo que se refiere a las limitaciones al teletrabajo, se identifican hasta de tres tipos: las subjetivas, las objetivas relativas al puesto de trabajo y las que tienen que ver con el modo en el que se accede al teletrabajo.

Así, en primer lugar, en relación con las limitaciones subjetivas, no todo el personal al servicio de la Administración General del Estado se halla dentro del ámbito subjetivo de aplicación de este acuerdo, pues se excluye expresamente a diversos grupos profesionales, entiendo, por razón de la naturaleza o características singulares que concurren en la prestación de servicios de dichos grupos. De esta manera, el acuerdo en materia de teletrabajo no resultará de aplicación a Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia. Tampoco al personal militar de las Fuerzas Armadas ni al personal de las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado. Por último, también se excluye a los trabajadores en establecimientos sanitarios y en centros docentes. Todos ellos se regirán por su normativa específica en materia de teletrabajo (art. 2).

Sin embargo, debe significarse que, al margen de la normativa del teletrabajo vinculado a la pandemia, no encontramos reglas específicas que regulen esta modalidad de trabajo para estos colectivos. De este modo, no se ha incorporado el derecho a teletrabajar ni en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ni tampoco en los Reglamentos aprobados por el Consejo General del Poder Judicial (especialmente el aprobado por el Acuerdo de 28 de abril de 2011, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial). La última referencia al teletrabajo en el ámbito de la justicia se halla en la guía aprobada por el Consejo General del Poder Judicial sobre *Buenas prácticas y adopción de medidas de salud profesional para prevención de contagios*, publicada el 8 de octubre de 2020. Entre sus objetivos se encuentra continuar fomentando la transformación digital siguiendo el mandato legal contenido en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19. De hecho, aunque el contenido de la mencionada ley tiene un marco temporal acotado –hasta el 20 de junio de 2021–, entiende el Consejo que algunas de esas medidas, entre la que se encuentra el teletrabajo, tienen vocación de permanencia para insertarse en la organización y estructuración del trabajo. Así, se establece *sin perjuicio de la regulación estatutaria que pueda realizarse del teletrabajo en la función judicial, la crisis epidemiológica ha mostrado el teletrabajo como el instrumento organizativo más eficaz para mantener la actividad y prestación de servicios públicos*, de tal modo que los presidentes del TS, de los TSJs y de la AN contemplarán entre las medidas organizativas del trabajo, el teletrabajo siempre que concurren *elementos de conectividad suficientes* que garanticen la finalidad y el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a las actuaciones procesales en régimen de presencialidad. Ahora bien, más allá de esta escueta referencia, el resto de contenido del acuerdo responde a la transitoriedad marcada por el COVID-19.

Por su parte, en el ámbito de las Fuerzas Armadas y Cuerpo de Seguridad del Estado, destaca la publicación en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa el 11 de marzo de 2020, la Resolución 430/04057/20, del Subsecretario de Defensa, sobre jornada laboral para el personal militar de las Fuerzas Armadas, con motivo de las medidas excepciones adoptadas por las autoridades de salud pública para la contención del COVID-19. En esta Orden, como medida extraordinaria de conciliación con motivo de la pandemia, se contempla la posibilidad de que los servidores públicos puedan permanecer en su domicilio con los menores o mayores dependientes a su cargo, que se vean afectados por el cierre de centros educativos o de atención a mayores, bajo autorización del jefe de la unidad correspondiente. Más allá de esta norma transitoria, no se ha incorporado el teletrabajo en la Orden DEF/1363/2016, de 28 de julio, por la que se regulan la jornada y el régimen de horario habitual en el lugar de destino de los miembros de las Fuerzas Armadas. Tampoco se encuentra ninguna referencia al teletrabajo en la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas, modificada por la Orden DEF/1471/2021, de 21 de diciembre. De momento, tampoco se ha extendido el teletrabajo a los miembros de la Guardia Civil en la Ley Orgánica 11/2017, de 22 de octubre ni a los de la Policía Nacional en la Ley Orgánica 9/2015 de 28 de julio.

En cuanto al personal en establecimientos sanitarios o educativos, en la medida en la que las competencias se encuentran en manos de las comunidades autónomas y la mayoría de trabajadores en sendos ámbitos también –si bien no todos, véase los trabajadores de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo que depende directamente del Ministerio de Educación–, los negociadores han considerado prudente excluir del ámbito de aplicación del acuerdo a estos dos colectivos.

Por último, debe advertirse que no todos los trabajadores dentro del ámbito de aplicación del acuerdo podrán prestar su trabajo a distancia, sino que es necesario que reúnan, además de los requisitos exigidos en cada caso, una antigüedad mínima de un año en el puesto y en la unidad desde la que pretendan acceder al teletrabajo, y estar en activo en el momento de la solicitud (art. 10). Además, los trabajadores que lo soliciten deberán aportar una declaración responsable de disponer de un espacio y mobiliario adecuados, así como una autoevaluación en donde cada trabajador recoja los riesgos para su seguridad y salud a fin de que sea posible desarrollar la actividad preventiva por parte de la Administración (art. 13).

2.2. Limitaciones objetivas relativas al puesto de trabajo

En segundo lugar, en el acuerdo convencional aparecen limitaciones que van más allá de las exclusiones subjetivas analizadas, y que tienen que ver aspectos objetivos del puesto de trabajo. Así, este derecho está supeditado al principio general de que la prestación de los servicios se garantice (art. 1), por lo que no todos

los servidores públicos podrán acceder a esta modalidad a distancia de trabajo, sino solamente aquellos que ocupen puestos que resulten objetivamente “susceptibles” de ser desempeñados en esta modalidad (art. 3).

A fin de determinar con mayor precisión cuáles son los puestos en los que teletrabajar resulta posible, el acuerdo introduce un procedimiento que cada departamento u organismo público deberá realizar a tal fin. En efecto, se deberá realizar un estudio previo de los puestos susceptibles atendiendo a las tareas encomendadas, previa negociación con las organizaciones sindicales en la mesa delegada correspondiente, de acuerdo con los criterios comunes que se establezcan (art. 4).

En todo caso, los puestos que se estén prestando en teletrabajo, el órgano convocante los relacionará en un listado en el que se identificará el puesto, la persona que lo ocupa, la modalidad de teletrabajo y la fecha de autorización. Toda esta información estará a disposición de las organizaciones sindicales (art. 9).

A mayor abundamiento, este derecho también se hace depender de otras tres variables objetivas y un tanto generales, como son las disponibilidades presupuestarias de cada departamento u organismo público (art. 3); las necesidades del servicio (art. 3); y la superación de los objetivos establecidos (art. 5).

En este último sentido, bajo la lógica de la evaluación por objetivos referida previamente, en cada mesa de negociación en la que se acuerden los puestos susceptibles de prestarse a distancia, también se deberán establecer objetivos y el modo en el que se evaluará su cumplimiento.

A este respecto, en el seguimiento y evaluación se deberá atender al impacto que tiene el teletrabajo no solo en la prestación de los servicios públicos en sí, sino que también en el impacto en los trabajadores y en la organización. De los resultados de esta evaluación obtenidos por la Administración, se les dará traslado a las organizaciones sindicales (art. 5). Por lo que se refiere a la evaluación sobre el trabajador, se deberá analizar desde una perspectiva de género y de corresponsabilidad y el impacto psicosocial. En lo que atañe a la organización, se deberá evaluar los efectos de carácter geográfico, entre otros (art. 5).

2.3. Condicionantes en el acceso al teletrabajo

En tercer lugar, aparecen los condicionantes relativos al modo en el que trabajador accede a la modalidad del teletrabajo. De entrada, se contemplan dos sistemas alternativos de acceso basados en criterios objetivos (art. 9): el primero será a través de una convocatoria pública periódica, como mínimo anual; el segundo mediante un sistema de gestión de solicitudes previas bajo autorización (art.3). En ambos casos, el reconocimiento o autorización para prestar los servicios en la modalidad a distancia exigirá con carácter previo un informe del superior jerárquico, sin que el mero cumplimiento de los requisitos para el acceso a la

convocatoria presuponga la concesión (art. 9). Ahora bien, en caso de que se denegara la solicitud, la Administración deberá motivar objetivamente su decisión (art. 10).

Además de los criterios objetivos que establezca cada Administración, también se podrá tener en cuenta otros criterios de índole subjetivo, como la discapacidad, la salud, ser víctima de terrorismo o violencia de género, etc. (art. 10). Entendemos que dentro de esta posibilidad abierta se deben entender incluidas las razones de conciliación o corresponsabilidad como criterio preponderante para acceder al teletrabajo, si bien sorprende y se echa en falta su mención expresa.

Una vez autorizado, es necesario que se suscriba un “acuerdo de teletrabajo” individual, en el que se incluyan todas las condiciones de la prestación del servicio. Entre ellas, el acuerdo destaca la partición de jornadas de teletrabajo y presencial; horario de disponibilidad; tareas y objetivos; criterios de evaluación; ubicación o duración de la autorización; referencia a las causas de suspensión y revocación; y condiciones para la prórroga (art. 18).

2.4. Derechos y garantías relativos a las condiciones laborales

El pacto alcanzado en el seno de la Administración General del Estado también recoge un conjunto de derechos y garantías que delimitan las condiciones laborales que acompañan a la modalidad del teletrabajo.

De partida, el teletrabajo será siempre voluntario y reversible para el trabajador (art. 1), salvo circunstancias excepcionales de fuerza mayor que supongan la restricción o limitación de la movilidad, como por ejemplo, una emergencia sanitaria.

Asimismo, el cambio en la modalidad en la que se presta el servicio no podrá suponer un perjuicio en los derechos que le corresponden como empleado público, sino que mantendrá tanto los individuales, como los colectivos.

Es más, se deberá velar con especial atención el respeto al derecho a la intimidad o la desconexión digital, confidencialidad y protección de datos (art. 7), sin que el acuerdo convencional desarrolle o concrete cuáles son las garantías efectivas al respecto. Se mantiene igualmente el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud (art. 11), destacándose la protección específica contra los factores psicosociales ligados al technoestrés y al aislamiento social (art. 12). Los requisitos preventivos en cuanto a la evaluación de estos riesgos no se determinan por los negociadores, sino que hacen una llamada al legislador para que adapte, a este respecto, el RD 67/2010 de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado.

En relación con la jornada laboral, se reitera la idea de que debe garantizarse en todo caso la atención presencial a la ciudadanía (art. 2), lo cual se concreta en

la prohibición de una modalidad total de teletrabajo (art. 15). El diseño adoptado del teletrabajo en la Administración General del Estado es el híbrido o mixto, de tal suerte que parte de la jornada podrá realizarse a distancia, pero necesariamente se deberá seguir acudiendo en persona al centro de trabajo. De esta manera, como regla general, se seguirá prestando el servicio en modalidad presencial al menos dos días a la semana y, como mucho, tres días en modalidad a distancia.

De manera excepcional, y únicamente como medida de política territorial destinada a cubrir plazas en determinadas partes del territorial nacional que suelen quedar vacantes, en el marco de la Estrategia frente al Reto Demográfico (bien en zonas de declive demográfico o bien en lugares de difícil cobertura) se podrá elevar el teletrabajo hasta el 90 % de la jornada en cómputo mensual.

En todo caso, como mecanismo de control y seguimiento de la prestación laboral, la Administración podrá fijar un horario fijo de disponibilidad y localización dentro de la jornada laboral, así como otros mecanismos de control de jornada, como el fichaje, y seguimiento de la gestión y trabajo encomendados en los objetivos previamente fijados (art. 16).

Por lo demás, y aunque resulte difícil de justificar, los negociadores han pactado un tiempo máximo absoluto en el que cada trabajador podrá teletrabajar, pues la duración de la modalidad del teletrabajo no podrá ser superior, incluyendo las prórrogas, a dos años en la modalidad general (art. 19).

Por último, se reconoce el derecho de las personas que trabajen en la modalidad de teletrabajo a que la Administración les proporcione, por un lado, el equipo informático con tarjeta de datos y las aplicaciones, herramientas ofimáticas y de ciberseguridad necesarias para su actividad y, por otro lado, la formación específica en el uso de dichas herramientas técnicas, incluyendo todo lo relativo a la seguridad de la información y protección de datos en el teletrabajo (art. 14). Obsérvese que no resuelve la incógnita de si la Administración deberá contribuir a sufragar parte de los gastos necesarios en los que incurra el trabajador para prestar el servicio en la modalidad a distancia, como pudiera el precio de la luz.

2.5. Algunas reflexiones críticas

En general, podría afirmarse que el acuerdo convencional trata de satisfacer –de forma claramente insuficiente– el mandato legislativo recogido en el art. 47 *bis* EBEP de concretar los términos en los que el teletrabajo debe implementarse en la Administración General del Estado. Debe reconocerse que este acuerdo no agota la virtualidad que la negociación colectiva ha de desplegar en la implantación de esta modalidad en la Administración pública, en tanto en cuanto serán las correspondientes mesas generales de negociación las llamadas a determinar con mayor precisión los términos y los criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio. Por ello, podría deducirse que este acuerdo se presenta

como un acuerdo marco que fija las coordenadas mínimas a respetar por el conjunto de órganos y departamentos pertenecientes a la Administración General del Estado. Sin embargo, lo cierto es que materialmente dedica poca atención al reconocimiento y desarrollo de derechos de los trabajadores en la modalidad de teletrabajo, centrándose, por el contrario, en la regulación de las limitaciones y requisitos de acceso. Es más, podría hasta pensarse que lejos de potenciar e impulsar el teletrabajo en la Administración, los negociadores se acercan con desconfianza a esta modalidad de prestación de servicios.

A este respecto, la principal crítica que pueda realizarse es que no se ha considerado la perspectiva de género a la hora de fijar los términos en su acceso y en su desarrollo, pues no aparece ni siquiera mencionado que esta modalidad tenga como una de sus finalidades la consecución de políticas de conciliación y de corresponsabilidad.

Por lo demás, la desconfianza hacia el teletrabajo se vuelve evidente en el momento en el que el acuerdo, a la vez que parece querer implementar el modelo del *Management By Objectives*, fija la obligatoriedad de un sistema híbrido en el que la prestación de servicios desde la oficina se vuelve inexcusable y contempla mecanismos de control basados en la disponibilidad y localización del trabajador. Para colmo, el teletrabajo se presenta como un experimento organizacional habida cuenta de que su duración máxima será de dos años, con independencia de los resultados que se obtengan, lo que choca con toda lógica en la gestión de los recursos humanos y demuestra que de momento no es una modalidad realmente alternativa al trabajo en la oficina.

En definitiva, habida cuenta de que el marco legal lo permite, sería deseable que los negociadores realmente adoptaran un acuerdo que impulsará el teletrabajo basado en una lógica de consecución de objetivos, y en el que se desarrollaran con mayor alcance y de forma más exhaustiva los derechos de los trabajadores en esta modalidad. En fin, sería igualmente oportuno establecer mecanismos de transparencia, basados en el acuerdo con los representantes de los trabajadores, para que el teletrabajo se presentara como un derecho abierto, universal y gratuito.

3. EL NUEVO REGLAMENTO DEL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

3.1. Novedades y diferencias respecto del acuerdo convencional

A fecha de hoy, está pendiente de aprobarse definitivamente el texto del Real Decreto por el que se regula el teletrabajo en la Administración del Estado, que estuvo sometido a trámite de información pública del 15 de diciembre de 2021 hasta el 4 de enero de 2022, y cuya entrada en vigor se había anunciado para enero

de 2022⁷. Este Real Decreto requerirá alrededor de dos meses para su tramitación efectiva y publicación en el BOE, que, aunque estaba prevista para finales de febrero de 2022, lo cierto es que se ha ido retrasando⁸. A ello, habría que sumar, de acuerdo con la Disposición Final segunda del mismo, tres meses para la fijación por parte de las administraciones de los criterios que definan los puestos que pueden prestarse en teletrabajo, y cuatro meses más para la concreción en cada departamento, lo que situaría la aplicación real para finales del año 2022 o principios del 2023. En todo caso, no se esperan alteraciones sustanciales con respecto del texto actual, habida cuenta de que se asienta sobre el pacto convencional alcanzado con los sindicatos.

En efecto, según reza en el propio texto, este Reglamento da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 47 *bis* EBEP, aprobándose para el ámbito de la Administración del Estado una norma con la que establecer un marco jurídico que sirva de base y coordine los instrumentos de los distintos departamentos ministeriales y organismos públicos. Recuérdese que el referido artículo afirma que el teletrabajo se realizará en “los términos de las *normas* que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de *negociación colectiva* en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicios”. En este sentido, debe significarse que el art. 38.3 EBEP establece que para la validez y eficacia de los acuerdos alcanzados que versen sobre materias laborales competencia de los órganos de gobierno será necesaria su aprobación expresa y formal por parte de estos, pudiendo, en última instancia a tenor de los arts. 83.3 y 83.7 EBEP, apartarse del acuerdo convencional inicial⁹.

En este caso, y para despejar las dudas, el nuevo Reglamento aclara que se ha elaborado sobre la base del diálogo y colaboración con los representantes sindicales, cristalizado en el Acuerdo de la Mesa General de la Administración General del Estado sobre desarrollo del teletrabajo en la Administración General del Estado de 12 de abril de 2021. Y reiterando esta idea de respeto hacia el diálogo social se insiste en que el Real Decreto surge del Acuerdo con los representantes sindicales de la Mesa General de la Administración General del Estado sobre desarrollo del teletrabajo en la Administración General del Estado de 12 de abril de 2021.

⁷ Se recibieron un total de 501 aportaciones al texto en audiencia pública, de las que el 84 % provienen de la ciudadanía, el 12 % de asociaciones profesionales y el 4 % de organizaciones sindicales.

⁸ Según informaba el 17 de marzo la actual Secretaria de Estado de Función Pública, el Reglamento se publicará durante el primer semestre de 2022, si bien el Gobierno dispone, para cumplir con este compromiso con la Unión Europea, de todo el año 2022 para su aprobación.

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/hacienda/Paginas/2022/170322-estrasburgo.aspx>.

⁹ Roqueta Buj, R., *Derecho del Empleo Público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 589.

La necesidad de aprobar un reglamento no solo viene marcada por la normativa vigente, sino también por el hecho de que la Secretaría de Estado de Función Pública adoptó con fecha 15 de septiembre de 2021 una resolución vinculante sobre el retorno a la presencialidad en la Administración General del Estado, restringiendo el trabajo telemático a los empleados públicos a un máximo de un día semanal (un 20 por ciento de la jornada) a partir del 1 de octubre de 2021. Esta resolución obvia el acuerdo convencional alcanzado y justifica el regreso al trabajo presencial por haberse superado el 70 por ciento de personas vacunadas con pauta completa en España. De este modo, se consolida que la modalidad ordinaria de prestación de servicio en la Administración General del Estado para todo su personal será la presencial en el centro de trabajo, sin perjuicio de los criterios y pautas que se establecen para los colectivos especialmente sensibles frente a la COVID-19 por la autoridad sanitaria, si bien podrá realizarse por medios telemáticos, previa autorización y siempre que las funciones sean susceptibles de prestarse a distancia, hasta un 20% de la jornada de trabajo semanal que podrá realizarse por las tardes o acumularse en un día completo o incluso un 100% en caso de personal especialmente sensible o en cuarentena obligatoria.

En este punto procede, por un lado, examinar cuáles son las novedades que este Reglamento incorpora, de haberlas, en relación con el acuerdo alcanzado el pasado año ya analizado previamente; y por otro lado, tratar de captar cuál es el papel que el Reglamento reserva al teletrabajo en las Administraciones públicas. Por tanto, debe advertirse que el análisis no será redundante con el ya efectuado y no se volverá a analizar el contenido coincidente.

De entrada, la exposición de motivos del Real Decreto repite las consideraciones previas en torno al teletrabajo en la sociedad actual que constan en el acuerdo convencional, si bien añade más razones que justifican la aprobación de esta norma y profundiza en los riesgos que entraña –contenido coincidente con el preámbulo del RD-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo sobre la importancia del teletrabajo.

A continuación, al igual que se recogía en el acuerdo convencional, el teletrabajo no se presenta como una modalidad alternativa y ordinaria de prestación de servicios, sino que por el contrario se contempla como una *rara avis*, como una modalidad extraordinaria. De este modo, a pesar de las bondades descritas en el preámbulo de la norma asociadas al teletrabajo, la forma ordinaria es y seguirá siendo el trabajo presencial.

Precisamente, entre las finalidades que el legislador asocia al trabajo a distancia –mejor ordenación del trabajo, la reducción de costes o revertir el declive demográfico en determinadas zonas del territorio nacional– no se encuentra la potenciación de la conciliación personal o familiar. De hecho, el legislador deja claro en el art. 1 que el teletrabajo no supondrá una alteración del régimen de conciliación al que cada trabajador, a tenor de la normativa vigente, tuviera derecho.

El Real Decreto aporta, tal vez, una mayor seguridad jurídica en tanto en cuanto concreta algunas cuestiones, como por ejemplo, la definición de conceptos importantes. Así, merece la atención el significado legal dado al concepto de “persona teletrabajadora”, pues lejos de lo que pudiera pensarse, se entiende por aquel empleado público que realiza la prestación del servicio en una parte de su jornada en régimen de teletrabajo y la otra parte restante en el centro de trabajo. A tenor de ello, resulta evidente que el teletrabajo en la Administración públicas no podrá ser total y, por tanto, tampoco una modalidad alternativa al trabajo presencial, sino complementaria, pues en la propia definición de teletrabajador se incluye la obligación de continuar prestando servicios de modo presencial. De forma tajante, el art. 4 del Reglamento restringe de forma intensa la conceptualización del teletrabajo en la Administración pública, al establecer que no es un derecho del empleado público ni está asociado a ninguna plaza concreta, sino que su naturaleza jurídica es la una posibilidad u opción sujeta a las necesidades organizativas del servicio.

También se precisa más el ámbito de aplicación, pues a diferencia del acuerdo convencional en el que solo se recogía las exclusiones, el Real Decreto señala, en primer lugar, que resultará aplicable a la propia Administración General del Estado, pero también, a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social; a los organismos públicos de acuerdo con lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁰; a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, que se rijan por la normativa general de Función Pública¹¹ (art. 3 del Reglamento). A mayor abundamiento, se recoge en la Disposición Adicional Segunda la posibilidad de extender el campo de aplicación a otros organismos públicos del sector público estatal no incluidos si se establece de forma expresa en sus instrumentos de ordenación del personal. Del mismo modo, respecto de las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, así como en la Fundaciones del sector público, se podrá aplicar este Reglamento atendiendo a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable y las adaptaciones necesarias recogidas en los instrumentos de ordenación de recursos humanos. En segundo lugar, se señalan las mismas exclusiones ya recogidas en el acuerdo convencional, a saber, personal militar de las Fuerzas Armadas; el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; el personal destinado en establecimiento sanitarios; el personal que preste

¹⁰ Debe entenderse que se refiere a los organismos públicos estatales, recogidos y regulados en el Capítulo III (arts. 88 y siguientes) de la Ley 40/2015.

¹¹ Por ejemplo, las entidades públicas empresariales de ámbito estatal reguladas en los art. 103 y siguientes de la Ley 40/2015 se incluirían en esta categoría. También las Agencias Estatales (art. 108 bis), las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal (art. 109), los consorcios (art. 118) de la Ley 40/2015.

servicios en centros docentes o de apoyo a la docencia; y los jueces, magistrado y fiscales y demás personal funcionario o laboral al servicio de la Administración de Justicia. Si bien puede identificarse una pequeña diferencia, pues desaparece la remisión a la normativa específica en materia de teletrabajo para estos colectivos, salvo para el personal al servicio de la Administración de Justicia, para los cuales sigue contemplándose dicha remisión.

En la misma línea que el acuerdo, el Reglamento prevé la necesidad de establecer por la Comisión Superior de Personal unos criterios comunes que permitan a los distintos organismos públicos decidir qué puestos de trabajo resultan susceptibles de prestarse en modalidad teletrabajo (art. 5). Será imprescindible negociar con los sindicatos en las respectivas mesas tanto la fijación de los criterios comunes como su aplicación dentro de cada organismo.

En todo caso, se añaden tres condiciones necesarias que deben cumplir los puestos susceptibles de ser desempeñados en la modalidad de teletrabajo (art. 7), al exigirse, de forma acumulativa, que se garantice la comunicación permanente durante la jornada laboral; que no se requiera de la disponibilidad del trabajador para su prestación inmediata; y que las funciones a desempeñar resulten programables. De forma un tanto contradictoria, el Reglamento exige por otro lado que la persona teletrabajadora esté en disposición de acudir presencialmente en un plazo breve a su puesto de trabajo cuando, por razones de urgente necesidad, sean convocada, en el número de horas que se haya establecido en el acuerdo de teletrabajo¹².

El Reglamento, a diferencia del acuerdo, ofrece un listado meramente ejemplificativo (“entre otros”) de qué puestos son los idóneos para teletrabajar, identificándolos con aquellos que se fundamenten en tareas de estudio y análisis de proyectos, elaboración de informes y asesoría, redacción, corrección y tratamiento de documentos, gestión de sistemas de información y comunicaciones, gestión de expedientes íntegramente por medios electrónicos y propuestas de resolución de recursos. En sentido opuesto, también se ilustra los puestos en los que no sería posible teletrabajar con carácter general, por ejemplo, los que lleven aparejadas funciones directivas, de confianza o asesoramiento especial¹³. Tampoco se podrá teletrabajar cuando sea necesario supervisión presencial o continuada.

Por lo demás, en el seno de cada organismo público, se deberá negociar los indicadores cuantificables y evaluables que permitan determinar la continuidad de la prestación en la modalidad teletrabajo. En este sentido, en el Reglamento se crea

¹² En el caso de la modalidad del teletrabajo contra la despoblación, el plazo será objeto de la modulación necesaria en función de la ubicación geográfica autorizada a la persona teletrabajadora.

¹³ No acaba de entenderse que el personal directivo tenga vetada la posibilidad de teletrabajar, por lo que no sería de extrañar que el texto final del Reglamento atendiese a la reclamación formulada por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (Fedeca), permitiendo que los altos funcionarios también pueda acogerse a esta modalidad.

la figura de “la persona supervisora” (art. 2). Coincidirá con el superior jerárquico y será el competente para decidir si el trabajador puede continuar teletrabajando o, por el contrario, a la luz de los resultados obtenidos en los indicadores individuales, debe retornar a la absoluta presencialidad.

En cuanto a las modalidades de teletrabajo, el Reglamento no se aparta del acuerdo alcanzado, estableciendo con carácter general tres días a la semana en modo teletrabajo y dos de trabajo presencial. Se introduce una restricción importante, sobre todo desde una perspectiva de género, según la cual en ningún caso la jornada diaria podrá fraccionarse para su prestación en modalidades presencial y por teletrabajo (art. 9).

Como excepción a este régimen, aparecen las modalidades vinculadas a los problemas demográficos en nuestro territorio, en los que la presencialidad baja hasta el 10 % en computo mensual.

Por un lado, la norma matiza que en relación con las zonas en declive demográfico será competencia del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico identificar en cada momento cuáles son. A este respecto, la norma parece exigir un cambio efectivo en la residencia habitual de los trabajadores públicos hacia estas zonas en declive como requisito formal para beneficiarse del incremento en la modalidad teletrabajo, salvo que el trabajador, evidentemente, ya estuviera viviendo en esa zona. Eso sí, a efectos del art. 3.1 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, el Reglamento del Teletrabajo expresamente rechaza que estos desplazamientos, aunque se encuentren en términos municipales distintos, generen derecho a compensación alguna (DA 7ª).

Por otro lado, otra modalidad de política de repoblación es la que consiste en potenciar el teletrabajo para cubrir las plazas ofertadas en organismos públicos que por su ubicación son difíciles de ser ocupados, como, por ejemplo, en zonas en las que el alto precio del alquiler de la vivienda hace que muchos trabajadores rechacen esos puestos y queden desiertos, véase algunos puestos en Ibiza. En este caso, el Reglamento declara competente a la Secretaría de Estado de Función Pública.

En ambos supuestos surgen la incógnita de qué impacto social real tendrá el desplazamiento de estos empleados públicos cuando, en esencia, estarán teletrabajando en sus domicilios. En este sentido, podría plantearse la facultad de la Administración pública para controlar y verificar que el teletrabajador realmente presta los servicios on-line desde el nuevo territorio y no desde su anterior ubicación. En todo caso, el Reglamento añade una novedad relativa a la duración máxima del teletrabajo, ya que se aparta del régimen general de dos años, y podrá prolongarse mientras dure el mantenimiento de las causas que motivaron su autorización. Otra diferencia que aparece es que no se exige al trabajador la antigüedad mínima general de un año en la unidad y puesto (art. 14).

Precisamente, en relación con la duración máxima fijada, con carácter general, en dos años en el acuerdo convencional, incluyendo las posibles prorrogas, el Reglamento contempla además, de forma acertada, la posibilidad de alargar el teletrabajo más allá, si bien lo supeditada, primero, a una nueva solicitud con carácter previo a la finalización del primer periodo y, segundo, que el plan de teletrabajo no contemple la necesidad de prestar servicios de manera presencial tras la finalización del acuerdo de teletrabajo original (art. 8).

En materia de derechos, nuevamente llama la atención la parca e imprecisa regulación que pivota sobre el derecho a la prevención de riesgos laborales y el derecho a la protección de datos de carácter personal. Respecto del primero, el Reglamento exige que el teletrabajador envíe dos declaraciones responsables previas a la autorización, en las que informe, por un lado, que dispone de un espacio físico y mobiliario de trabajo adecuado y, por otro, de que conoce las medidas preventivas propuestas por la Administración así como su compromiso de respetarlas, cuyo incumplimiento será causa de revocación del teletrabajo. Esta última declaración se realizará sobre la base de un cuestionario que el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales aportará y que deberá valorar para desarrollar la actividad preventiva necesaria.

En cuanto al segundo de los derechos, el referido a la protección de datos, el Reglamento se remite a los derechos recogidos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Expresamente se señala que los mecanismos de control que se implementen para garantizar la disponibilidad en la jornada y horario laboral deberán garantizar la propia intimidad del trabajador conforme a lo dispuesto en el art. 14.j *bis* del EBEP. En la misma línea, respecto de los medios tecnológicos puestos a disposición del trabajador para preste sus servicios, se deberá respetar el derecho a la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones.

Más allá de estos dos derechos, aparece precisamente la cuestión relativa a los medios tecnológicos y formación para la prestación de servicios mediante teletrabajo, a la que el Reglamento dedica una sección propia. Se aclara que la Administración será la que proporcione y mantenga los medios tecnológicos, formados por un equipo informático con acceso a internet o “una solución tecnológico equivalente” y las herramientas ofimáticas, de trabajo en remoto o colaborativo y de ciberseguridad necesarias.

Eso sí, el Reglamento contempla tres novedades importantes sobre los medios tecnológicos. Primero, en caso de que se averíen o presenten alguna limitación dichos medios o que se usen para finalidades diferentes a las de prestar servicios será posible dar por finalizada la prestación en modalidad de teletrabajo (arts. 20 y 21). Segundo, podrán ser utilizados como instrumento de control adicional para verificar los tiempos de conexión y los trabajos remitidos (art. 22). Tercero, la implementación del teletrabajo en las Administraciones públicas se llevará a

cabo con los medios ya existentes y no podrá suponer incremento de gasto público (DA 1ª). En esta línea, se fija la fecha de 31 de diciembre de 2023 para que las Administraciones públicas cumplan con el deber de entregar el material tecnológico necesario al teletrabajador. Hasta tal fecha, y en caso de que el organismo público no disponga de equipos corporativos suficientes, podrá acordarse que la prestación se realice utilizando los equipos personales del empleado público, siempre con el consentimiento expreso de este, sin que conlleve derecho a compensación alguna (DA 3ª).

Por otro lado, la formación será previa al inicio de la prestación de servicios, aunque posterior a la concesión de la autorización, y consistirá en recibir información sobre el manejo de herramientas informáticas y, en particular, sobre las medidas a adoptar en materia de seguridad informática y protección de datos. De forma complementaria, se prevé que se desarrolle por el Instituto Nacional de Administración pública (INAP) un plan de capacitación en competencias digitales (DA 4ª). En este sentido, con fecha de 12 de enero de 2021 el INAP ha hecho público el *Marco de Competencias para el Teletrabajo de las empleadas y empleados públicos*, que constituye el primer paso para el desarrollo de un plan de capacitación y certificación en competencias digitales. En él se incluyen elementos para la evaluación, desarrollo y acreditación de estas competencias, entre las que destacan la alfabetización en entornos digitales; navegación, búsqueda y filtrado de información, datos y contenidos digitales; evaluación de información, datos y contenidos digitales; almacenamiento y recuperación de información; análisis y explotación de datos. Cada una de estas competencias se encuentra detalladamente descrita y en su conjunto configuran un total de tres perfiles competenciales progresivos de usuario digital según el nivel básico, intermedio o avanzado.

En último lugar, el Reglamento se dedica a detallar los aspectos del procedimiento relativos a la solicitud, autorización, tramitación y resolución. Su contenido es prácticamente coincidente con las previsiones del acuerdo convencional, si bien se añaden algunas novedades de interés. Respecto de los requisitos del solicitante, se contempla la obligación de dominar las herramientas necesarias y tener las competencias digitales necesarias. A modo de incompatibilidad, no se podrá acceder al teletrabajo si se desempeña un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público o en el privado (art. 14). Por último, en lo que se refiere a la autorización, el Reglamento exige atender a la perspectiva de género, debiéndose garantizar que la distribución sea representativa de la distribución por géneros de la plantilla de cada organismo público, imponiendo un umbral máximo de desviación que no podrá ser superior a 10 puntos porcentuales, superado el cual no se podrán conceder más autorizaciones.

3.2. Conclusiones finales

Como se ha visto, el Reglamento de Teletrabajo incorpora algunas novedades, algunas positivas y otras negativas, respecto del acuerdo alcanzado con los sindicatos en la Mesa General de Negociación. Precisamente, el hecho de que el Reglamento modifique el texto acordado se presenta como una anomalía a tenor del art. 38.3 EBEP, pues el RD debería limitarse a ratificar el acuerdo sin margen para introducir modificaciones de calado, salvo que el Gobierno libremente rechazase su ratificación, lo que daría lugar a una renegociación del acuerdo. Es más, aunque la validez y eficacia del acuerdo depende de la necesaria aprobación expresa y formal por el Gobierno, nada hubiera impedido a la Administración General del Estado cumplir con el acuerdo alcanzado en lugar de demorar su ratificación y aprobar una resolución transitoria más restrictiva hacia el teletrabajo.

Con todo, hay errores que se mantienen y que en su conjunto dibujan una modalidad de teletrabajo desvirtuada. Así, se contrasta a lo largo del Reglamento la desconfianza general hacia el teletrabajo. Ello se hace evidente en la preferencia hacia el control directo del teletrabajador en lugar de implementar el modelo del *Management By Objectives*. Condiciones como el control directo de la jornada, del horario, de la disponibilidad inmediata o la vigilancia a través de los propios medios tecnológicos de trabajo demuestran que este Reglamento sigue descansando en la lógica organizacional que vincula la productividad a la presencia del trabajador, aunque sea en su propia casa.

Esta visión recelosa sobre el teletrabajo explica que se impida teletrabajar la jornada completa, aunque ello fuera posible o incluso positivo para los intereses de la propia Administración, como pudiera ser la liberación de espacios o el ahorro energético. Por tanto, el teletrabajo sigue sin ser una modalidad alternativa, sino complementaria, al trabajo presencial. Y es que se exige siempre y en todo caso un mínimo de presencialidad en la oficina, incluso en aquellas modalidades asociadas a los retos demográficos. Precisamente en este último caso, la concesión de un régimen de teletrabajo más ventajoso (recuérdese que puede ascender al 90% en computo mensual) no resulta del todo coherente con el objetivo perseguido, al exigirse de forma obligatoria, y con independencia de las circunstancias de cada caso, tanto las personales como las del servicio, que el trabajador retorne a su centro de trabajo original –ubicado seguramente en un pueblo o ciudad alejado de su nueva residencia. Con independencia de la incógnita previamente apuntada sobre si la Administración está facultada para verificar la ubicación geográfica desde la que se conecta el teletrabajador, tal vez se produzca el efecto contrario y se desincentive el objetivo demográfico que persigue esta medida, pues la norma no solo parece exigir un cambio de residencia sin compensación alguna, sino que además impone el deber de desplazarse para seguir prestando servicios de forma presencial, tampoco sin compensación. En fin, no resulta coherente con el nombre del Ministerio que impulsa esta medida, pues los desplazamientos innecesarios

al lugar de trabajo para cumplir con el 10 % exigido no ayudarán a la transición ecológica.

A mayor abundamiento, el Reglamento consolida una concepción limitada y fuertemente condicionada de los puestos susceptibles en los que teletrabajar es posible que, de forma agregada, no podrán superar el 60% dentro de un organismo (art. 12). El conjunto de ejemplos ofrecidos por la norma nos da pistas de cuáles serán probablemente los criterios comunes que se fijarán y que acabarán dibujando un teletrabajo limitado a puestos sin contacto inmediato ni urgente con el ciudadano, como pudiera ser el intelectual o el gestor administrativo. En todo caso, esta concepción individualista del teletrabajo sobre la que descansa el acuerdo convencional y este Reglamento debe rechazarse, pues una auténtica potenciación del teletrabajo requeriría superar mediante técnicas organizativas originales y creativas las posibles dificultades objetivas para trabajar a distancia en lugar de tomarlas como razones impeditivas.

Otro motivo de crítica al Reglamento es que sigue sin desarrollar los derechos específicos de los teletrabajadores a través de un ejercicio de remisiones generales a otras normativas sin que realmente se dé respuesta a los desafíos y riesgos que acompañan a esta modalidad de trabajo, alguno de los cuales se nombran, paradójicamente, en el propio preámbulo de la norma: tecnoestrés, aislamiento, o pérdida de la cultura organizativa. A los que habría que añadir alguno otros como la desigualdad digital.

A este respecto, resulta censurable que no se acompañe de una memoria económica que dote de habilitación presupuestaria al teletrabajo. En su lugar, se demora hasta finales del año 2023 la obligación que tienen las Administraciones públicas para facilitar los medios tecnológicos al trabajador, incluso llegado el momento podrá denegar la solicitud de teletrabajo precisamente por falta de disponibilidad presupuestaria. Como solución transitoria –aunque seguramente se transforme en una práctica habitual–, el trabajador podrá teletrabajar con sus propios medios sin recibir ninguna compensación. Es más, si se le avería su material informático, el trabajador se verá obligado a sufragar la reparación o adquirir uno nuevo, pues en caso contrario se revocará la autorización de teletrabajar. Seguramente la aportación y mantenimiento de los medios por parte del propio trabajador, por muy voluntaria que sea, si se presenta como requisito para acceder al teletrabajo resulte contraria al art. 47 *bis* del EBEP, pues este precepto claramente impone que la Administración debe proporcionar y mantener los medios tecnológicos necesarios para el teletrabajo. En este sentido, este Reglamento del teletrabajo en la Administración pública resulta menos tuitivo y avanzado que lo previsto en el ámbito privado, pues los arts. 7, 11 y 12 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia desarrollan con mayor alcance el deber empresarial de dotar y mantener al trabajador con los medios, equipos y herramientas necesarias y asumir los gastos de su mantenimiento o reparación, reservando un papel preferente en ello a la negociación colectiva.

Por último, debe ponerse en valor algunas mejoras que el Reglamento introduce. Por un lado, se contempla tangencialmente la perspectiva de género. Solo en lo que se refiere a la autorización por sexos dentro de un mismo organismo, garantizándose mediante la fijación de un umbral máximo de desviación que tanto mujeres como hombres acceden en condiciones de igualdad al teletrabajo. Sin embargo, se adolece de una visión integral de la perspectiva de género como finalidad principal del teletrabajo, pues de haberse tenido en cuenta se permitiría fraccionar la jornada diaria para su prestación en modalidades presencial y por teletrabajo, posibilidad totalmente prohibida en el Reglamento¹⁴. Seguramente este extremo será revisado en el texto final que se publique, según ha adelantado la Directora General de Función Pública, permitiendo la combinación de jornada¹⁵.

Una segunda mejora introducida es la posibilidad de prolongar la duración del teletrabajo más allá de dos años, pues la fijación de una duración máxima absoluta no encontraba justificación en el acuerdo. Ahora bien, esa mejora es limitada pues se supedita, primero, a una nueva solicitud con carácter previo a la finalización del primer periodo y, segundo, que el plan de teletrabajo no contemple la necesidad de prestar servicios de manera presencial tras la finalización del acuerdo de teletrabajo original (art. 8).

4. POR ÚLTIMO, UNA BREVE COMPARACIÓN CON EL RECIÉN ESTRENADO MODELO PORTUGUÉS

A finales del año 2021, el Parlamento portugués aprobó una de las últimas reformas legislativas pendientes antes de que se disolviera de forma anticipada y desembocara en la celebración de unos nuevos comicios electorales. Así, con el apoyo mayoritario de los grupos de izquierda y tras un largo procedimiento legislativo de años se aprobó la Ley 83/2021 de 6 de diciembre, que modifica el régimen de teletrabajo, entrando en vigor el 1 de enero de 2022.

Desde el punto de vista de la Administración pública, esta norma solamente modifica la Ley 7/2009 (Código de Trabajo portugués) y no la Ley 35/2014 (Ley General del Trabajo en Funciones Públicas), por lo que pudiera pensarse que su ámbito de aplicación se limita al ámbito privado. No obstante, el art. 5 de la norma señala expresamente que el régimen jurídico del teletrabajo incorporado al Código

¹⁴ Parece que el Reglamento mimetiza una práctica habitual en los convenios colectivos de imponer que la prestación on-line y la presencial se distribuyan por jornadas completas. A este respecto, léase Goerlich Peset, J. M., “El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, núm. 2, abril-junio de 2021, p. 15.

¹⁵ <https://www.economiadigital.es/economia/gobierno-permitir-funcionarios-teletrabajo.html> (consultado 23/03/2022).

de Trabajo será igualmente aplicable a la Administración pública en todos sus niveles, esto es, administración central, regional y local, con las adaptaciones que fueran necesarias.

Por tanto, este régimen unitario y común del teletrabajo en Portugal contrasta con el ordenamiento jurídico español, en el que hay una separación normativa a la hora de regularlo en el ámbito público y el privado. En efecto, el RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia y más tarde la Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia excluye del ámbito de aplicación al personal laboral de las Administraciones públicas, remitiéndose a su normativa específica, el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgente en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas que introdujo el art. 47 *bis* en el EBEP ya analizado al principio de este trabajo¹⁶.

A continuación debe significarse que el régimen portugués, a diferencia del caso español, delimita el teletrabajo como una medida especialmente eficaz para conciliar trabajo y vida personal o familiar. En efecto, según el art. 166 del Código de Trabajo portugués, los trabajadores con hijos menores de tres años podrán prestar sus servicios en modalidad on-line si la naturaleza de la actividad lo permite, pudiéndose ampliar hasta que el menor cumpla los ocho años en algunos supuestos, como por ejemplo, en familias monoparentales o en el caso que solamente un progenitor esté en disposición de teletrabajar. Asimismo, los trabajadores que se encarguen de los cuidados informales de familiares también podrán acceder a esta modalidad a distancia durante un periodo máximo de cuatro años seguidos o intermitentes. Además, el teletrabajo se presenta como un derecho y no como una concesión empresarial, en la medida en que la norma solamente lo hace depender de la naturaleza de la actividad, sin que el empleador pueda oponerse, salvo “exigencias imperiosas del funcionamiento de la empresa”. Puede observarse que el teletrabajo en Portugal sí es una modalidad alternativa real al trabajo presencial, al poderse prestar íntegramente los servicios a distancia.

Además de esta configuración mucho más avanzada del derecho a teletrabajar, la norma portuguesa también se detiene a regular cuestiones en la que el teletrabajo puede tener incidencia. Así, se garantiza que las reuniones con los trabajadores deban efectuarse siempre dentro del horario laboral. También, en caso de ser necesario que el trabajador se desplace al centro de trabajo, será el empresario quien asuma los gastos que ello genere. Especial importancia tiene la protección que

¹⁶ Sobre las diferencias entre ambos regímenes, además de la diferencia ya señalada del deber de facilitar los medios, éstas se mueven en torno a los aspectos conceptuales, en la voluntariedad y en la operativa, véase la ponencia de Goerlich Peset, J. M., “Regulación del teletrabajo en el empleo público”, en la *Jornada Restos del Teletrabajo a distancia: del RDL 28/2020 a la Ley 10/2021* celebrada el 23 de septiembre de 2021 en la Universitat de Valencia.

<https://www.youtube.com/watch?v=ISeTU6N3XGs> (consultado el 14 de enero de 2022).

recibe la privacidad e intimidad del trabajador, pues se prohíbe imponer medios de control de imagen o sonido que garanticen la conexión permanente del trabajador.

Por lo demás, la norma portuguesa, a diferencia de la española, responde a los retos actuales que acompañan al teletrabajo. En primer lugar, se contempla el derecho a la desconexión digital, al prohibirse contactar con el trabajador fuera de la jornada laboral. En segundo lugar, a efectos de reducir el riesgo de aislamiento psicológico, se prevé la obligación de promover reuniones presenciales con el resto de los compañeros por intervalos de dos meses. En tercer lugar, el empleador deberá asumir el gasto de todas las averías que puedan sufrir los materiales informáticos, incluyendo aquellos que sean propiedad del trabajador y haya podido usar para prestar servicios. En cuarto lugar, se deberá consultar al trabajador sobre los materiales informáticos antes de actualizarlos para que este muestre sus preferencias. En quinto y último lugar, habrá exámenes de salud específicos de carácter anual para vigilar el impacto del teletrabajo en la salud del trabajador, tanto física como psicológica, con el fin de adoptar y actualizar las medidas preventivas de forma individualizada.

En fin, esta breve comparación con la normativa portuguesa nos permite reforzar la conclusión final de que la regulación española del teletrabajo en la Administración General del Estado, tanto la convencional como la legal, se acerca con desconfianza hacia esta nueva modalidad; no recoge un catálogo claro de derechos digitales; no aprovecha el potencial que permiten las nuevas tecnologías para avanzar en conciliación y corresponsabilidad; ni da respuestas a los desafíos que acompañan al trabajo on-line.

BIBLIOGRAFÍA

ASHFAQ, MUHAMMAD, “Magaging by Objectives (MBO) and Governmet Agencies: A critical Review”, *European Journal of Bousiness and Management*, vol. 10, núm. 28, 2018, pp. 49-53.

BRUFAO CURIEL, PEDRO, “Cuestiones jurídicas generales sobre el teletrabajo en las administraciones públicas”, en Juan Francisco Rodríguez Ayudo y Elena Aitenza Macías (Coords.), *El nuevo marco legal del teletrabajo en España. Presente y futuro, una aproximación multidisciplinar*, Madrid: Wolkers Kluwer, 2021, pp. 63-84.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA., “El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 11, pp. 1413-1437.

GALA DURÁN, CAROLINA, “El teletrabajo en las Administraciones Pública”, *Revista sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2021, pp. 69-94.

GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO, “La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso”, *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 72, pp. 1-21.

GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA, “El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, núm. 2, abril-junio de 2021, pp. 1-29, p. 15.

GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA, “Regulación del teletrabajo en el empleo público”, en la *Jornada Restos del Teletrabajo a distancia: del RDL 28/2020 a la Ley 10/2021* celebrada el 23 de septiembre de 2021 en la Universitat de Valencia <https://www.youtube.com/watch?v=lSeTU6N3XGs> (consultado el 14 de enero de 2022)

GÓMEZ ABELLEIRA, FRANCISCO JAVIER, *La nueva regulación del Trabajo a Distancia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

MAURI I MAJOS, JOAN, “La regulación del teletrabajo en las entidades locales”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. extra-4, 2021, pp. 54-75.

RAMOS MORAGUES, FRANCISCO, “El trabajo a distancia en la administración pública”, en M. LÓPEZ BALAGUER (Dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 341-352.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MARÍA LUZ, “Empleo tecnológico y teletrabajo en el empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 4, 2021, pp. 92-109.

ROQUETA BUJ, REMEDIOS, *Derecho del Empleo Público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

SALA FRANCO, TOMÁS, “El teletrabajo en las administraciones públicas”, en Tomás Sala Franco (Coord.), *El teletrabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 145-160.

TERRÓN SANTOS, DANIEL, “El control del teletrabajo en la administración, en particular la evaluación del desempeño”, en Juan Francisco Rodríguez Ayudo y Elena Aitenza Macías (Coords.), *El nuevo marco legal del teletrabajo en España. Presente y futuro, una aproximación multidisciplinar*, Madrid: Wolkers Kluwer, 2021, pp. 85-106.

Comentarios de jurisprudencia

¿PUEDE UN FUTBOLISTA SER INDEMNIZADO POR TÉRMINO DE SU CONTRATO CON SU CLUB?

*Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2020
(ECLI:ES:TS:2020:344)*

RODRIGO MIGUEL BARRIO*

SUPUESTO DE HECHO: Respecto al conflicto planteado en la sentencia, la parte demandante es futbolista profesional en un equipo del Campeonato Nacional de Liga de Primera División, donde desarrolla sus tareas durante el periodo que transcurre del 20 de julio de 2010 hasta el 30 de junio de 2014. La parte empleada reclama a su entidad deportiva una indemnización por término de su contrato laboral. En el supuesto objeto de análisis, la parte actora tiene un contrato de duración determinada, con un salario de 725.000 euros, a razón de 20.000 € mensuales, 485.000€ de prima de contrato anual, más aquellas derivadas de incentivos logrados por cada campaña deportiva. Reclama la indemnización por término contractual, por un importe de 95.342 euros, al no renovarse el mismo a petición de la propia entidad deportiva que quiere poner fin a tal relación laboral.

RESUMEN: Es objetivo del presente trabajo abordar los efectos de la STS 344/2020, de 23 de enero, por el cual se examina y se determina el derecho de los deportistas profesionales, y más específicamente un futbolista, a recibir indemnización por término contractual con la entidad deportiva de la que dependía. Se acaba así con una inestable situación doctrinal previa que, habiendo abordado, desde un punto de vista nacional y comunitario, la obtención de esta indemnización en diferentes trabajadores temporales, especialmente aquellos de carácter interino, denegaba este derecho a los deportistas profesionales.

* *Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal.* rmiguel@ubu.es

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTRATO TEMPORAL EN LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EUROPEA
 - 2.1. Aproximación a la situación.
 - 2.2. Una visión desde el prisma del derecho de la Unión.
 - 2.3. Un nuevo horizonte igual de contradictorio. Los interinos públicos en la reciente doctrina y jurisprudencia nacional y europea.
3. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO DEPORTIVO
 - 3.1. Delimitación del ámbito laboral del deportista.
 - 3.2. Delimitación del ámbito laboral de los entrenadores y técnicos deportivos.
4. LA STS 344/2020 Y LA UNIFICACIÓN (Y RATIFICACIÓN) DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO
 - 4.1. Aproximación a los hechos.
 - 4.2. La respuesta del Tribunal: la sentencia de contradicción, razonamiento y casación.
5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de un deportista profesional, aun considerado como una relación laboral de carácter especial, goza de una serie de garantías igualmente estipuladas para las restantes personas trabajadoras. Al ser una relación especial, la regulación ha de estar enfocada en la adaptación de la situación general a la particular, sirviendo el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) como norma de aplicación supletoria al Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (en adelante RDDP). No obstante, no es menos cierto que el carácter del actual Real Decreto tiene una mayor fijación en los deportistas profesionales que prestan su actividad en equipos colectivos como el fútbol, balonmano, *futsal*, o baloncesto¹. No obstante y siguiendo a Casanova Guasch², no existe óbice alguno para no calificar de laboral la prestación deportiva de aquellos deportistas que ejercitan deportes individuales y hacen de esta profesión su medio de vida, tal y como sucede con los tenistas o golfistas. Respecto a todos estos trabajadores, se han venido aplicando criterios jurisprudenciales muy dispares e incluso discriminatorios en cuanto al reconocimiento de ciertos derechos que les son propios, basándose para ello, particularmente, en que aquellos que juegan a estos deportes —el vocablo jugar, aun cuando parezca inicialmente tener un carácter despectivo o infantil, no es incompatible con la función laboral ejercitada, sino

¹ Monereo Pérez, J. y Cardenal Carro, L., *Los deportistas profesionales: Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2010, pp. 10-11.

² Casanova Guasch, F., *El estatuto jurídico del agente de deportistas. Estudio de su problemática*, Reus, Madrid, 2015, pp. 41-42.

que es una simple denominación específica a su trabajo³– obtienen unos salarios suficientemente elevados que justifican tales desigualdades.

La cuestión de mayor interés doctrinal radica cuando la norma, tanto especial como general, no certifica exactamente una situación, abriendo un posible abanico de situaciones que han de ser resueltas por los órganos jurisdiccionales. Ese es el supuesto de la indemnización por el término de su contrato, la cual ha sido altamente puesta en duda por el motivo económico antes mencionado. Es por ello que la sentencia objeto del presente estudio⁴ STS 344/2020, de 23 de enero de 2020 viene a otorgar una respuesta que unifica los criterios jurisprudenciales y ratifica un halo de protección en favor de estos profesionales del ámbito deportivo⁵.

Por tanto, el trabajo va a realizar un primer acercamiento al contrato temporal y a la finalidad de la indemnización por finalización del término pactado, para pasar a continuación a un análisis de parte de la muy variada jurisprudencia europea –sin olvidar las interpretaciones de los órganos nacionales– sobre esta materia, especialmente interesante en cuestiones de interinidad, para acabar con un estudio del contrato específico de los deportistas y la reciente jurisprudencia que unifica la disparidad de criterios existentes hasta la fecha.

2. EL CONTRATO TEMPORAL EN LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EUROPEA.

2.1 Aproximación a la situación

El Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, regula los diferentes contratos temporales: (a) contrato para obra o servicio determinados, de duración incierta y limitada al tiempo exigido para la obra o servicio; (b) contrato eventual por circunstancias de la producción, con una duración máxima de “seis meses dentro de un periodo de doce meses”, pudiéndose, por convenio colectivo sectorial, modificar la duración y periodo del mismo, no pudiendo exceder “dieciocho meses ni una duración máxima del contrato que exceda de las tres cuartas partes del período de referencia legal o convencionalmente establecido”; (c) contrato de interinidad para la sustitución de “un trabajador de la

³ Rubio Sánchez, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 114.

⁴ STS 344/2020, de 23 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:344).

⁵ Viqueira Pérez, C. y Basterra Hernández, M., “No hay deportistas de élite para el Derecho del Trabajo: la indemnización por término del contrato temporal”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (R JL)*, 4/2020, pp. 1-9, esp. p. 9.

empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo” con una duración que sea equivalente al “del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo”, y en el ámbito de la Administración pública, conforme a la duración de los procesos selectivos. En este último supuesto, la práctica diaria de la administración ha creado una insostenible situación que, en palabras de Cano Galán⁶ ha provocado una dilatación de los procesos selectivos de 10 a 30 años, a consecuencia de falta de dotación presupuestaria, dificultades organizativas o negligencia. Desde el prisma jurisprudencial, gran importancia han tenido las resoluciones del TJUE dando respuesta, especialmente a conflictos surgidos en materia de interinidad por vacante, analizándose los efectos derivados del mismo y las indemnizaciones, tal y como se examinará en el apartado posterior.

La indemnización por despido es un componente de protección en favor del trabajador ante una medida arbitraria del empleador⁷ por el daño (principalmente económico) ocasionado a la parte afectada. En los supuestos de contratos temporales, una vez que llega a su fin, la indemnización puede ser entendida, en principio, como una satisfacción a su favor ante la pérdida de trabajo –sin importar la actividad realizada, con excepción a los contratos de interinidad y los contratos formativos, los cuales se encuentran ajenos a la obtención de esta retribución– ajena a su voluntad. Pero nada más lejos de la realidad, puesto que esta compensación no tiene la misma finalidad que aquella acaecida en el despido objetivo de un trabajo de carácter indefinido⁸. Se busca evitar una idea que asimile a la contratación temporal como la fórmula más atractiva para la empresa, evitando el abuso en su práctica a través de un coste para el empleador. No se tienen en consideración, en su adopción, las variables socioeconómicas que sí son el fundamento básico para la justificación de la indemnización en un despido de personal indefinido, obviándose este componente de efectos sobre la persona.

Sobre esta cuestión es de importancia resaltar las conclusiones emitidas por la Abogacía General Sra. Juliane Kokott, en el asunto Grupo Norte Facility, S.A.

⁶ Cano Galán, Y., “El contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo y la respuesta del Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio”, *Diario la Ley*, 9898/2021, pp. 1-18, esp. p. 2. Disponible en: <https://www.smarteca.es>

⁷ Alfonso Mellado, C. y Fabregat Monfort, G., “La indemnización del despido”, en L.M. Camps Ruiz (coord.), J.M. Ramírez Martínez (coord.), T. Sala Franco (coord.), *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 309-324, esp. pp. 311 y 312.

⁸ Sepúlveda Gómez, M., “La indemnización por extinción del contrato de interinidad. Cambio de doctrina del Tribunal de justicia europeo”, *Temas Laborales*, 144/2018, pp. 185-195, esp. pp. 194-195.

contra Ángel Manuel Moreira Gómez⁹, que aunque se centran en un supuesto de contratación temporal de interinidad, manifiesta aspectos importantes para el cálculo de la indemnización por término de contrato temporal conforme a la existencia de una situación comparable con aquel personal trabajador indefinido. Delimita la indemnización que se ha de recibir en cada supuesto valorado y la motivación de la misma, señalando en los supuestos de un trabajo fijo que la indemnización tiene su justa causa en la frustración ocasionada por la falta de continuidad en un puesto de trabajo que se podía llegar a prever más duradero en el tiempo. Por contraparte, esta situación no se ocasiona en un contrato temporal, no existe tal sorpresa por la finalización del mismo, pues desde su firma se conoce la característica de provisionalidad, aun cuando esta se extienda más de lo debido. No obstante, la indemnización basa su ser en el principio de no discriminación (párrafo 42) por el cual el empleador ha de valorar igualmente los pagos a realizar sin importar la modalidad contractual, pudiendo y debiéndose, no obstante, valorar como cuantía diferente ambas indemnizaciones al estar ante situaciones diferentes (párrafo 81).

2.2. Una visión desde el prisma del derecho de la Unión

Desde un punto de vista europeo, esta materia es igualmente muy discutida, especialmente por el amplio acervo doctrinal del TJUE, el cual tiende a ser contradictorio, creando un universo jurisprudencial fraccionado y de necesaria reconstrucción a cada nuevo planteamiento del órgano judicial. Una volátil interpretación que intenta corregir los desajustes provocados por una dispar doctrina y una escasa “reacción legislativa”¹⁰.

Todo ello a consecuencia de la interpretación del derecho interno y su hipotética confrontación con 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, la cual centra su interés en la mejora de la “calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación”¹¹ (Cláusula 1), no pudiendo ser tratados “de una manera

⁹ Conclusiones de la Abogacía General Sra. Juliane Kokott, en fecha de 20 de diciembre de 2017, Grupo Norte Facility, S.A. contra Ángel Manuel Moreira Gómez, C.574/16.

¹⁰ Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Personal interino del sector público y nombramientos abusivos a la luz del asunto «Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez»”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18/2020, pp. 8-37, esp. p. 30.

¹¹ El principio de no discriminación es el eje vertebrador sobre el que gira el cuerpo legal europeo. El considerando 14 de la Directiva manifiesta “las partes contratantes expresaron el deseo de celebrar un Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que establezca los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo; han manifestado su deseo de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y su voluntad

menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada” (Cláusula 4). Se entiende así que si la indemnización es consecuencia de las condiciones de trabajo en favor del empleado indefinido que es despedido, esta medida ha de garantizarse de igual manera al trabajador temporal en base al ya citado principio de no discriminación. Esta directiva ha sido interpretada por la muy variada jurisprudencia europea, siendo resaltable aquella que de igual manera ha sistematizado de manera conjunta el artículo 49.1. c) ET. Es por ello que es de interés analizar la Sentencia del afamado supuesto C-596/14¹² contra el Ministerio de Defensa español.

El TJUE remarca la necesidad de no vulnerar el principio de no discriminación¹³ tal y como está reconocido en el Acuerdo marco 1999/70 ya resaltado anteriormente, así como en muy variada jurisprudencia¹⁴, manifestando la existencia de incertidumbres “en cuanto a la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos” (Apartado 22)¹⁵. La corte valora la existencia de una condición de trabajo conforme a la firma de un contrato laboral entre ambas partes (apdo. 28), los elementos retributivos concedidos (apdo. 29) así como la determinación del plazo de preaviso, precisándose que una interpretación que excluya los requisitos de finalización del contrato temporal supondría un detrimento en el derecho a la no discriminación de este tipo de trabajadores (apdo. 30), debiendo ser indemnizado al ser parte del concepto de

de establecer un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo”.

¹² STJUE (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, Ministerio de Defensa, C-596/14, ECLI:EU:C:2016:683.

¹³ Apdo. 33: “el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado”

¹⁴ Véanse SSTJUE (Sala Sexta) de 17 de abril de 1997, Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) y Coopérative du Trieux, C-15/95, ECLI:EU:C:1997:196, apdo. 35; (Sala Sexta) de 13 de abril de 2000, C-292/97, ECLI:EU:C:2000:202, apdo. 39; (Sala Sexta) de 6 de marzo de 2003, Bezirksregierung Hannover, C-14/01, ECLI:EU:C:2003:128, apdo. 49; (Sala Tercera) de 30 de marzo de 2006, Reino de España contra Consejo de la Unión Europea, C-87/03 y C-100/03, ECLI:EU:C:2006:207, apdo. 48; (Gran Sala) 11 de julio de 2006, Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, C-313/04, ECLI:EU:C:2006:454, apartado 33; (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2011, Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, C-177/10, EU:C:2011:557, apdo. 65.

¹⁵ Se remarca que este principio de no discriminación ha sido aplicado exclusivamente en cuestiones relativas a las diferencias existentes en las condiciones laborales del personal indefinido y de duración determinada, tal y como sucede con, a modo de ejemplo, el Auto del Presidente de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010, Poste Italiane SpA, C-20/10, EU:C:2010:677; y el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de marzo de 2013, Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (IMDECO), C-178/12, EU:C:2013:150.

condiciones de trabajo, aunque sea un contrato de trabajo de duración determinada (apdos. 31-32).

Respecto a las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta, valora la posibilidad de trato diferenciado, siendo necesario la existencia de una justificación objetiva, no pudiéndose basar en causas temporales. Vuelve a reiterar que quienes estén bajo la modalidad de contrato de interinidad, a pesar de no estar incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco (apdo. 38), han de ser indemnizados a la terminación de su contrato (apdos. 46-52), lo que conlleva una obligatoriedad en cuanto a su cumplimiento por parte de los Tribunales nacionales al primar la interpretación comunitaria sobre el derecho nacional¹⁶, y más en el supuesto de disconformidad con la misma¹⁷.

Este cambio jurisprudencial era de gran trascendencia pero a su vez generó una cierta desconfianza e indecisión que llevó al dictado de sentencias que seguían la línea jurisprudencial marcada¹⁸ así como otras que rehuían de este nuevo planteamiento¹⁹. Tras varias cuestiones prejudiciales y dudas acerca de cómo aplicar esta nueva interpretación jurisprudencial, el Tribunal Supremo decide plantear una nueva cuestión ante el TJUE en el caso C-596/14, a consecuencia de la indecisión por la cuestión “que se torna compleja –y sobre la que se producen grandes dificultades de comprensión– se refiere a la fijación de cuál debe ser el elemento de comparación para determinar el importe de la indemnización por extinción del contrato cuando esta extinción se produce por el cumplimiento de la finalidad del contrato temporal (reincorporación de la trabajadora sustituida) [...] Por otra parte, la indemnización que la ley española prevé para la extinción de los contratos por causas objetivas (20 días por año) es exactamente la misma con independencia de que el contrato extinguido sea temporal o indefinido [...]”²⁰. Con

¹⁶ Benito-Butrón Ochoa, J.C. y Benito-Butrón González, A., “Matizando la acelerada aplicación (de oficio) del criterio jurisprudencial comunitario (STJUE 14-9-2016 C.596-14)”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 10/2017, pp. 83-90, esp. p. 89.

¹⁷ Es de interés resaltar las “Conclusiones provisionales del grupo de expertos sobre la STJUE 14.9.2016, caso ‘de Diego Porras’” publicadas en informe de 17 de febrero de 2017, en las cuales, de manera sintetizada, promueven evitar los contratos en fraude de ley a través de un mayor control, así como evitar el “encadenamiento sucesivo de contratos, estableciendo un plazo máximo de duración para esta modalidad contractual, y previéndose en tal caso una nueva causa de despido objetivo vinculada a la extinción de la situación de reserva de puesto de trabajo”. La comisión realiza una crítica conceptual a la sentencia del TJUE ante la equiparación de extinción por terminación contractual y extinción por causas objetivas, considerando que, a nivel general, la resolución “no ha dado una respuesta suficientemente precisa y segura al tema debatido”.

¹⁸ A modo de ejemplo puede citarse la STSJ País Vasco 2279/2016 (Sala de lo Social), de 15 de noviembre, ECLI:ES:TSJPV:2016:2956.

¹⁹ STSJ de Madrid 913/2017 (Sala de lo Social), de 23 de octubre, ECLI:ES:TSJM:2017:11865.

²⁰ Auto TS (Sala de lo Social, Sección 1ª, de 25 de octubre de 2017), RJ\2017\4698, FJ. 3.

la intención de convencer al TJUE sobre la no vulnerabilidad del principio de no discriminación, rechaza la tesis de interpretar que todos los contratos han de tener la misma indemnización, no existiendo tal acto discriminatorio entre indefinidos y temporales, defendiendo la postura del legislador español de indemnizar con 12 días por año los contratos temporales y no a los contratos de interinidad, puesto que esta medida basa su interés en la lucha contra el posible fraude de ley²¹.

A modo transitorio es de interés resaltar nuevamente las ya citadas conclusiones emitidas por la Abogacía General Sra. Juliane Kokott, por las cuales se pretende dar respuesta a todas las recientes cuestiones prejudiciales. Se remarca que la condición de trabajo no ha de ser aplicada de manera restrictiva pues se afectaría al propio ordenamiento jurídico y a la lucha por la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral, materia que la Unión Europea ha mostrado un amplio interés²². Respecto a la indemnización, tal y como ya se ha manifestado en el anterior apartado, la Abogada General parte de la idea de definirla como una compensación por la falta de continuidad, pero en los supuestos de temporalidad esta situación es conocida, no suponiendo discriminación alguna que el importe sea menor que en los supuestos de relación contractual indefinida.

Antes de entrar a conocer de nuevo el asunto C-596/14, el TJUE resuelve los asuntos C-677/16 (Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid)²³ y C-574/16

²¹ FJ. 5, apdo. B.3: “De lo que se trata ahora es de dilucidar si el legislador nacional, que opta por una determinada medida de disuasión del abuso de la contratación temporal – el abono de la indemnización de 12 días–, puede diferenciar entre las distintas modalidades contractuales o si, por el contrario, puede entenderse que las particularidades específicas de cada una de esas modalidades justifica que una determinada medida se considere innecesaria para tal finalidad [...] No obstante, podría tenerse en cuenta que en el contrato de interinidad confluyen dos trabajadores (el interino/sustituto y el sustituido) respecto de un único empleo, lo que no sucede en las otras dos modalidades de contrato temporal. De ahí que, la indemnización pudiera servir de mecanismo disuasorio para evitar la pérdida de un empleo en el caso de la terminación de estos dos tipos de contratos, pero no se produce tal reducción de la plantilla en el caso de que el interino cese por reincorporación del trabajador sustituido”.

²² Tal y como puede observarse a través del dictado de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social la Directiva del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

²³ STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, C-677/16, ECLI:EU:C:2018:393.

(Grupo Norte Facility)²⁴ para analizar si el régimen nacional respecto a las indemnizaciones en los contratos temporales de interinidad es ajustado al Acuerdo marco, y fijar una línea jurisprudencia sólida ante las amplias interpretaciones dispares generadas por la doctrina europea. Vuelve a señalar que la extinción de un contrato de trabajo se encuentra incluida en el concepto de condiciones de trabajo o empleo de la cláusula 4.1 del Acuerdo marco, pero a su vez, y en los asuntos específicos, percibe que no existe discriminación alguna respecto a la indemnización recibida al haber causas objetivas, pudiéndose, conforme a la normativa española, efectuarse un tratamiento diferente si existieren tales razones objetivas. Por consiguiente, acepta que “el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año trabajado en la empresa en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo” (C-574/16, Apdo 59) así como “al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida” (C-677/16, apdo 63).

El Tribunal conociendo de nuevo sobre el asunto²⁵, efectúa una nueva interpretación, ya adivinada parcialmente por las antecedentes resoluciones así como las conclusiones de la Abogacía General, manifestándose que la indemnización por sí misma no produce efectos disuasorios de la utilización de la contratación temporal ni sirve como fórmula para espolear la contratación indefinida, pues el abono de la misma es independiente de posibles actuaciones abusivas (apdos. 92-95 entre otros). En relación a la tercera cuestión prejudicial, el tribunal manifiesta que incumbe al Tribunal Supremo encontrar la existencia de “otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad” (apdos. 100-101) más allá de la indemnización para valorar si se opone o no a la cláusula 5 del Acuerdo marco. Se pone fin así a una convulsa línea jurisprudencial que, en palabras de Ortega Lozano y Monereo Pérez²⁶, conlleva (1) la no existencia de discriminación de los empleados interinos ante la falta de indemnización por término de su relación contractual; (2) en la misma línea, la inferior indemnización recibida por un empleado temporal no

²⁴ STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility SA, C-574/16, ECLI:EU:C:2018:390.

²⁵ STJUE (Sala Sexta) de 21 de noviembre de 2018, Ministerio de Defensa, C-619/17, ECLI:EU:C:2018:936.

²⁶ Ortega Lozano, P.G. y Monereo Pérez, J.L. “Interinidad e indemnización extintiva como problema: finalización de la relación laboral del interino por reincorporación del trabajador al que sustituye e inexistencia de indemnización: STS-SOC núm. 207/2019, de 13 de marzo”, Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL), 4/2019, pp. 1-10, esp. pp. 8-9.

supone discriminación alguna respecto a quienes ostentan un cargo indefinido; recae en el juzgador nacional el análisis del caso concreto para, en los supuestos de excesiva duración de la temporalidad, debe de ser recalificado como indefinido (o, en palabras del TJUE, “fijo”) a consecuencia de la existencia de fraude de ley. Este pronunciamiento sirvió de base para el establecimiento de una nueva doctrina unificadora del Tribunal Supremo que estableció unas bases claras ante la disparidad de criterios que se habían ocasionado²⁷.

2.3. Un nuevo horizonte igual de contradictorio. Los interinos públicos en la reciente doctrina y jurisprudencia nacional y europea

Aun cuando la jurisprudencia parecía dar una respuesta sólida, no sólo a los supuestos de interinidad, sino a los trabajos temporales desde un punto de vista general, nuevos frentes surgían de la vasta doctrina europea, prosiguiendo con una turbulenta línea jurisprudencial, muy alejada de establecer un rumbo claro para que nuestros tribunales internos puedan realizar una clara y precisa delimitación. Brevemente, pues no es objeto primordial del tema aquí estudiado, van a desarrollarse los aspectos de mayor trascendencia en las interpretaciones del tribunal situado en Luxemburgo.

²⁷ El Tribunal Supremo a través de su STS 207/2019, de 13 de marzo, ECLI: ES:TS:2019:945, dictó jurisprudencia contraria a la idea de indemnización del favorable al personal contratado temporal interino al ser un puesto de trabajo que ya se encuentra por otra persona trabajadora que tiene derecho a reserva del mismo: “La diferencia de trato no está en la indemnización otorgada a los trabajadores fijos respecto de los temporales en situaciones idénticas, sino en la distinta indemnización que la ley establece en atención a la causa de extinción; siendo así que, cuando el cese obedece a la finalización del contrato de duración determinada, es obvio que no puede haber comparación posible con un trabajador indefinido, porque tal causa de extinción no concurre en ese tipo de contrato de trabajo. La posibilidad de extinción por causas objetivas, en caso de que las mismas causas concurren, afectaría por igual a un trabajador temporal y a un indefinido” (FJ. 3); “negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad, no sólo la que calcula la sentencia con arreglo a los 20 días del despido objetivo, sino, incluso, con arreglo a los 12 días que el art. 49.1 c) ET fija para los contratos para obra o servicio y acumulación de tareas. Nos resta añadir que, por más que “a priori” pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo. Además, dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE). Nada de ello no concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET. Por último, el estímulo que para la empresa pudiera suponer el ahorro de la indemnización de 12 días mediante la prórroga del contrato temporal o a la conversión en fijo, no tiene aquí sentido puesto que el empleo permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse” (FJ. 4).

Loa asuntos acumulados C-103/18/ C-429/18²⁸ desembocaron en una sentencia que creó una gran expectación entre los órganos jurisdiccionales así como el personal estatutario interino de las Administraciones públicas²⁹. La cuestión surge respecto al personal temporal interino de larga duración del sector público, y en el caso concreto, de quienes prestan sus labores en el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Madrid en tal situación contractual. Esta resolución refuerza los derechos del personal interino, recayendo en los tribunales internos la responsabilidad de toma de eficientes decisiones, conforme al ordenamiento español, para sancionar los posibles abusos contractuales que se lleven a cabo (ap. 81), debiéndose de estar a las circunstancias de cada caso concreto. No obstante, el tribunal “puede aportar precisiones destinadas a orientar a dichos juzgados en su apreciación” (ap. 91) –tal y como ya advirtió en el caso ‘de Diego Porras’– las cuales pueden tender a ser meramente orientativas o ser la respuesta. Como respuesta frente al abuso de la temporalidad, considera que la Oferta de Empleo Público es una medida válida (“prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada a la espera de que dichas plazas se provean de manera definitiva”), siempre y cuando se convoque dentro de los plazos adecuados (ap. 95), situación no acaecida en los casos que analiza, perdiendo esta idoneidad y eficiencia (ap. 98).

Respecto a la transformación de aquellos contratos abusivos en la categoría de indefinidos no fijos, el TJUE muestra reticencias (ap. 102) e incluso señala que los “propios juzgados remitentes consideran que esta medida no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco”, siendo una medida que no les permite “disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo”. Y respecto a la posible indemnización a abonar en caso de despido improcedente, la misma ha de tener la finalidad de compensar los efectos nocivos de la utilización abusiva y fraudulenta de las relaciones laborales de duración determinada (ap. 103). La indemnización es una medida compensatoria de “los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”, debiendo de ser no sólo “proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula”. Como punto final, el tribunal señala que no se exige la fijeza como una medida para acabar con la temporalidad al no caber en el ordenamiento jurídico español, siendo la superación de un proceso selectivo la única vía para ello

²⁸ STJUE (Sala Sexta) de 19 de marzo de 2019 C.103/18 y C.429/18) contra la Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud), ECLI:EU:C:2020:219. Para un análisis pormenorizado del mismo véase el ya citado Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Personal interino del sector público y nombramientos abusivos a la luz del asunto «Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez»”, op. cit.

²⁹ Fernández Domínguez, J.J., “El abuso en el nombramiento de personal estatutario interino: irregulares, pero no fijos: Comentario a la STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18), asuntos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez”, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), 1/2020, pp. 166-176, esp. p. 168.

(ap. 130). Puede resumirse que la sentencia valora el marco normativo español como insuficiente para dar una respuesta, siendo tarea del legislador la adopción de medidas para sancionar la problemática surgida. Recae en los tribunales la valoración y ponderación de la indemnización, cuestión ya valorada previamente por el Tribunal Supremo en las sentencias previas³⁰.

Aun cuando ha habido resoluciones intermedias³¹, es necesario dar paso al asunto IMDRA³² por el cual una trabajadora formalizó un contrato de interinidad desde 2003 hasta 2016. A modo de resumen se van a sintetizar los aspectos más trascendentales de la resolución: (1) La calificación de indefinido es una medida adecuada para la lucha contra la temporalidad (contrario al asunto C-103/18/C-429/18). (2) El TJUE recuerda que los Estados Miembros, conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo marco, deben de, únicamente, prevenir la existencia de un abuso de temporalidad y fraude en la misma, pudiendo utilizar aquellos medios que estimen oportunos para tal finalidad³³, rechazando que el ordenamiento jurídico español y la jurisprudencia del Tribunal Supremo hayan catalogado como “medida legal equivalente” la existencia de un proceso selectivo³⁴. (3) De igual manera, no

³⁰ Fernández Domínguez, J.J., “El abuso en el nombramiento de personal estatutario interino: irregulares, pero no fijos: Comentario a la STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18), asuntos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez”, op. cit., p. 176.

³¹ A modo de ejemplo puede citarse la STJUE (Sala segunda), De 22 de enero de 2020 (asunto C-177/18), Ayuntamiento de Madrid. Sobre este caso, puede observarse como el órgano juzgador valora que, aun estando ante relaciones contractuales temporales de larga duración, esta no tiene nada que ver con la protección que ofrece el Acuerdo marco, por el cual son inusualmente largos “los contratos de interinidad por cobertura de vacante”, no debiendo de haber indemnización en tal supuesto, tal y como manifiestan Casas Baamonde, M.E. y Ángel Quiroga, M., “De nuevo la temporalidad del empleo en el sector público sujeto al Derecho administrativo. El cese de funcionaria interina sin indemnización no se opone al Derecho de la Unión Europea (Directiva 1999/70/CE) STJUE (Sala Segunda) de 22 de enero de 2020 (asunto C-177/18)”, Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL), 2/2020, pp. 1-18, esp. pp. 15-18.

³² STJUE (Sala Séptima), de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario contra JN, C-726/19, ECLI:EU:C:2021:439.

³³ El TJUE manifiesta: “cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión” (Ap. 48); “el Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada [...] El Acuerdo Marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo indefinido” (ap. 49).

³⁴ “[...] aunque dicha normativa nacional parece limitar formalmente la utilización de los contratos de interinidad celebrados a la espera de la convocatoria de procesos selectivos para cubrir definitivamente la plaza de que se trate a un solo período que finaliza en el momento de

valora la indemnización como una medida efectiva para disuadir del abuso de la temporalidad, aunque la considera subsidiaria en el supuesto de inexistencia de efectivas medidas (apdo. 76). (4) Es por ello que vuelve a recalcar la necesidad de interpretación por los Tribunales del derecho interno respetando la finalidad acogida por la directiva, debiendo de modificarse su propia jurisprudencia si esta es incompatible con los objetivos marcados por la norma europea. (5) Finaliza oponiéndose a que se renueven los contratos temporales sin indicar plazo de término del mismo ni de los procesos selectivos adecuados, así como la asimilación de esos trabajadores a “trabajadores indefinidos no fijos”.

Esta postura doctrinal ha obligado al Tribunal Supremo a rectificar³⁵, debiendo de reconocer, a consecuencia del asunto IMDRA, que el transcurso del plazo máximo conlleva la conversión del contrato de interinidad por vacante en contrato indefinido no fijo³⁶. Como manifiesta Molina Navarrete³⁷, el ‘gran pretor comunitario’ obliga al ‘gran pretor nacional’ a modificar su línea jurisprudencial ante el evidente desacuerdo del mismo³⁸. Aun aceptando que los trabajadores interinos por vacante con más de 3 años en el puesto (previsto en el art. 90.1 EBEP), deben ser calificados como indefinidos no fijos (FJ. 5.3: “los procesos selectivos

la conclusión de dichos procesos, no permite garantizar que la aplicación concreta de esta razón objetiva se ajuste a las exigencias establecidas en la cláusula 5” (Ap. 63).

³⁵ Esta nueva postura doctrinal no era defendida por el Alto Tribunal, el cual no era partidario de la transformación a indefinido no fijo por el transcurso del tiempo, ni la aplicación de la indemnización que sí estipulaba el TJUE. A modo de ejemplo STS 1578/2020, de 23 noviembre 2020, mantiene que un nombramiento por acumulación de actividad durante pocos meses y después otro como interino por vacante durante más de 7 años “no concurre en el supuesto de “sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” que permitiría la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco” (FJ. 5), Y respecto a la indemnización, “el cese de un funcionario interino, con una relación de servicios prolongada durante siete años y una previa de pocos meses, no determina derecho a indemnización de 20 días por año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcionarial” (FJ. 7). Para más información véase Górriz Gómez, B., “El cese de un funcionario interino, con una relación de servicios de siete años y otra previa de pocos meses, no determina derecho a indemnización de 20 días por año de trabajo (STS de 23 noviembre 2020)”, Diario La Ley, n. 9795, 2021. Disponible en: <https://www.smarteca.es>.

³⁶ STS 649/2021, 28 de Junio de 2021, ES:TS:2021:2454.

³⁷ Molina Navarrete, C., “Y al tercer año... plaza indefinida no fija o cuando la jurisprudencia es como un «castillo de naipes»”, CEF.- Laboral Social, 30/06/2021. Documento en línea. Disponible en: <https://www.laboral-social.com/comentario-STs-28-junio-2021-cambio-doctrina-efectos-transcurso-tres-anos-contratos-interinidad.html>.

³⁸ FJ. 4: “En ninguno de los párrafos transcritos, esta Sala reconoce su propia doctrina. Bien sea por la errónea comprensión de nuestra jurisprudencia o bien por una deficiente traslación de la misma al TJUE, lo cierto es que nuestra doctrina no es la que se refleja en la STJUE de 3 de junio de 2021, obviamente tributaria del contenido del Auto de planteamiento de cuestión prejudicial remitido, ya que no tiene en cuenta que [...] hemos establecido una sólida jurisprudencia que poco tiene que ver con la anteriormente transcrita”.

no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga [...] ese plazo de tres años es o ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones y, objetivamente, puede satisfacer las exigencias que derivan del apartado 5 del reiterado Acuerdo Marco”), y en caso de cese por cobertura reglamentaria, deben de recibir una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades (FJ. 6.2). Puede observarse que este cambio doctrinal crea una mayor estabilidad, ya que al fin el Tribunal Supremo establece un límite a la temporalidad (3 años), ya utilizado por el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público para la ejecución de las ofertas de empleo público. El abuso de la interinidad se castiga con la transformación del contrato a ‘indefinida no fija’, indemnizándoseles en el supuesto de término del contrato por ocupación del puesto de trabajo por otra persona. Se finaliza así con la clásica excusa de prolongación de tales contratos a consecuencia de las restricciones presupuestarias, sirviendo de base este nuevo pronunciamiento para las futuras cuestiones pendientes sobre trabajadores temporales en la Administración Pública.

Recientemente el Gobierno de España ha querido dar respuesta a la temporalidad del empleo público con la publicación del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En la exposición de motivos se cita los asuntos aquí analizados en el párrafo anterior, manifestándose la necesaria intervención del legislador en aras de conjugar “el efecto útil de la directiva mencionada con el aseguramiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”. La intención de este cuerpo legal, a grandes rasgos, en dar una respuesta normativa a la problemática surgida. Se incluye el término “carácter temporal” en su definición, así como la formación de los procesos de selección, los cuales darán cobertura inmediata. El aspecto más trascendental es el relativo al término de la relación contractual sin compensación alguna por causas como la cobertura reglada, razones organizativas, finalización del plazo o de la causa. En líneas generales se potencia la estabilización si las plazas llevan ocupadas 3 años a fecha de 31 de diciembre de 2020. De aquí se deriva que todo el restante personal laboral, tienen derecho a percibir una indemnización conforme al art. 49.1.c ET. Si se produce el término por superación del proceso de selección, la indemnización se incrementaría hasta los 20 días con un máximo de 12 meses. Si se renunciare a participar, conforme al art. 2.6 RD, “no dará derecho a compensación económica”. Al utilizarse el término ‘compensación económica’, crea una duda en torno a su naturaleza jurídica, como forma o finalidad ‘desincentivadora’ contra la administración³⁹, que a buen seguro seguirá creando desconcierto judicial.

³⁹ Cano Galán, Y., “El contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo y la respuesta del Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio”, op. cit., p. 15.

Como conclusión a este apartado, el TJUE no ha sido ajeno a la temporalidad de los contratos y la indemnización al término de los mismos, aunque la mayor parte de su doctrina ha centrado su interés en las especialidades de interinidad, las cuales son las que mayores disparidades doctrinales generan y han servido al Tribunal Supremo para dictar sentencia unificadora de doctrina. Aunque parezca lejano del objetivo del presente trabajo, sirve como una vía de aclaración del interés europeísta y de diferentes conceptos relativos a compensaciones y cuantías que se valoran desde un prisma general antes de entrar a valorar la especialidad. Respecto a la interinidad ha podido apreciarse una jurisprudencia dubitativa que empieza a asentarse hacia nuevas interpretaciones, y se manifiesta que el abono de una cuantía al término de una relación contractual temporal no supone una medida suficientemente garante para evitar el abuso de este tipo de contrato, pudiéndose utilizar una medida alternativa que debe de ser concretada por los tribunales nacionales en cada caso.

3. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO DEPORTIVO

3.1. Delimitación del ámbito laboral del deportista

Desde el punto de vista deportivo, la actividad profesional ejercida por los deportistas profesionales viene delimitada por una legislación laboral de carácter especial a consecuencia del artículo 2.1.d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Es así que hay que acudir a una normativa específica, el RDDP, por el cual se da una nueva regulación a esta relación laboral especial, y sustituye los preceptos contenidos en el RD 318/1981, de 5 de febrero. El principal objetivo de este cuerpo legal, aparte de otorgar una regulación completa que sirva de máxima comprensión de las peculiaridades por las cuales se van a regir los contratos en el ámbito deportivo, es la búsqueda de traslado del máximo posible de criterios procedentes de la normativa común a la especial, adaptándolos a las peculiaridades de la misma. Ya en su artículo primero manifiesta su ámbito de aplicación y define a la figura del deportista profesional como aquella persona que se dedique, con regularidad y voluntariamente, “a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”, excluyendo a quienes tengan una retribución basada en la compensación de los gastos derivados de la actividad deportiva.

Con esta primera delimitación ya se especifica que la práctica deportiva por sí no conlleva el amparo del RD, sino que ha de existir: (a) una remuneración que

exceda la simple compensación de gastos⁴⁰, porque en tal caso se entendería que se está ante un deportista amateur⁴¹, quedando fuera del concepto de retribución aspectos como la alimentación, vestimenta, transporte o preparación, siendo estos caracteres indispensables para evitar acciones fraudulentas, también denominadas “amateurismo marrón”⁴² en aras de enmascarar un salario real, aspecto básico para su encuadre en profesional o aficionado⁴³ con la especialidad del ‘semiprofesional’⁴⁴; (b) ajenidad en las actuaciones llevadas a cabo, percibiéndose el salario, salvo primas o incentivos, de manera regular; (c) regularidad en su actividad deportiva, no siendo meramente una actividad de ocio o aquellas practicadas de manera ocasional, aun cuando estén retribuidas⁴⁵; (d) dependencia respecto de su club, debiendo de acatar las diferentes órdenes recibidas incluso extramuros a consecuencia de “la necesidad que tiene el deportista de alimentar las habilidades y aptitudes que le permiten ejercitar profesionalmente la práctica de un deporte con la diligencia específica que corresponda a sus personales condiciones físicas y técnicas”⁴⁶; (e) voluntariedad, quedando fuera de la aplicación de la ley

⁴⁰ La STSJ de Andalucía 2920/2002, de 15 de octubre, ECLI: ES:TSJAND:2002:14091, manifiesta que el salario de un futbolista es lo suficientemente elevado para no poder ser considerado como una simple compensación de gastos. En la misma línea, la STSJ Castilla-La Mancha 1213/2007, 12 de Julio de 2007, ECLI: ES:TSJCLM:2007:2250, señala en su F.J. 4: “lo determinante es el carácter que hay que atribuir a las cantidades percibidas por el deportista, pues si se consideran salario o retribución, estaremos ante una relación laboral; pero ésta no existirá si sólo se perciben pequeñas gratificaciones o meras compensaciones por los gastos de la práctica deportiva”.

⁴¹ Siguiendo a Roqueta Buj, R., *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 73-75, la calificación de un deportista como aficionado conlleva su regulación por el ámbito civil, una menor protección social por parte del Régimen General de la Seguridad Social y la aplicación del orden jurisdiccional civil.

⁴² Pazos Pérez, A., “La retribución de los deportistas profesionales, con especial referencia a los futbolistas”, *Documentación Laboral*, 108/2016, pp. 81-107, esp. p. 86.

⁴³ Fernández Orrico, F.J., “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 69/2007, pp. 137-174, esp. p. 158.

⁴⁴ Por ‘semiprofesional’ puede entenderse a aquel deportista que goza de una beca para la ayuda en su formación y condición deportiva. Torollo González, F. J., “Las relaciones especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos [art. 2.1.d) y e)]”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 100/2000, pp. 177-204, esp. p. 182.

⁴⁵ Art. 1.4 RD 318/1981: “Las actuaciones aisladas para un empresario u organizador de espectáculos públicos, de deportistas profesionales a que se refiere este Real Decreto, estarán excluidas de la presente regulación, sin perjuicio del carácter laboral común o especial que pueda corresponder a la contratación y de la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de los conflictos que surjan en relación con la misma.”

⁴⁶ Torollo González, F. J., “Las relaciones especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos [art. 2.1.d) y e)]”, *op. cit.*, esp. p. 181.

aquellas relaciones deportivas al servicio de las diferentes Federaciones, las cuales se caracterizan por la obligatoriedad de las mismas⁴⁷; (f) formalidad del contrato, el cual se realizará por escrito en triplicado ejemplar (uno para cada parte contratante y otro se registrará en el INEM) figurando la identificación de las partes, objeto, retribución y duración, la cual siempre será de naturaleza temporal.

Respecto a este último apartado, la duración es un requisito que otorga una especial singularidad a este tipo de relaciones laborales. En el artículo 6 se determina una imposibilidad de contratación indefinida en el ámbito deportivo, optándose por fijar una obligatoriedad de relación laboral de duración determinada, ya sea por un límite temporal o de actividades a realizar. No obstante, se permite la prórroga las veces que se considere oportuno siempre y cuando se mantenga la temporalidad de la misma. Siguiendo a Martínez Rodríguez⁴⁸, el motivo existente para justificar la temporalidad del contrato laboral de un deportista tiene que ver con la peculiaridad de la actividad realizada –tal y como señala el autor, es necesario tener una serie de “capacidades físicas y motrices que limitan temporalmente el desarrollo de su actividad profesional y, por ende, de su vida laboral”– así como una vía para permitir la libertad para cambiar el ámbito donde se ejerce esta actividad y poder promocionar entre diferentes entidades deportiva. Este último aspecto es trascendental, pues como ha podido percibirse recientemente en diferentes deportes, y especialmente en el fútbol, la situación de crisis económica (con significativa incidencia de la pandemia de Covid-19) ha afectado considerablemente a múltiples equipos, impidiéndoles hacer frente a las cuantías exigidas por otros clubs que no se han visto igualmente damnificados al artificialmente inflar sus cuentas. Si los contratos tuvieran un carácter indefinido, sería casi imposible poder abandonar este tipo de equipos, ya que no podría forzarse un traspaso ante la inminente finalización del contrato o cambiar de equipo con la terminación del mismo, afectándole desde un doble punto de vista económico y deportivo.

Siguiendo el artículo 49.1 ET puede observarse que el contrato de trabajo puede extinguirse por muy variados motivos, y en su apartado c), se especifica como uno de ellos la “expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”, teniendo derecho el trabajador, en este caso deportista, a que se le abone una indemnización “de cuantía equivalente a la parte proporcional de la

⁴⁷ Este aspecto ha de ser puesto en común con la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, la cual en su artículo 47 manifiesta a obligatoriedad de los “deportistas federados a asistir a las convocatorias de las selecciones deportivas nacionales para la participación en competiciones de carácter internacional, o para la preparación de las mismas”.

⁴⁸ Martínez Rodríguez, J.A., “La indemnización por término del contrato temporal en los deportistas profesionales. Comentario a la STS 344/2020, de 23 de enero de 2020”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 59/2021, pp. 792-803, esp. p. 793.

cantidad que resultaría de abonar doce días⁴⁹ de salario por cada año de servicio”. El RDDP plantea esta idea en su artículo 13. b) en el cual manifiesta de igual manera la expiración del tiempo convenido como vía de extinción contractual⁵⁰, no mencionándose existencia de indemnización por término contractual. No obstante a lo anterior, el artículo 21 complementa las posibles carencia del cuerpo legal al regular el derecho supletorio aplicable indicando que “lo no regulado por el presente Real Decreto serán de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales”.

3.2. Delimitación del ámbito laboral de los entrenadores y técnicos deportivos

Cuestión muy controvertida se ocasiona con la catalogación profesional de los entrenadores, quienes encuentran amparo bajo el paraguas de la normativa especial de actividad laboral de deportistas profesionales, de una manera un tanto forzada. Un entrenador (o técnico, utilizándose a partir de ahora ambos términos indiscriminadamente y englobando de igual manera a todo el cuerpo o equipo técnico, desde quien entrena hasta los preparadores que le acompañan) no equivale a un profesional del ámbito deportivo (tal y como manifiesta Sala Franco⁵¹ no cumple con los patrones estipulados en el RDDP aun siendo actividades conexas, pero no prestan su servicio ante el público, no se entrenan como tal y no pueden ser beneficiarios de la compensación por formación prevista en el artículo 14)⁵². Dicho RDDP no menciona ni regula la figura del técnico, ni parece que sea la norma más

⁴⁹ Esta delimitación de doce días se tiene en cuenta para los contratos temporales firmados a partir del 1 de enero de 2015. Para aquellos firmados anteriormente se estableció un régimen progresivo: hasta el 31 de diciembre de 2011, la indemnización es de 8 días por año trabajado, incrementándose anualmente un día más (a partir del 1 de enero de 2012, 9 días por año; a partir del 1 de enero de 2013, 10 días por año; a partir del 1 de enero de 2014, 11 días por año trabajado).

⁵⁰ Es necesario hacer una especial referencia a la Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional, el cual, en su artículo 14, hace así mismo referencia a la extinción contractual por cumplimiento de la duración determinada o competición – número de partidos estipulados.

⁵¹ Sala Franco, T., *El trabajo de los deportistas profesionales*, Editorial Mezquita, Madrid, 1993. p. 39.

⁵² Sobre este aspecto, y adelantando materia, Cardenal Carro, marca una opinión contraria a Sala Franco, manifestando que “dicha interpretación sistemática parece rebatible, ya que no todos los preceptos de una misma norma tienen que ser aplicables a todos los sujetos sometidos a ella [...] en cuanto que su prestación se lleve a cabo ante el público, frecuentemente son el principal blanco de su crítica en el estadio cuando la actuación del equipo no es la óptima”. Respecto a la formación considera que “discutible la apreciación porque un entrenador coge experiencia en el club e indudablemente progresa en su carrera profesional; respecto a los jugadores también se emplea el término “descubrir” y lo mismo se podría referir al entrenador”. Cardenal Carro, M.,

idónea para ello, al quedar fuera de diferentes cuestiones relevantes que sí afectan al conjunto de los trabajadores deportivos. Se va a entrar a analizar las diferentes posturas manifestadas por la doctrina a tal tesitura, en la cual parece prevalecer la idea de que un entrenador y su cuerpo técnico realizan actuaciones conexas con el resultado del equipo, debiéndoseles equiparar junto con los jugadores⁵³.

Una respuesta frente a esta situación ha sido entender que un entrenador tiene una relación laboral con la entidad o club, y de manera específica, aquellos que deben su dedicación exclusiva a esta forma de vida han de ser valorados como trabajadores por cuenta ajena. No han sido pocos los pronunciamientos que han etiquetado a los técnicos como personal de alta dirección, siendo de gran importancia, por su impacto y críticas recibidas, la STS de 16 de mayo de 1975, a través la cual, basándose en la Ley de Contratos de Trabajo vigente en tal momento, se efectuaba tal delimitación a consecuencia de sus funciones de disciplina y dirección del equipo, obviándose otro tipo de específicas situaciones inherentes al cargo de entrenador y que no se derivan del personal de alta dirección, como son el sometimiento a las directrices del club o la inestabilidad laboral. Puede anticiparse que es un trabajador ajeno a la “actividad del Club en cuanto empresa, y por consiguiente [...] el entrenador no es alto cargo”⁵⁴.

Esta idea, aun contando con un gran apoyo de los órganos jurisdiccionales⁵⁵, empezó a tambalearse con la promulgación de la ya derogada Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, la cual, en su art. 8.1, manifestaba “Las relaciones laborales de los deportistas profesionales y de los técnicos y entrenadores serán reguladas de conformidad con la legislación vigente”, abriendo un amplio abanico de opciones para una interpretación conjunta de los entrenadores y deportistas profesionales. En la posterior normativa, aun cuando no se menciona a los entrenadores dentro del RDDP, tampoco se les excluye expresamente. Se defiende la idea a través del planteamiento de necesidad de uno de los otros. Para que un evento deportivo tenga éxito, han de actuar conjuntamente numerosos sujetos,

Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia 1996, p. 126.

⁵³ Cardenal Carro, M., “El entrenador de un equipo de fútbol, ¿es alto cargo? (Al hilo del caso Cruyff)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2/1998, pp. 764-784, esp. pp. 52-57.

⁵⁴ Cardenal Carro, M., *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, op. cit., p. 158.

⁵⁵ Esta doctrina sentó una línea jurisprudencia ampliamente seguida por los Tribunales Centrales de Trabajo, en los cuales defendieron, en sentencias de 2 de diciembre de 1975, 7 de noviembre de 1977, 9 de abril de 1985, 14 de octubre de 1986, la idea de que el técnico ostenta competencias de iniciativa y autoridad –en la preparación, en la elección del estilo de juego, instrucciones, designación de cuerpo técnico y disciplinaria- propias del empresario de alta dirección.

como los deportistas y los técnicos, quienes viven simbióticamente en el terreno de juego, y por tanto, deben de trasladar tal situación a la normativa.

Así, bajo el amparo de la temporalidad contractual que afecta a la relación laboral del equipo técnico, no fueron pocas las sentencias⁵⁶ que aplicaron la normativa propia del deportista profesional a diferentes trabajadores de las entidades deportivas, tales como los preparadores o diferentes miembros del staff técnico, puesto que son parte del proyecto deportivo del club, siendo todos ellos indispensables para el espectáculo deportivo, pero también para su preparación previa y análisis posterior. Aun siendo parte de igual manera de este “show deportivo”, la jurisprudencia ha optado por excluir del ámbito de aplicación del RDDP al personal de limpieza, médicos, fisioterapeutas⁵⁷, personal administrativo y de vigilancia, entre otros⁵⁸, quienes se encuadrarían dentro de la calificación de trabajadores por cuenta ajena común⁵⁹. De todo este conjunto normativo y jurisprudencial se puede entender que si el técnico tiene un contrato con una entidad deportiva, parece claro que se le equipará a un deportista profesional, pero si por el contrario su relación laboral se efectúa con una federación, su categoría profesional no encaja dentro de deportista profesional⁶⁰, siendo únicamente una decisión discrecional del legislador de excluir tal situación jurídica, aun cuando no existe en principio una labor dispar que justifique tal distinción⁶¹.

⁵⁶ A modo de ejemplo: STS de 14 de mayo de 1985 (FJ, 4: “De una parte, lo que notoriamente hoy supone en el ámbito de un club de fútbol de relevante categoría la función del preparador físico, sin el cual la práctica del deporte por los jugadores no es posible y que ha de gozar, simultáneamente, de la confianza de éstos y del club, lo que le atribuye una singularidad característica no compatible con la duración indefinida”), STS de 14 de febrero de 1990, STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1992 (órgano que concluyó que en el caso en concreto el técnico es un profesional de alta dirección puesto que no tiene cabida en el RDDP por expresa exclusión del art. 1.6 al no prestarse los servicios a un club, sino a una Federación), STS de 2 de marzo de 1994 (FJ. 1: “la relación de los deportistas profesionales y de los técnicos y entrenadores con su club es relación laboral de carácter especial, como se declara expresamente en el artículo 2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 8.1 de la Ley General de la Cultura Física y el Deporte de 31 de marzo de 1980”), STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2001, STSJ de Cataluña de 27 de junio de 2003, STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 2007, STSJ de Madrid de 11 de abril de 2011.

⁵⁷ Sobre la labor de un fisioterapeuta, aunque su función pueda ser muy cercana a la preparación del deportista desde un punto de vista rehabilitador, la jurisprudencia ha valorado no aplicarles la normativa laboral especial. A modo de ejemplo véase la STSJ de Castilla y León 139/2004, sede de Burgos, de 18 de febrero.

⁵⁸ Casanova Guasch, F., *El estatuto jurídico del agente de deportistas...* op. cit., pp. 42-45.

⁵⁹ Fernández Orrico, F.J., “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas”, op. cit., esp. p. 159.

⁶⁰ Sobre esta idea volvió a incidir la STSJ de Cataluña de 12 de abril de 2007 en el caso Luis Suárez, denegándole su equiparación como deportista profesional a consecuencia de la prestación de servicios en la Real Federación Española de Fútbol.

⁶¹ Casanova Guasch, F., *El estatuto jurídico del agente de deportistas...* op. cit., p. 46.

A modo de finalización del presente apartado puede observarse una amplia dificultad para establecer un criterio homogéneo que establezca una calificación única para los entrenadores y miembros del personal técnico, pues ni la normativa es suficiente clarificadora, puesto que ni prohíbe expresamente pero tampoco regula, y la jurisprudencia vira constantemente. Pueden encontrarse diferentes opiniones y ninguna unificación de criterios, desde aquellos que consideran esta relación laboral de carácter común –no son altos directivos pero tampoco ejercen la actividad deportiva–, quienes optan por una valoración, muy excepcional, como relación laboral especial de alta dirección⁶², y finalmente aquellos que les engloban dentro de la calificación de deportista profesional, puesto que son parte de la preparación de estos últimos, participan en “la trayectoria deportiva de cualquier club”⁶³, existe una temporalidad en sus contratos y una puja por sus servicios⁶⁴. En nuestra opinión, sería congruente con la realidad jurídica la promulgación de un cuerpo normativo que regule esta específica situación y otorgue un amparo a la misma, ya sea unificando su categoría con la del deportista –lo que supondría a su vez la modificación y adaptación del RDDP– o separándolos y otorgándoles una categoría especial y propia respecto a sus funciones y necesidades, siendo necesario aplicar hasta el momento, como un mal menor, el ya citado RDDP y su equiparación al deportista de élite.

4. LA STS 344/2020 Y LA UNIFICACIÓN (Y RATIFICACIÓN) DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

4.1. Aproximación a los hechos

En la sentencia objeto del presente estudio, responde al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Getafe Club de Fútbol S.A.D. Hay que tener en cuenta la situación especial de los futbolistas, quienes aun cuando su relación laboral se encuentra bajo el amparo del RDPP, las cuantías tan elevadas

⁶² En esta línea Rubio Sánchez, F., “Los entrenadores –evidentemente- no son deportistas: son entrenadores”, Iusport, 27/10/2018. Disponible en: <https://iusport.com/art/73041/los-entrenadores-evidentemente-no-son-deportistas-son-entrenadores>. Para que ocurre esta catalogación, según el autor se han de dar una serie de circunstancias: “a) ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa deportiva; b) que los poderes ejercitados se refieran a los objetivos generales de la empresa y no limitados a determinados aspectos, porque de lo contrario se trataría de «trabajadores directivos» y no de personal de alta dirección; y c) que el ejercicio de tales poderes se lleve a cabo con autonomía y plena responsabilidad”.

⁶³ Sagardoy Bengoechea, J.A. y Gurrero Ostolaza, J.M., *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, 1991, Madrid, p. 45.

⁶⁴ CARDENAL CARRO, M., *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, op. cit., p. 159.

de sus salarios así como las protecciones que les han asignado sus convenios colectivos, provoca una ‘mirada desconfiante’ por parte de la sociedad así como inclusive de algunos órganos jurisdiccionales, afectando a este colectivo en cuanto a la reclamación y reconocimiento de garantías y derechos. Los antecedentes al mismo pueden delimitarse en que el actor, quien es jugador de fútbol profesional, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social⁶⁵ n. 20 de Madrid. La cuestión objeto de debate se centraba en la indemnización reclamada por el futbolista ante el término del contrato de duración determinada (el contrato remarca que su objeto era “la prestación profesional del Jugador al Club, como Futbolista, durante el tiempo de duración establecido”) que mantenía con la entidad desde el 20 de julio de 2010 hasta el 30 de junio de 2014, con una retribución anual de 725.000 euros, a razón de 20.000 € mensuales y 485.000€ de prima de contrato anual, debiéndosele de sumar las diferentes primas resultantes por incentivos.

A la finalización del contrato con la sociedad deportiva, el jugador entendía preceptivo el abono de una indemnización, realizando un oportuno requerimiento de pago a la empresa por el importe de 95.342 euros, el cual no fue atendido por la entidad. Así se iniciaba la vía judicial, con el intento previo de conciliación ante el SMAC oportuno en fecha de 17 de noviembre de 2014 –celebrado el 3 de diciembre– y finalizado sin efecto debido a la inasistencia de la parte demandada, rehuyéndose por tanto la posibilidad de un acuerdo de transacción que ponga fin al conflicto a través de una respuesta basada en el diálogo y autodeterminación de las partes.

Se abría así la posibilidad de interposición de la demanda ante el juzgado de lo social de Madrid, el cual desestima la pretensión formulada por la parte actora, absolviendo a la entidad deportiva de los pedimentos formulados en la demanda. La parte actora decide impugnar en suplicación la sentencia ante la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁶⁶, estimando el recurso de suplicación, revoca la sentencia y declara pertinente su derecho a percibir la indemnización por término contractual. Este pronunciamiento es impugnado por la entidad deportiva ante el Tribunal Supremo formalizando recurso para la unificación de doctrina ante la muy variada y contradictoria jurisprudencia existente en los diferentes Tribunales Superiores de Justicia. La Sala admite el mismo al entender que se cumplen los presupuestos desarrollados en el art. 2019 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Puede delimitarse la existencia de sentencias contradictorias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de justicia respecto a situaciones idénticas, siendo este el

⁶⁵ Sentencia Juzgado de lo Social n. 20 de Madrid, 13 de mayo de 2016.

⁶⁶ STJUE (Sala de lo Social) de Madrid, 13 de enero de 2017.

“escollo más difícil de superar en la fase de admisión del recurso”⁶⁷, cumpliéndose así los denominados por la doctrina requisitos de “recurririlidad”⁶⁸. No obstante, estas apreciaciones legales han ido relajándose con el paso del tiempo, perdiendo parcialmente vigencia la necesidad de contradicción para el examen de diferentes cuestiones que sí reúnen interés casacional por su relevancia⁶⁹

Hay que poner de relevancia que parte de la jurisprudencia venía manifestando la improcedencia de indemnización en tales supuestos, llegándose a basar, tal y como realizaba el juzgado de lo social en el caso de Borja Fernández, en la alta remuneración de un futbolista (criterio totalmente subjetivo por el órgano jurisprudencial). Se partía así de una idea totalmente contraria a la igualdad, discriminándose a los deportistas por su mera profesión respecto a otro tipo de categorías profesionales, quienes inclusive pueden tener un salario mayor y corresponderles tal indemnización por término contractual.

Este aspecto ya fue previamente desarrollado por el Tribunal Supremo⁷⁰, resolución que valora la posible desigualdad existente entre los trabajadores deportistas debido a su especialidad, y el restante personal contratado. Para ello se manifiesta que el carácter de esta relación contractual siempre es de duración determinada, aun admitiéndose posibles prórrogas (FJ. 6), debiendo, no obstante, aplicarse la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET como vía para la incentivación de la prorrogación de sus contratos y a su vez de mejora de la calidad del empleo, facilitando al deportista un sustento económico en la transición de búsqueda de una nueva entidad deportiva (FJ. 7). Da así entrada al principio de igualdad, debiendo de resolverse en un intento de búsqueda de su satisfacción, conllevando la aplicación de la indemnización en favor de los deportistas en

⁶⁷ Menéndez Sebastián, P., “Recurso de casación unificadora y efecto positivo de cosa juzgada colectiva”, en J. García Murcia (dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción*, Agencia estatal Boletín oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 355-382, esp. p. 356.

⁶⁸ García Murcia, J., “Ley y jurisprudencia en la configuración jurídica del recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción”, en J. García Murcia (dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción*, Agencia estatal Boletín oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 17-60, esp. pp. 39-40.

⁶⁹ A modo de ejemplo puede citarse el pronunciamiento de la SSTS de 18 de julio de 2008, ECLI ES:TS:2008:5138, FJ. 4, en la cual el tribunal manifiesta: “la igualdad sustancial que el art. 217 de la Ley procesal establece, como necesaria para que pueda apreciarse el presupuesto procesal de la contradicción, no debe interpretarse con un rigor tal que impida el acceso al recurso de temas tan importantes como el presente, cuando existe la necesaria paridad en los hechos. De exigirse una identidad absoluta la contradicción sería prácticamente imposible en estos supuestos. Pero el legislador no impuso esa identidad absoluta, sino sustancial, y por tal hemos de entender la identidad en lo que constituye la esencia, lo importante, básico y trascendente de los hechos a efectos de sus consecuencias jurídicas”.

⁷⁰ STS 26 de Marzo de 2014, (ECLI:ES:TS:2014:1222).

aras de eliminar la desigualdad latente (FJ. 7). Esta indemnización únicamente debe de operar en los supuestos en que sea la entidad deportiva la que decida, de manera exclusiva, no proceder a la prórroga contractual, quedando excluida en los supuestos en que esta denegación provenga de un acuerdo entre ambas partes o del propio deportista. Por último, la sentencia manifiesta que esta reflexión ha de ir encaminada en aquellos deportistas con actividades más humildes y no aquellos de carácter profesional de élite.

De igual manera, en STS 367/2019⁷¹ el Alto Tribunal ya manifiesta que la indemnización por término contractual y sus finalidades –fomentar la contratación indefinida–, es “compatible con la especialidad del contrato deportivo, puesto que respecto del mismo mejora su estabilidad o minora las consecuencias desfavorables de la precariedad. El artículo 21 del RDDP ordena la aplicación supletoria de las normas comunes. La excepción surge respecto de previsiones normativas que sean “incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales”. No hay obstáculos derivados de las peculiaridades de la actividad deportiva que se opongan al juego del artículo 49.1.c) ET. Y la pertenencia a un sector de actividad (aquí, el deporte) no puede justificar que la contratación temporal quede al margen de las garantías o derechos que poseen la personas con contrataciones de duración determinada en otros ámbitos funcionales. Además, el juego supletorio del artículo 49.1.c) contribuye a minorar las diferencias entre relaciones especiales y comunes, en particular, evitando injustificadas discriminaciones entre trabajadores temporales de tipo común y trabajadores temporales de tipo especial” (FJ. 4, ap. 5)

4.2. La respuesta del Tribunal: la sentencia de contradicción, razonamiento y casación

Analizando el asunto ante el Tribunal Supremo, se ha de partir de la existencia de disparidad de criterios doctrinales y una necesidad de establecer una unificación ante la posible o no aplicación de indemnización por expiración del término contractual, finalizando con la incertidumbre jurídica que tal situación provoca en los deportistas profesionales. Como ya se ha analizado anteriormente, predomina una idea doctrinal de rechazo de tal indemnización en los supuestos de deportistas profesionales de élite o de salarios elevados.

Para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, la parte recurrente (Getafe Club de Fútbol S.A.D.) selecciona jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁷² –sede de Valladolid–,

⁷¹ STS 367/2019 de 14 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1882).

⁷² STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), sede de Valladolid, de 16 de marzo de 2016.

como sentencia de contraste⁷³, subordinándose el medio de impugnación a la contradicción como infracción legal, al existir hechos casi idénticos pero disparidad jurisprudencial en cuanto a su respuesta, siendo necesario su interposición como vía de defensa de la legalidad⁷⁴. Esta sentencia de contradicción –la cual ha de manifestarse en el escrito de preparación⁷⁵ desde el inicio del planteamiento⁷⁶ de este medio extraordinario– tiene que provenir de un Tribunal Superior de Justicia, del Tribunal Supremo o inclusive, conforme al apartado número 2 del art. 219 LRJS, sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁷. Debe de contener una similitud respecto de los litigantes o la pretensión y existir pronunciamientos antagónicos, ofreciendo a las partes y

⁷³ Aun cuando en el escrito de preparación pueden alegarse varias sentencias contradictorias, en el escrito de interposición se plasmará exclusivamente una sola resolución comparativa. La justificación radica en que una única sentencia ya cumple de la finalidad contradictoria que exige la normativa, facilitando además así el conocimiento por parte del TS y agilizando el proceso. Vid. Desdentado Bonete, A., “La casación para la unificación de la doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de la ley”, en M. Nogueira Guastavino (coord.) y G. García Becedas (coord.), *Lecciones de jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 741-774, esp. p. 760.

⁷⁴ Menéndez Sebastián, P., “Recurso de casación unificadora y efecto positivo de cosa juzgada colectiva”, op. cit., esp. p. 355.

⁷⁵ Desdentado Bonete, A., “La casación para la unificación de la doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de la ley”, op. cit., esp. p. 743.

⁷⁶ El artículo 221.4 LRJS expresa “Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición”. Esta línea es seguida por el Tribunal Supremo en muy variada jurisprudencia, siendo de las más recientes STS 185/2018, 21 de Febrero de 2018, ECLI ES: TS:2018:749, FJ. 2 ap. 2: “tal como prescribe el artículo 221.2 a) LRJS, el escrito de interposición del recurso deberá exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, y citar la sentencia o sentencias con las que tal contradicción se produce, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos. Y, de conformidad con lo que disponen los artículos 221.4 y 224.3 LRJS la parte recurrente debe identificar en preparación la sentencia o sentencias que considera contradictorias con la recurrida, sin que puedan ser válidamente invocadas en el escrito de interposición las sentencias que no hayan cumplido previamente dicho requisito. Así lo establece la doctrina reiterada de esta Sala, (por todas SSTs de 28 de diciembre de 2014, rcud. 2810/2012, de 17 de junio de 2013, rcud. 2829/2012) según la cual las únicas sentencias que sirven para acreditar la contradicción son las previamente citadas en el escrito de preparación, careciendo de idoneidad para actuar como sentencias de contraste las resoluciones que no hayan sido mencionadas en el referido escrito”.

⁷⁷ Agustí Juliá, J., “Del recurso de casación para la unificación de doctrina”, en J.A. Folguera Crespo (dir.), F. Salina Molina (Dir.), M.L. Segoviano Astaburuaga (dir.) *Comentario a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, 2011, pp. 777-806, esp. p. 782.

al tribunal un examen comparativo básico⁷⁸ para valorar la posible comparación y fijación de la doctrina correcta a seguir a futuro⁷⁹. Ha de ser la parte recurrente la que aporte al proceso esta sentencia de contraste para la búsqueda del convencimiento del Tribunal⁸⁰.

En el supuesto que nos ocupa existe una gran similitud respecto al caso de comparación, al ser ambos deportistas de élite y exigir una indemnización por término del contrato deportivo a consecuencia de la voluntad del equipo de no renovarlo. En tal supuesto comparativo, el SD Ponferradina S.A.D. comunicó a uno de sus jugadores la finalización del contrato tras casi dos años de servicios, sin asignarle indemnización, lo que llevó al jugador a efectuar una reclamación, la cual fue desestimada tanto en la instancia como en la suplicación, entendiéndose la parte recurrente que la ya anterior jurisprudencia citada excluye de la indemnización a los deportistas de élite, pudiendo englobarse dentro de tal categoría a la parte actora. De igual manera, su retribución superaba el mínimo garantizado en el Convenio colectivo para los jugadores de Segunda División española así como el de las demás categorías en las que había trabajado con anterioridad. El Alto Tribunal hace una comparación de la resolución designada a comparar y la sentencia del

⁷⁸ STS 1096/2018, 20 de Diciembre, ECLI: ES:TS:2018:4575, FJ. 2 ap. 1: “el escrito de interposición del recurso deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219. Este requisito exige una comparación de los hechos de las sentencias, el objeto de las pretensiones y de los fundamentos, a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas [...] la finalidad [...] es la garantía de defensa procesal de la parte recurrida, de suerte que ésta pueda apreciar con claridad los términos de un debate que dista mucho de ser simple, al consistir en la comparación de sentencias en la integridad de sus elementos. El análisis o argumento de contradicción ha de consistir, no ya y no sólo en un examen de las doctrinas en que se apoyan las sentencias comparadas, lo que podría corresponder también a la argumentación de infracción legal, sino, sobre todo, de una comparación de las controversias concretas objeto de enjuiciamiento. La comparación de las controversias comporta normalmente un examen individualizado y pormenorizado de los hechos, los fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas, dependiendo el detalle exigible de la argumentación del grado de complejidad y casuismo de la cuestión planteada. El análisis de la contradicción de sentencias exige, en su caso, expresar por qué no son relevantes para el correspondiente juicio de contradicción aquellas diferencias entre las sentencias comparadas que en una primera aproximación puedan plantear dudas sobre la concurrencia de este requisito”.

⁷⁹ Rodríguez-Piñero Royo, M., *El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 138-140.

⁸⁰ Sempere Navarro, A. V., *El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 96.

TSJ, desestimando la impugnación efectuada y casando la sentencia recurrida, considerando que la misma parte de una serie de preceptos doctrinales correctos que pasamos a indicar.

En primer lugar, se valora la indemnización por término contractual como un instrumento para la mejora de su estabilidad frente a la posible precariedad que la situación de desempleo pueda ocasionarle (FJ.3, ap. 2).

En segundo lugar, esta relación especial que supone el contrato deportivo, aun cuando tiene una serie de peculiaridades, no adolece de las características necesarias para servir de obstáculo a la aplicación del ya citado art. 49.1.c) ET. La actividad deportiva, aun siendo de carácter especial, es un trabajo por tiempo determinado que no priva a la parte trabajadora de los derechos que sí se poseen en otros ámbitos funcionales. Inclusive, y a través del ya citado artículo, se contribuye a la minoración y desaparición de las posibles desigualdades y discriminaciones existentes entre las relaciones comunes y especiales. No puede efectuarse una interpretación restrictiva de las garantías de los trabajadores deportivos por la mera práctica laboral de un régimen contractual especial.

En tercer lugar, el tribunal manifiesta que la aplicación de la indemnización por finalización contractual no depende del nivel retributivo del deportista ni de su consideración como élite o no. No existe ningún tope retributivo que limite los derechos laborales a quienes lo alcancen, sino que la finalidad ha de ir encaminada en la búsqueda de otorgar las mayores garantías a todos los trabajadores y garantizar un mínimo satisfactorio. Se reitera que el nivel de ingresos no tiene relación en cuanto a los derechos patrimoniales que le son innatos a quien trabaja, no existiendo diferenciación laboral por tal motivo.

Por tanto, la extinción de contrato por finalización de su término da lugar a un derecho de obtención de indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET, que sería la equivalente a 12 días de salario por año trabajado, sin importar la actividad –sea especial o común– así como el nivel retributivo de la persona trabajadora, sirviendo de base para la búsqueda de equiparación de garantías y minoración de posibles diferencias existentes por el tipo de contrato temporal.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

En materia de temporalidad viene la jurisprudencia ofreciendo respuestas de mayor calado garantista en favor de la parte trabajadora. Si bien es cierto, la disparidad de criterios ha llevado a una importante controversia doctrinal, que a su vez ha servido para que los posteriores pronunciamientos ofrezcan una respuesta cada vez más razonable. Respecto a los contratos de interinidad, ha podido observarse una más que mejorable línea jurisprudencial, en la que el TJUE no ha sabido dar siempre una respuesta acorde a las exigencias previstas por los tribunales naciona-

les a través de las cuestiones prejudiciales interpuestas. La continua interpretación de los tribunales internos de, entre otros, el art. 49.1.c) ET, no recibía el auxilio necesario por parte del gran órgano interpretador europeo, el cual ha virado de postura doctrinal tal y como puede observarse de la jurisprudencia analizada, creándose una dificultad a la hora de aplicar la normativa por parte del órgano juzgador, repercutiendo negativamente en la parte trabajadora interina, quienes se han visto desprovistos de derechos indemnizatorios conforme iban surgiendo diferentes interpretaciones jurisprudenciales europeas, así como envueltos en una encrucijada doctrinal.

Desde un punto de vista de los deportistas –quienes se ven inicialmente fuera de esta aplicación doctrinal europea, pero que a su vez les afecta en interpretaciones directas del art. 49.1.c) ET, así como del concepto de trabajo temporal e indemnización a su término– la resolución objeto del presente trabajo supone una importante respuesta doctrinal que da finalización a la disparidad de criterios en la materia y sirve como instrumento para la lucha ante posibles discriminaciones y tratos desiguales por razón de la categoría profesional, salario o cualquier otra causa contractual o profesional. Crea un precedente de búsqueda y lucha por la igualdad como factor determinante en las garantías y derechos de todos los trabajadores, sin importar la especialidad realizada, la temporalidad de su contrato ni las altas retribuciones⁸¹. Si bien es cierto que es una respuesta razonable, no son múltiples los deportistas profesionales que se engloban dentro de la escala de “élite” y por tanto la indemnización se encuadra dentro de una necesidad vital para acabar con la precariedad⁸², especialmente latente en los deportes profesionales femeninos.

No obstante podrán, si así lo desean, hacer valer este reconocimiento y obtener una indemnización al término de su contrato, la cual servirá de “sustento económico” durante la búsqueda de una nueva entidad deportiva. Hay que entender también que es difícil especificar exactamente qué es ‘profesionalismo élite’, el cual y aunque en su mayoría tienen unas situaciones económicas muy favorables, todavía hay quienes no ostentan de salarios astronómicos, tal y como puede deducirse del estudio de diferentes disciplinas deportivas en las cuales las retribuciones no son elevadas a pesar de ser élite deportiva, y especialmente esta situación acontece en deportes femeninos, donde mayores carencias salariales pueden observarse aun ejerciendo un trabajo de carácter profesional y élite. De igual manera, en tal concepto pueden englobarse diferentes sujetos, de acuerdo

⁸¹ Martínez Rodríguez, J.A., “La indemnización por término del contrato temporal en los deportistas profesionales. Comentario a la STS 344/2020, de 23 de enero de 2020”, op. cit., esp. p. 800.

⁸² Viqueira Pérez, C. y Basterra Hernández, M. “No hay deportistas de élite para el Derecho del Trabajo: la indemnización por término del contrato temporal”, op. cit., esp. p. 9.

a las especialidades que engloba el art. 1.2 RDDP, que intervienen en tal práctica deportiva sin realizar por sí mismos el ejercicio físico⁸³.

En contraparte, esta sentencia supone un duro varapalo para las entidades deportivas, las cuales vienen desde tiempo atrás lastradas por la crisis económica –y con mayor incidencia la derivada de la pandemia Covid19– así como por gestiones calamitosas, y que ahora se encuentran con la situación de posibilidad de indemnización a aquellos deportistas que finalizan su contrato con la entidad, lo que les supondrá un mayor coste económico en sus lastradas cuentas, las cuales en muchos casos no cuentan con niveles suficientes ni para afrontar el pago de los salarios mensuales de los deportistas⁸⁴. No obstante, el Tribunal Supremo no ha impuesto una obligación de indemnización, sino un derecho en favor de los deportistas quienes podrán hacerlo o no valer, promoviéndose así una jurisprudencia defensora de la igualdad como eje central.

⁸³ Casanova Guasch, F., *El estatuto jurídico del agente de deportistas...* op. cit., p. 42.

⁸⁴ Para afrontar los impagos a los futbolistas por parte de las entidades deportivas, la Liga de Fútbol Profesional ha despertado el ingenio a través de diferentes mecanismos que complementan al FOGASA (el cual no puede afrontar ciertas cuantías económicas salariales de los futbolistas profesionales a consecuencia de sus elevadas cifras). Se creó un fondo privado, sustentado por aportaciones de los propios clubes, que sirve de complemento al FOGASA cuando este no puede asumir determinados créditos salariales, anticipando la Liga Profesional las cuantías a los futbolistas acreedores, y subrogándose en su posición procesal ante la sociedad deudora. Para más información véase Pazos Pérez, A., “La retribución de los deportistas profesionales, con especial referencia a los futbolistas”, op. cit., esp. pp. 98-100.

LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL EN LOS CENTROS DE TRABAJO VIRTUALIZADOS

*Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2017
(ECLI: ES:TS:2017:2200)*

COVADONGA FERNÁNDEZ VILLAR*

SUPUESTO DE HECHO: En el contexto del proceso de reestructuración de la mercantil Hibu Connect S.A.U, se inició un proceso de despido colectivo que finalizó con acuerdo con el comité intercentros. Se pactó el cierre de tres centros de trabajo localizados en diferentes CC.AA, permaneciendo abierto solamente uno de ellos situado en Madrid, al que quedaron adscritos todos los trabajadores, que pasaron a realizar su prestación de servicios a distancia. A raíz de ello, se comunicó la extinción de su mandato a los miembros del comité intercentros. Resaltar que, en ese momento, se estaba negociando el convenio colectivo de empresa.

La Federación de servicios de CC.OO y U.G.T y los representantes unitarios cesados interpusieron demanda de tutela de derechos fundamentales al considerar lesionado el derecho a la libertad sindical y la negociación colectiva, solicitando la declaración el cese de comportamiento, y la nulidad y no conformidad a Derecho de las extinciones del mandato representativo. Dicha demanda fue estimada íntegramente por la Audiencia Nacional, condenando a la empresa a abonar una compensación por daños.

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2017 (rec. 124/2016) cobra especial actualidad al evidenciar la falta de adaptación del régimen de representación legal de las personas trabajadoras cuando pasan a realizar su prestación de servicios en la modalidad a distancia, quedando suprimido su centro de trabajo físico, ya que establece unos requisitos rígidos y poco favorables al mantenimiento de la representación del personal.

La sentencia demuestra la necesidad de reformular el régimen de representación unitaria, debido a las deficiencias en su aplicación práctica al configurar el mecanismo electoral entorno a una unidad de producción física, que

* Estudiante de doctorado en el Programa de Derecho “Los nuevos retos del Derecho en una sociedad en transformación”.

desaparece en los supuestos de teletrabajo y no disponer de precepto alguno que lo prevea. Como consecuencia de ello, se legitima una decisión empresarial de revocación del mandato representativo con la atribución de unas facultades que, a priori, sólo dependerían de los propios trabajadores electores, alterando así lo preceptuado en el art 67.3 ET, y privándoles de cobertura representativa en su centro de trabajo ahora ``virtualizado``. Se evidencia con ello, la necesidad de una revisión normativa que permita adaptar el sistema de representación a las nuevas formas de organización empresariales y, concretamente, en supuestos de teletrabajo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MANDATO REPRESENTATIVO Y TELETRABAJO: SUPUESTO DE HECHO Y SOLUCIÓN DE LA AUDIENCIA NACIONAL
3. POSICIÓN DE LAS PARTES
4. DOCTRINA JUDICIAL FIJADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y VALORACIÓN CRÍTICA
5. VOTO PARTICULAR
6. COMENTARIO
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN¹

Las llamadas nuevas formas de empleo surgidas a consecuencia de la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación han suscitado enormes desafíos en diferentes ámbitos de las relaciones laborales entre los que destaca la afectación al Derecho del trabajo colectivo.

El modelo de organización empresarial ha variado enormemente dejando atrás el sistema de producción fordista en pro de una mayor flexibilidad del sistema productivo. Tanto es así que, las relaciones laborales se enmarcan en un mercado laboral interactivo donde se nos presenta una empresa digitalizada interconectada a través de plataformas o aplicaciones digitales con todos los agentes dependientes de la producción (clientes, proveedores, competidores) que, sin embargo, en su relación con la parte trabajadora favorece su propio aislamiento e imposibilita una participación y representación en la empresa (Pastor Martínez, 2018, p.112).

¹ Este comentario es una revisión del presentado en el VIII Encuentro de la Sección Juvenil de la AEDTSS ``Reforma del Estatuto de los Trabajadores en la era de la digitalización`` y en el marco del Proyecto AUNAS: ``Alternativas para una Acción Sindical eficaz en el nuevo modelo de empresa`` (Ref.: RTI2018-093458-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

Las dinámicas productivas digitalizadas también se ven afectadas por una cada vez más creciente huida del derecho del trabajo (Álvarez Alonso, 2020, p. 119) y la llamada ``atomización del trabajo`` y ``fragmentación empresarial``. Nos encontramos con una organización productiva entorno a pequeños centros de trabajo, grupos de empresa o empresas en red, con teletrabajadores en su domicilio, trabajadores autónomos –ficticios en muchos casos–, plataformas virtuales o empresas colaborativas. Todo ello, repercute directamente en el modelo de representación de los trabajadores ya que, tal y como se encuentra configurado en la actualidad, no se adapta a estas nuevas modalidades de prestación de trabajo. En especial, se evidencian las dificultades prácticas con respecto al trabajo a distancia donde el centro de trabajo, elemento fundamental para articular los mecanismos previstos, se virtualiza difuminándose o, como ocurre en el caso que nos ocupa, se suprime.

Por estas razones, entre otras muchas, la normativa recogida en el Título II del ET requeriría de una reforma a fin de lograr una adecuación de las vías de representación, de acuerdo con la estructura y dinamismo que caracteriza a las empresas digitalizadas. Precisamente, uno de los mayores retos existentes en la actualidad es la adaptación de las instituciones del Derecho del Trabajo a estas nuevas realidades laborales que no se desenvuelven en el contexto de una empresa tradicional (Martínez Moreno, 2020, p 81).

Por tanto, el interés del comentario de la STS de 28 de abril de 2017 (REC 124/2016) radica en la problemática que se puede producir en aquellas empresas donde los trabajadores pasen a realizar la prestación laboral en la modalidad a distancia, quedando suprimido su centro de trabajo, ya que el Tribunal Supremo establece unos requisitos rígidos y poco favorables al mantenimiento de la representación del personal.

Esta doctrina judicial cobra actualidad debido al aumento del teletrabajo que ha supuesto la crisis mundial provocada por la COVID-19 ya que, hasta entonces, esta modalidad de prestación de servicios a distancia constituía en España supuestos marginales. Sobre este particular, apunta Sala Franco (2020, p.205) dos factores destacables e influyentes (entre otros) que son, por un lado, la cultura empresarial española presencialista y, por otro lado, la incertidumbre reguladora que envolvía al teletrabajo. De hecho, no se trata de una cantidad desdeñable de teletrabajadores los que se puedan ver afectados ante la pérdida de representantes por cierres de centro de trabajo ya que según la encuesta reciente “El teletrabajo en España” del Banco de España (2020, p.1) a un grupo de empresas, se observa que prácticamente el 80% de la muestra ha aumentado el teletrabajo.

La STS de 28 de abril de 2017 puso de manifiesto la falta de adaptación de la normativa sobre representación de los trabajadores a la realidad empresarial en entornos digitalizados que compromete el propio contenido garantista para aquellos que ostentan la condición de representante. El debate jurídico se centra en

si los teletrabajadores continúan debidamente representados tras la desaparición de los centros de trabajo y si la finalización del mandato representativo por decisión unilateral de la empresa implicaría una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical. Existen dos cuestiones esenciales en este análisis, a saber, las enormes dificultades prácticas que provoca tener al centro de trabajo como unidad electoral, en determinadas fórmulas de organización empresarial, como es el trabajo a distancia ; y la posible interpretación que pueden realizar los tribunales, a partir de esta sentencia y en base al vacío legal existente, que permita atribuir ciertas facultades al empleador de revocar un mandato representativo cuando el centro de trabajo se ``virtualiza'', desapareciendo físicamente. Y, en consecuencia, se altere el mandato contenido en el art. 67.3 ET que atribuye dicha potestad en exclusiva a las personas trabajadoras mediante asamblea convocada al efecto.

2. MANDATO REPRESENTATIVO Y TELETRABAJO: SUPUESTO DE HECHO Y SOLUCIÓN DE LA AUDIENCIA NACIONAL

La Sentencia comentada estimó un recurso de casación presentado por la empresa Hibu Connect S.A.U. La mercantil inició un proceso de despido colectivo que finalizó con acuerdo con el comité intercentros. El resultado fue el cierre de todos los centros de trabajo (Barcelona, Sevilla y A Coruña) el de Madrid, al que quedaron adscritos todos los trabajadores que pasaron a realizar su prestación de servicios en la modalidad a distancia. Paralelamente, el comité intercentros se encontraba en plena negociación del convenio colectivo de empresa.

La vinculación de los trabajadores a distancia al nuevo centro era únicamente a través de su adscripción a la cuenta de cotización. En consecuencia, la mercantil comunicó el cese de su mandato representativo a aquellos representantes unitarios elegidos en los centros de trabajo objeto de cierre en base a que la desaparición de éste acarrearba la extinción de su mandato representativo. Como consecuencia, perdieron la condición de representante cuatro miembros pertenecientes al comité intercentros encargado de negociar el convenio colectivo.

Las Federaciones de CCOO y de UGT y los representantes unitarios interpusieron demanda sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas solicitando la condena de la empresa por vulneración a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, el cese inmediato de la actuación antisindical y el reconocimiento del derecho de los trabajadores demandantes al mantenimiento en su condición de representantes de los trabajadores elegidos en los centros de trabajo objeto de cierre.

Esa demanda es estimada íntegramente por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, declarando que la decisión de la empresa de extinguir el mandato representativo de los trabajadores supone una vulneración del artículo 28 de la Constitución, el art. 4 del ET y el art. 1 de la L.O.L.S al considerar

lesionado el derecho a la libertad sindical y la nulidad y no conformidad a Derecho de las extinciones del mandato de los representantes con cuantificación de la indemnización. Además, dicha extinción colisiona con el art. 67.3 del ET, entendiendo que el comité de empresa no había agotado su mandato representativo y que sólo los electores pueden revocar la representación conferida mediante asamblea convocada a tal efecto.

Asimismo, cabe resaltar que, con anterioridad al proceso de despido colectivo señalado, la empresa ya había promovido un expediente de regulación de empleo en 2011 que finalizó igualmente con acuerdo y con la afectación de 36 centros de trabajo, manteniéndose los de Madrid, Barcelona, A Coruña y Sevilla. La empresa ya contaba con trabajadores que prestaban servicios desde su propio domicilio, radicando en distintos municipios pertenecientes a diferentes provincias en el territorio español adscritos a diferentes centros de trabajo a efectos administrativos y de conformación de unidades electorales. No obstante, pese a que no existía ninguna disposición al respecto en el acuerdo alcanzado se mantuvo la condición representativa de todos los representantes legales.

3. POSICIÓN DE LAS PARTES

El 22 de abril de 2015 se constituyó la mesa negociadora del Convenio Colectivo de empresa, formada por los representantes de los centros de trabajo referenciados. Poco tiempo después se planteará, el 9 de junio de 2015, un proceso de despido colectivo finalizando con acuerdo el 23 de junio de 2015.

Los términos del acuerdo prevén el cierre de nuevos centros, concretamente los de Sevilla, Barcelona y A Coruña afectando a numerosos trabajadores de los departamentos comercial y administrativo. La empresa ofrece novar su contrato a la modalidad a distancia o realizar un traslado al centro de trabajo de Madrid. En razón de lo anterior, el personal administrativo en su totalidad elige pasar a desempeñar su trabajo en la modalidad a distancia y quedar con ello adscritos de manera administrativa al centro situado en Madrid.

Poco después de suscrito el acuerdo y mientras se estaba negociando el convenio, la empresa remitió una comunicación el 14 de septiembre a los representantes unitarios de los centros administrativamente suprimidos por la cual se extinguía su mandato representativo. Cabe señalar que el centro de trabajo de Madrid ya contaba con comité de empresa propio.

En la primera reunión de seguimiento de la ejecución del despido colectivo con fecha 1 de octubre, la representación del personal manifestó su disconformidad a tenor de que se mantenía ``la actividad y la distribución territorial que dio lugar a las anteriores elecciones sindicales`` por lo que, el mero hecho de suprimir los centros de trabajo, no habiendo de contrario disposición alguna en el acuerdo

llegado entre las partes, no legitimaba la decisión empresarial de extinguir el mandato representativo.

Por el contrario, la parte empresarial defendió que el mandato representativo se entendía extinguido en el momento en el que los centros de trabajo se suprimieron, consecuencia del cambio organizacional operado por la empresa tras el acuerdo alcanzado en el procedimiento de despido colectivo. En consecuencia, a su juicio, no podía mantenerse ni el comité de empresa ni a los representantes miembros al no poder desempeñar los representantes del personal sus funciones ya que no existía el centro de trabajo en el que fueron elegidos ni tampoco existía personal adscrito.

La parte demandante se ratificó en que los tres centros de trabajo seguirían existiendo de forma virtual y seguiría siendo obligada la existencia de la representación unitaria, de tal manera que la decisión empresarial de extinguir dicho mandato de forma unilateral, además de no tener cabida en la normativa vigente (art. 67.3 ET) ni tampoco base convencional por no haber precepto ninguno que abordase este particular, supondría una vulneración del art. 28.1 de la CE en relación con el art. 37.1 de la misma, ya que la mera reorganización interna de la actividad empresarial le habría servido a esta parte para intentar suprimir el mandato representativo de personas que formaban parte de la comisión negociadora del convenio, como así estimó la Audiencia Nacional.

4. DOCTRINA JUDICIAL FIJADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y VALORACIÓN CRÍTICA

En el recurso de casación interpuesto por la empresa Hibu Connect SAU la motivación procesal alegada fue desestimada íntegramente por el juzgador. No así su argumentación de fondo que es la que se analizará.

El Tribunal Supremo revisa tanto la normativa convencional aplicable como la interpretación del Estatuto de los Trabajadores sobre este particular. En cuanto a la normativa convencional, los arts 14 y 71 establecen que los derechos de los representantes de los trabajadores se ejercerán tomando en consideración que los teletrabajadores estarán adscritos al centro de trabajo del código de cuenta de cotización, incluso a efectos electorales. Sin embargo, nada se dispone sobre el supuesto de supresión concreto de centro de trabajo a razón de prestación laboral por teletrabajo.

Por otro lado, el Estatuto de los Trabajadores no contiene previsión alguna sobre la desaparición de centro de trabajo y mantenimiento (o no) del mandato de los representantes de personal, salvo su remisión al art. 44.5 para utilizarlo a contrario sensu, ya que estima la Sala que lo previsto sobre el el mantenimiento de los representantes del personal cuando un centro de trabajo conserva su

autonomía con ocasión del traspaso de empresa implicaría que cuando el centro no mantenga aquella integrándose en otro dejaría de tener vigencia, interpretación a mi entender poco acertada. Evidentemente, en el caso que nos ocupa no se produce ningún traslado propiamente dicho sino, lo que existe realmente, es la supresión administrativa de un centro de trabajo para su conversión en centro de trabajo virtual. Si bien la Sala añade que este precepto revela el criterio legislativo de exigir la autonomía del centro de trabajo.

Apunta igualmente que la referencia del artículo 25 f) del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, que aprueba el reglamento de elecciones a órganos de elección de representantes de los trabajadores en la empresa, sobre la comunicación a la autoridad laboral cuando se produzca la desaparición de cualquier centro de trabajo estando vigente el mandato electoral ha sido interpretado doctrinalmente como revelador de que la desaparición del centro de trabajo conlleva la extinción del mandato de los representantes del mismo. Sin embargo, la normativa electoral no ha previsto tales situaciones.

La sentencia refiere que, habida cuenta que el ET no contiene previsión alguna sobre desaparición de centro de trabajo, la conservación del mandato representativo requiere de la subsistencia del ámbito en el que fueron elegidos los representantes. En apoyo a esta tesis cita varias sentencias del Tribunal Constitucional, como la STC 64/2016, de 11 de abril. Bien es cierto que el propio TC puso de relieve en esa sentencia la laguna legal pues “solo contempla explícitamente el mantenimiento de la representación si se produce un cambio de titularidad del centro de trabajo o unidad productiva autónoma, existiendo sin embargo una laguna legal y jurisprudencial en supuestos de desaparición del centro de trabajo de origen para ser sustituido por otros de la misma empresa (sin cesión de la titularidad), particularmente si esos centros son creados ex novo por la empleadora, disgregando a los trabajadores”. Como indica Benavente Torres (2017, p.220), parece obvio que lo que persigue el Tribunal en esta sentencia es el vacío de representación o, más ampliamente, la desorbitada injerencia empresarial en la pervivencia de aquella a través de lo que contextualmente podríamos llamar “revocación impropia”.

El Tribunal Supremo señala tres salvedades para las cuales entiende legitimado el mantenimiento de representación ante la desaparición de centros de trabajo entendiéndolo que no concurren en el caso enjuiciado. En primer lugar, en supuestos de transmisión de empresa el centro de trabajo queda afecto, pero manteniendo su autonomía, tal y como dispone el art. 44.3 ET. En segundo lugar, cuando el cierre de centros de trabajo tiene como objeto, precisamente, la finalización del mandato representativo de los trabajadores, utilizando fraude de ley o maquinación para ello. Y, en tercer lugar, en supuestos de traslado de los representantes y parte de plantilla a otro centro, situado en la misma localidad, sin que dicho centro cuente con representantes de los trabajadores.

Se refiere que el acuerdo el comité intercentros y empresa no contenía ninguna irregularidad y que la existencia de previsiones en la normativa convencional sobre la adscripción de los trabajadores al centro de Madrid, siendo un centro que ya contaba con representación del personal, era justificativa de la decisión empresarial de revocación del mandato representativo, sin entrar a valorar si realmente el mantenimiento de los ahora teletrabajadores no supusiera cambio alguno en cuanto a movilidad geográfica ni funcional.

Apunta igualmente que no entiende vulnerado el derecho de libertad sindical ya que es preciso que las restricciones del derecho sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley y que la actuación de las partes se ajustó a la legalidad. Finalmente concluye que, únicamente se suscita discrepancia sobre las consecuencias de dicho acuerdo por la finalización del mandato de la representación de los trabajadores de los centros de trabajo objeto de cierre.

5. VOTO PARTICULAR

Nos parece oportuno destacar que la Sentencia comentada contiene un voto particular de la Magistrada Excma. Sra. Viroles Piñol, donde discrepa de la tesis formulada y que, en línea con la tesis de la Audiencia Nacional basa su voto discrepante en que el comité de empresa no había agotado su mandato representativo y que sólo los electores pueden revocar la representación conferida mediante asamblea convocada a tal efecto (art. 67.3 y art.77 ET).

Así es que, en ningún caso contiene el ET precepto que permita al empleador decidir sobre la revocación del mandato representativo, siendo una conducta que excede de sus facultades y no podrá hacerlo “cualesquiera que sean los avatares acaecidos en la empresa”. Añade que, de los hechos probados se desprende que lo que existió fue simplemente un mero reajuste organizativo empresarial, ya que no ha existido movilidad geográfica ni funcional de los trabajadores que habían elegido a sus representantes, con la única particularidad de realizar su trabajo desde su domicilio y no desde el centro de trabajo donde desempeñaban anteriormente su actividad lo que implicaría dejar sin cobertura representativa a estos trabajadores.

En consecuencia, a juicio de la magistrada la acomodación del órgano de representación unitaria a la dimensión de la empresa viene previsto en el art. 67 ET el cual recoge mecanismos tanto para disminución como aumento de plantilla en el centro de trabajo o empresa, sin que exista ningún precepto que atribuya el control a la parte empresarial de forma unilateral.

Concluye el voto particular que la decisión empresarial sí supuso una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical, así como la normativa laboral y sindical (art. 4 del ET y art. 1 de la LOLS) ya que “la adscripción de los representantes de los centros de trabajo cerrados donde fueron elegidos, al centro

de trabajo de Madrid, al que han sido adscritos el 41% de los trabajadores de la empresa, no ha de comportar la pérdida de la condición de representantes de dichos trabajadores, que continuarán ostentándola hasta tanto no se hayan promovido y celebrado nuevas elecciones” excepción hecha de las salvedades anteriormente expuestas que recoge el art. 67 ET.

6. COMENTARIO

El caso resuelto por la sentencia comentada es un ejemplo de que, el sistema de representación de las personas trabajadoras en el ordenamiento jurídico laboral requiere de una adaptación a las nuevas realidades laborales provocadas por la incorporación de las tecnologías de información y comunicación, contenida en el Título II del Estatuto de los Trabajadores. Es innegable que esas disposiciones presentan numerosos vacíos, lo que conduce a que tengan que ser los tribunales los que clarifiquen aspectos esenciales provocando discrepancias entre las diferentes instancias.

Esta necesidad de adecuación de las estructuras de representación viene marcada por el profundo proceso de transformación y diversificación de la empresa y del concepto de centro de trabajo como unidad de organización en cuyo seno se habrán de establecer y funcionar las diferentes formas de representación de trabajadores, que hace cada vez más difícil identificar de forma unitaria el interés colectivo para cuya representación y defensa se articulan (Quintanilla Navarro, 2007, p.96). La problemática radica esencialmente en las nuevas formas de empleo, fruto de la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación en los procesos productivos además de otras concretas abordadas por la doctrina laboralista, como la reducción y fragmentación de las empresas, cuyas características no se adaptan al régimen de representación actual y que, en la actualidad, suponen la mayoría del tejido empresarial.

Precisamente, el doble canal de representación configurado en el ordenamiento jurídico nos presenta la incoherencia de priorizar un sistema de representación de base electoral, mecanismo que no es capaz de adaptarse a las nuevas realidades laborales ya que se centra en el concepto de centro de trabajo como unidad electoral, concepto que cada vez es más difícil de delimitar al encontrarse difuminado o incluso suprimido.

Concretamente, en mi opinión, la sentencia del Alto Tribunal aduce a dos problemas significativos. Por un lado, evidencia la necesidad de reformular el régimen de representación unitaria, al menos tal y como está configurado en la actualidad, entorno al centro de trabajo como unidad electoral. Y de otro lado, los enormes vacíos normativos existentes a los efectos de mantenimiento del mandato representativo en el supuesto de modificación a la prestación de servicios

a distancia. Por ello, centramos nuestra valoración crítica sobre esta sentencia en referencia a estas dos premisas.

En primer lugar, debe señalarse la importancia que adquiere el concepto de centro de trabajo en el régimen de representación configurado en la actual normativa. En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 2017, hemos comprobado cómo la asimilación de centro de trabajo a la unidad electoral provoca un resultado poco deseable, ya que permite que la adscripción de teletrabajadores a otro centro de trabajo por cierre del anterior, a causa de una decisión arbitraria empresarial afecte a la revocación de la condición de representante en la empresa.

Por otro lado, debemos resaltar la defectuosa técnica legislativa que se utiliza para configurar la extinción del mandato representantito con ocasión del cierre de un centro de trabajo. En lo que respecta al mandato contenido en el art. 67.3 ET, se determina que tendrá una duración de cuatro años, y que, una vez finalizado dicho mandato, se mantendrán en sus funciones en tanto se elija una nueva representación. El ET en sus arts. 67.1 y 3 y 68 hace referencia a la hipótesis de extinción *ante tempus* de este mandato por revocación por quienes le eligieron, a causa de su dimisión y como consecuencia de reducciones de plantilla. En la norma nada encontramos sobre supuestos relacionados con la extinción del centro de trabajo, lo que conlleva una imprecisión normativa que conecta directamente con las hipótesis de conversión de la prestación a servicios a distancia, como en caso de que nos ocupa. De hecho, la vinculación de la representación de estos teletrabajadores a un centro de trabajo evidencia el agotamiento del modelo, ya que no se adapta a las circunstancias organizativas actuales.

Debemos resaltar que la representación unitaria se estructura en base al centro de trabajo como ámbito de actuación, entendiéndolo como aquella "unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral" (art. 1.5 del ET) incluyendo este concepto igualmente en la normativa de desarrollo. Existe una indeterminación de los elementos definitorios que contiene la norma sobre el concepto de centro de trabajo, los cuales suscitan enormes dificultades en su aplicación práctica, lo que provoca gran inseguridad jurídica (Álvarez del Cuervo, 2016), a lo que se le añade la interpretación restrictiva de los tribunales. De hecho, en esta misma sentencia, esa comunicación o adscripción administrativa a la autoridad laboral de los teletrabajadores al centro de trabajo que permanecerá abierto, por cierre del anterior, pero que funcionalmente nada tiene que ver con ellos, será determinante para la extinción del mandato ya que contiene una presunción de legalidad del alta de centro de trabajo y utiliza la exigencia contenida en la normativa convencional como suficiente, a través de la cual, adscribir a los teletrabajadores al centro de trabajo de Madrid. Además, la doctrina judicial se ratifica con carácter general en que "quien niegue la existencia del centro, habrá de demostrar la ausencia de los requisitos que configurarían la misma" (SAN de 13 de junio de 2003, REC 64/2003).

Concretamente, en aquellos supuestos donde se configura la empresa digitalizada, o una prestación de servicios a distancia, nos encontramos ante la paradoja de que el concepto de trabajo tiende a ser configurado de acuerdo con la voluntad organizativa empresarial. Cuestión que a priori no ocasiona mayor problema y que, en gran parte, viene provocada por aquella inseguridad jurídica provocada por la ausencia de delimitaciones específicas sobre el concepto de trabajo y, por una interpretación de los tribunales en ese sentido². No obstante, aun sabiendo que el empresario ostenta la capacidad organizacional de la actividad, en su ejercicio constitucional de libertad de empresa, no parece tener mucha lógica que, esa determinación empresarial sobre el centro de trabajo pueda condicionar, sin otras limitaciones que las genéricas derivadas del abuso de derecho o del fraude, la forma en que habrá de articularse la representación de los trabajadores en la empresa (Pastor Martínez, 2018, p.116). Si bien, aunque la norma trate de limitar esta problemática excluyendo la arbitrariedad en la configuración de centro de trabajo, la doctrina judicial apuesta por una presunción de legalidad sobre la alta administrativa de centro de trabajo comunicada por la parte empresarial, presunción *iuris tantum*, frente a la cual se encontrarán unos grandes impedimentos probatorios.

Por otro lado, los trabajadores a distancia o teletrabajadores operan a través de una red, como una forma más de descentralización empresarial, por cuanto no realizan su prestación de servicios en el centro de trabajo de la empresa con la particularidad que se realiza a través de una aplicación informática. De todas formas, la interpretación judicial que se realiza de la adscripción de los teletrabajadores atiende a un criterio de razonable adscripción (Sierra Benítez, 2011, p.56), una valoración en la que debería ser fundamental el parámetro de proximidad geográfica y funcional, y a las pretensiones de los trabajadores. Y, consecuentemente, se presentan enormes dificultades para la articulación efectiva de órganos de representación ya que depende, de las soluciones y las delimitaciones del concepto de trabajo que puedan ejercer los tribunales. Y en mayor medida, las medidas colectivas que pudieran iniciar desde las centrales sindicales se ven limitadas, ya que realmente los elementos fácticos que deberían corroborar la delimitación efectiva de la empresa en centros de trabajo no están claros ni son homogéneos (Álvarez del Cuvillo, 2016, p.17).

De cualquier forma, podemos afirmar que, la determinación del ámbito de actuación de los representantes en los últimos tiempos ha cobrado una importancia decisiva resultado en primer lugar, de la inmutabilidad de las normas laborales

² La STS de 11 de febrero de 2015 (REC 2872/2013) ratifica esta doctrina judicial la STS 7 de febrero de 2012 (REC 114/2011), STS 31 enero 2001 (REC 1959/2000), STS de 19 de marzo 2001 (REC 2012/2000). La misma se refiere que el centro de trabajo constituye la regla general de unidad electoral y no se puede en el mismo proceso electoral integrar a los trabajadores de todas las oficinas de la empresa en la provincia.

directamente reguladoras de dichas nociones que, pese al ingente proceso de reformas normativas que ha sufrido nuestro ordenamiento laboral desde el año 2012, no han sido afectadas, ni si quiera en ésta última, en 2021. No obstante, dicha permanencia de la normativa de los ámbitos de actuación de los representantes no ha implicado que dichas nociones no hayan sufrido cambios. Dado que, fruto de la trascendente labor que está llevando a cabo el poder judicial en el contexto de crisis y poscrisis, no sólo en el territorio nacional, sino también en el contexto europeo, están cumpliendo una función muy decisiva en la evolución aplicativa de nociones clásicas que inciden directamente en las competencias atribuidas a las representaciones de los trabajadores (Molero Marañón, 2017, p.317 y 318).

A mi juicio, tanto la normativa como su interpretación judicial, se posiciona de una manera extremadamente rígida en cuanto a delimitar el estricto ámbito de actuación de centro de trabajo como unidad electoral, expulsando así de la cobertura representativa a empresas por sus características – de menor tamaño, fragmentación o las llamadas nuevas formas de empleo digitalizadas – que, paradójicamente, forman la mayoría en la actualidad. Si bien, la jurisprudencia pudiendo ser más laxa y con ello, ofrecer esta articulación de la representación al concepto de empresa en su conjunto y niveles intermedios, opta por todo lo contrario. En una lógica interpretativa, este posicionamiento entiende que, debido a la cercanía física entre empleador y plantilla, no encuentra necesario que se configure una representación donde existe un reducido número de personas trabajadoras dada la inmediatez y la interlocución directa que pudieran desarrollar, y ni siquiera se lo ha planteado ante un nuevo contexto de actividades supuestamente colaborativas, y de plataformas digitales. (Garrido Pérez, 2020, p.312). En el caso de éstas últimas, entendemos que, no es posible realizar una justificación en estos términos, ya que la cercanía entre empresario y trabajador no existe en ningún caso, por lo que simplemente es una problemática que no ha sido abordada, aunque a efectos prácticos se esté reclamando, habida cuenta los procesos judiciales iniciados.

En efecto, en aquellos casos donde no existe directamente un centro de trabajo físico, como aquellos supuestos de trabajo a distancia, plataformas digitales o economía colaborativa suponga una especial problemática que quedaría solventada si se admitiera a la empresa en su conjunto como ámbito de constitución. Además, con el paradigma actual que sigue vinculado a un ficticio centro de trabajo como unidad electoral (art. 19 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia) insuficientes medios existen que puedan solventar esta problemática y, como indica Sala Franco (2020, p.205), se plantea un nuevo desafío para la normativa colectiva de cómo dar respuesta a esta nueva forma de descentralización productiva que, sin duda planteará problemas interpretativos en los casos en que no exista convenio ni acuerdo colectivo donde se especifique el centro de trabajo donde queda adscrito el trabajador (art. 7 d). Así, esta descentralización tecnológica afecta directamente al modelo de representación configurado en el ordenamiento que, precisamente,

asienta sus bases en la existencia de un centro de trabajo perfectamente delimitado y una relación laboral entre el empresario y trabajador.

Toda esta problemática a la que se hace alusión tiene que ver, en mayor medida, con el profundo cambio que ha sufrido el tejido empresarial y, consecuentemente los diferentes y novedosos modos de organización empresarial. Que, todo ello unido a la normativa vigente sobre representación y su profunda vinculación al ámbito de centro de trabajo como unidad electoral, supone una merma para las posibilidades de las personas trabajadoras de contar con adecuados mecanismos de representación, provocando igualmente una disfunción para los empleadores que, se verán imposibilitados para encontrar interlocutores adecuados en la negociación de medidas colectivas.

Como ya ha puesto de relieve en numerosas ocasiones la doctrina laboralista, se requiere una adaptación con urgencia para superar sus insuficiencias técnicas actuales. Tal y como indica Casas Baamonde (2017, p.90) el actual modelo de representación unitaria se trata de un sistema rígido que hace necesario sustituir el concepto de centro de trabajo por empresa, como unidad electoral y dando incluso la posibilidad de que, a través de la negociación colectiva, los agentes puedan elegir cualesquiera entiendan como circunscripciones o variantes de agrupaciones electorales más adecuadas a las características del sector y de la empresa en su conjunto. Además, en mi opinión, el carácter tan genérico establecido del centro de trabajo contenido en el art. 1.5 ET habría de permitir esta intervención de la negociación colectiva, para adaptar el concepto, a las características concretas que pudieran tener las empresas digitalizadas sin que pudiera objetarse ningún defecto legal. Apuntaba igualmente Baylos Grau (2016, p.241) que, la base electoral en el centro de trabajo podía ser origen de insuficiencias representativas ante las últimas tendencias organizativas empresariales, muy en especial las relativas a la externalización de actividades o descentralización productivas, en este caso, tecnológicas.³

Igualmente apunta Garrido Pérez (2020, p.314) como unas instituciones nacidas en el siglo pasado no pueden seguir sobreviviendo con el mismo formato y con proyección de inalterabilidad y es que, a mi entender, es necesaria esta adaptación legislativa tanto a las nuevas realidades laborales digitalizadas. Además, con la rigidez de las exigencias para mantener el mandato representativo con ocasión del cierre de centros de trabajo, lo único que consigue el tribunal es

³ La imposición del centro de trabajo como ámbito de actuación se configura de forma muy rígida con la sola excepción de la constitución de comité de empresa conjunto (art. 63.2 ET). Además, la doctrina judicial realiza una interpretación muy exigente imposibilitando la acumulación de centros de trabajo a efectos de escoger un delegado de personal conjunto (STS 31 enero 201, REC 1959/2000), la computación de trabajadores en centros de trabajo con plantillas inferiores a 11 trabajadores a los efectos de constituir comités de empresa conjuntos (STS de 7 de febrero 2012, REC 114/2011) y la modificación de los parámetros electorales a través de la negociación colectiva.

que una institución que fue concebida con una finalidad protectora, tuitiva hacia las personas trabajadoras, para llevar a cabo las funciones esenciales demandando la protección de sus derechos y la defensa de los intereses no cumpla con su cometido, lo que requiere con urgencia un replanteamiento para conseguir una cobertura eficaz (Ysas Molinero, 2019, p.195).

7. CONCLUSIONES

A mi juicio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2017 legitima una decisión empresarial realizada de manera arbitraria para eliminar la representación de una cantidad no desdeñable de trabajadores en la empresa en plena negociación del convenio colectivo. Es indiscutible que el ET no atribuye facultad unilateral alguna a los empresarios para decidir la finalización del mandato representativo, ni mucho menos realizar una interpretación a sensu contrario de las disposiciones discrepando en todo caso con la finalidad de la propia institución jurídica.

Podemos afirmar que tanto la normativa como la interpretación judicial no se adaptan a un modelo empresarial que, además de tener una reducida dimensión y encontrarse fragmentada, se le añade la supresión de centros de trabajo a través de la deslocalización que permite la implantación de las tecnologías de la información en los sistemas productivos abaratando costes.

Esta problemática, a mi juicio viene provocada por varios factores que se han señalado, de un lado la imprecisión normativa, criticable tanto por la falta de previsión legislativa en referencia con el mandato que recoge la extinción de este por cierre de centro de trabajo. En este sentido, hay que señalar que, ante el vacío legal existente, la interpretación del tribunal, en mi opinión es cuanto menos arriesgada ya que, en puridad, solo permite su revocación por decisión mediante la asamblea de trabajadores convocadas al efecto. Por otro lado, nos encontramos con la indeterminación en los conceptos definitorios de centro de trabajo y su vinculación a la unidad electoral. O, dicho de otra manera, su falta de adaptabilidad a los modelos organizativos empresariales digitalizados, como es el trabajo a distancia, donde propiamente no existe centro de trabajo físico. Estos dos aspectos ya han sido analizados en el epígrafe anterior, así que es necesario realizar un pequeño análisis sobre las reformas legislativas recientes.

En primer lugar, no podemos pasar por alto que ya el Real Decreto 28/2020, de 22 de septiembre de trabajo a distancia afirmaba en su Exposición de Motivos I que el art. 13 del ET resultaba insuficiente para aplicarlo a las peculiaridades del teletrabajo, que requiere no solo de una prestación laboral que se desarrolle preferentemente fuera de los locales de la empresa, sino también de un uso intensivo de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación; lo que también se expresa en la promulgación posterior de la Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo

a distancia. No obstante, dicha norma, como indica Sala Franco (2020, p.205) no resuelve estos problemas, ya que vuelve a remitir al centro de trabajo como unidad funcional, indicando en su art. 19 que podrán las personas teletrabajadoras ejercitar sus derechos colectivos en condiciones de igualdad respecto a aquellas ``del centro al que están adscritas``. Se plantea un nuevo desafío para la normativa colectiva sobre cómo dar respuesta a esta nueva forma de descentralización productiva.

En segundo lugar, la recientísima reforma laboral publicada en el BOE el 30 de diciembre de 2021, realizada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha supuesto una corrección normativa de ciertos aspectos de la legislación laboral. Sin embargo, ha perdido una gran oportunidad de realizar una reformulación del régimen de representación de las personas trabajadoras, en un marco más moderno y actualizado, teniendo en cuenta las necesidades crecientes que demandan a tenor de los cambios organizativos empresariales, a los que hemos hecho referencia, entre otros muchos.

Esta sentencia, de interés renovado y que cobra especial actualidad por el aumento significativo de teletrabajadores –veremos si será un fenómeno con vocación de permanencia o si, se volverá al presencialismo– evidencia el agotamiento del régimen de representación configurado en la actualidad generando inseguridad jurídica y, por supuesto, un arriesgado compromiso del derecho a la representación colectiva de estos teletrabajadores. Y, en mi opinión, a pesar de haberse promulgado normas que a priori podían reformular el régimen de representación, no se ha tenido en cuenta esta problemática por lo que, al menos de momento, seguirá siendo objeto de controversia en los tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO (2020). *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectiva de futuro*, Tirant to Blanch.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO (2016). El centro de trabajo como unidad electora: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N°188. Pp.141-177.

BANCO DE ESPAÑA (2020). El teletrabajo en España Artículos Analíticos, Boletín Económico 2.

BAYLOS GRAU, ANTONIO (2016). Representación en la empresa y audiencia electoral. Notas sobre el mecanismo representativo español. En Romero Rodenas, María José (coord.). *Aspectos conflictivos en las elecciones sindicales*. (pp.11-24). Bormarzo.

BENAVENTE TORRES, MARÍA INMACULADA (2017). Traslado y mandato del representante. Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2016, de 11 de abril. *Temas Laborales*, 136. Pp. 201-222.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA (2017). La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores en Cruz villalón, Jesús; Menéndez Calvo, Remedios; Nogueira Guastavino, Magdalena (Coords.): *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, (pp.89-126) Bomarzo.

GARRIDO PÉREZ, EVA (2020). Representación y participación de los trabajadores en la empresa en *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. Informes y Estudios en General*, Ministerio de Trabajo y Economía Social.

MARTÍNEZ MORENO, CAROLINA (2020). Digitalización, nuevas formas de empleo y libertad sindical, *Temas Laborales*, 155/2020. Pp. 81-92.

MOLERO MARAÑÓN, MARÍA LUISA (2017). Los ámbitos idóneos de actuación de los representantes de los trabajadores: centro de trabajo, empresa y grupo de empresas. en Cruz villalón, Jesús; Menéndez Calvo, Remedios; Nogueira Guastavino, Magdalena (Coords.): *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, (pp.89-126) Bomarzo.

PASTOR MARTÍNEZ, ALBERTO. (2018). *Representación de los trabajadores en la empresa digital. Anuario IET.Presente y futuro del trabajo. Vol 5*, p.111-122.

SALA FRANCO, TOMÁS (2020) *El teletrabajo*, Tirant to Blanch, Valencia.

SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA (2011). *El contenido de la relación laboral en el trabajo*. CES. Andalucía.

YSAS MOLINERO, HELANA (2019). Reflexiones sobre el comité conjunto o cómo reestructurar los órganos unitarios para mejorar la cobertura representativa en las empresas'', *Revista de Derecho Social*, 85. Pp. 193-212.

COMENTARIO A LA STC 130/2021, DE 21 DE JUNIO. EL DERECHO DE HUELGA: DERECHO SUBJETIVO FUNDAMENTAL Y ALGUNOS DE SUS LÍMITES

*Sentencia del Tribunal Constitucional 130/2021, 21 de junio
(ECLI:ES:TC:2021:130)*

ALBERTO AYALA SÁNCHEZ*

SUPUESTO DE HECHO: La STC 130/2021, de 21 de junio, resuelve el recurso de amparo núm. 872-2202, interpuesto por la Confederación General del Trabajo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 2019 (rec. 236/2017), en proceso de conflicto colectivo; esta última resolución es dictada –a su vez– al ser recurrida la sentencia de la Audiencia Nacional, de 18 de julio de 2017, en el seno de los autos núm. 134/2017. El sindicato, al recurrir ante el Tribunal Constitucional, entiende que se ha producido una supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical en relación con el derecho de huelga: calificación de huelga abusiva resultante de la negativa de los cinco comités de huelga actuante a constituir una comisión con composición ajustada a la normativa reguladora.

RESUMEN: En estas breves líneas se examinará si la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional de calificar la huelga como abusiva con motivo de la constitución de cinco comités de huelga es respetuosa con el contenido esencial del derecho de huelga recogido en el art. 28 de la Constitución y del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo o es una resolución que ha realizado una interpretación restrictiva del derecho fundamental comentado, basándose en los aspectos formales descritos por la legislación ordinaria preconstitucional, afectando por ello al núcleo esencial del derecho a la huelga y, por extensión, al ejercicio de la libertad sindical.

* Prof. Dr. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditado a ayudante doctor y contratado doctor).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTOS PREVIOS: DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL Y DERECHO DE HUELGA
3. MARCO NORMATIVO
4. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO SUBJETIVO Y SUS FACULTADES
 - 4.1. La relación jurídica laboral como prius
 - 4.2. Nociones sobre el derecho subjetivo
 - 4.3. La huelga como derecho subjetivo o como facultad de la libertad sindical
5. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE HUELGA: DE MANERA PARTICULAR LA FIGURA TRANSVERSAL DEL ABUSO DEL DERECHO
6. A MODO DE CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La STC 130/2021, de 21 de junio, que ahora nos proponemos comentar se ciñe, a los efectos de este comentario, a la supuesta vulneración de dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga. Sin embargo, cierto es, que también en el recurso de amparo se alega (como primer motivo del mismo) la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que dejamos para otro momento y lugar. El sindicato recurrente en amparo ante el Tribunal Constitucional entiende que el Tribunal Supremo realiza una interpretación que viola los citados derechos fundamentales, realizando una interpretación irracional y arbitraria de la normativa vigente en consonancia con la doctrina vertida sobre la materia en la STC de 11/1981, de 8 de abril.

Acotado de esta manera totalmente subjetiva el objeto de este comentario, la particularidad de esta resolución no es tanto valorar, que lo hace, estos derechos fundamentales desde el punto de vista material, sino ponderar los citados derechos también desde una óptica procedimental, esto es, atendiendo a las normas formales que regulan su desenvolvimiento o su adecuado y pertinente ejercicio.

En términos generales, el Derecho es la lucha por dar vida o alimentar al derecho concreto que ha sido reconocido y descrito de manera abstracta por el sistema jurídico¹. Si se parte de esta idea, cuando el sujeto legitimado para ejercerlo de forma particular quiere hacer valer y exterioriza ese derecho en el mundo real, este sujeto ha de actuar no solo conforme al contenido material, sino también conforme al derecho adjetivo.

¹ Ihering, R. V., *La lucha por el Derecho*, con prólogo de Leopoldo Alas, Doncel, Madrid, 1976, pág. 83 y 84.

Con todo esto y en relación con el caso concreto que nos ocupa, la resolución del Tribunal Constitucional está haciendo referencia de manera implícita a una de las clásicas divisiones del Derecho. Si tal vez una de las más importantes es dividir el Derecho en público y privado, aquí el máximo intérprete de la Constitución está poniendo de relieve –virtualmente– la distinción entre derecho material y derecho formal o procedimental, para basarse en este último a la hora de adoptar el fallo². Con ello, el Tribunal Constitucional manda un mensaje inequívoco no solo al sindicato solicitante de amparo, sino a todos los operadores jurídicos, en el sentido de expresar el protagonismo que se merece el derecho adjetivo o rituario, no pocas veces minusvalorado por los profesionales del Derecho, sobre todo, cuando en su utilización se puede transgredir los límites inherentes en el ejercicio de todo derecho: la buena fe y el abuso del derecho.

Pues bien, del juego de esas normas materiales (Constitución y normas de legalidad ordinaria) y formales (solo normas de legalidad ordinaria representada por el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, –en lo sucesivo RDLRT–³), el sindicato solicitante de amparo entiende que al ser calificada la huelga como abusiva ante la negativa de conformar una comisión negociadora más acorde numéricamente a la legislación que le es aplicable, vulnera: primero y en términos amplios, su derecho a la libertad sindical, y dentro de esta y ya de manera más concreta, su derecho a la actividad sindical y, en segundo lugar, el ejercicio del derecho de huelga como derecho que comprende necesariamente su derecho a la actividad sindical.

Sin duda nos encontramos ante derechos subjetivos que, además, son derechos fundamentales. Ahora bien, como cualquier derecho, también los fundamentales, están sometidos cuando son ejercidos a límites que han de ser respetados, pero que al mismo tiempo han de respetar su contenido esencial. Por tanto, siendo conscientes de la relación íntima que hay entre libertad sindical en su faceta colectiva y derecho de huelga, aquí nos vamos a centrar, primordialmente, si el hecho de declarar simultáneamente cinco huelgas coincidentes en tiempo y objeto con la consiguiente constitución de sus cinco comités de huelgas respectivos supone o no una trasgresión del derecho de huelga o realmente es una actitud abusiva por parte de las centrales sindicales.

2. CONCEPTOS PREVIOS: DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL Y DERECHO DE HUELGA

El art. 28.1 de nuestra Constitución reconoce el derecho de libertad sindical. Derecho que comprende dos vertientes bien diferenciadas, pero directamente

² Carnelutti, F., *Arte del Derecho*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, pág. 54.

³ BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1977.

relacionadas. La primera vertiente es la organizativa, también denominada asociativa, que se manifiesta en el derecho a fundar sindicatos y estos a formar confederaciones nacionales, así como establecer organizaciones sindicales internacionales y afiliarse a ellas. También supone el derecho de “todos”⁴ o afiliarse o no al de su elección. Y la segunda vertiente, que es la que aquí nos interesa, es la funcional concretada en “la defensa y promoción de los intereses económico y sociales” de los trabajadores (art. 7 CE), que a decir del Tribunal Constitucional se manifiesta poniendo en marcha todos los medios oportunos de acción que tienen como finalidad cumplir las obligaciones o cometidos que les atribuye la Constitución en relación con los intereses antes indicados (STC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 5)⁵.

Aunque en similar sentido al mantenido por el Tribunal Constitucional, la doctrina científica estudia el contenido del derecho de libertad dividiéndolo en dos componentes: el primero, la libertad sindical individual y el segundo, la libertad sindical colectiva. La libertad sindical individual supondría la posibilidad del trabajador constituir un sindicato o afiliarse al sindicato de su elección y participar como afiliado en la vida activa del mismo. Dentro de la libertad sindical individual también estaría presente su perspectiva negativa, es decir, no afiliarse. Y el segundo elemento de esa libertad sindical sería su aspecto colectivo que abarcaría, por un lado, su faceta organizativa (redacción de estatutos, administración interna, por ejemplo) y, por otro, su faceta colectiva de actuación. En este último sentido, la libertad de sindicación supone el libre ejercicio de su actividad sindical dentro y fuera de la empresa, poniendo en marcha los medios de acción que estime oportunos para la defensa y promoción de los intereses que le son propios, entre ellos está no solo la negociación colectiva, sino también y fundamentalmente el derecho de huelga [art. 2.2 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en lo sucesivo, LOLS)⁶, en relación con los arts. 28 y 37 de la CE]⁷, que forma parte de manera indisoluble del contenido esencial del derecho de libertad sindical (STC 123/2018, de 12 de noviembre, FJ. 4)⁸.

⁴ A diferencia de lo establecido en el art. 28.2 de la CE que se refiere solo a los trabajadores por cuenta ajena, aquí “todos” implica tener presente algunas particularidades (v.gr.: funcionarios) o exclusiones (v.gr.: fuerzas armadas o institutos de igual naturaleza), sin perjuicio de que la jurisprudencia constitucional haya identificado ese “todos” con los sujetos que prestan servicios subordinados, tanto laborales como administrativos, excluyendo a los trabajadores autónomos (STC 98/1985, de 29 de julio, FJ. 2.º; BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1984).

⁵ BOE núm. 306, de 21 de noviembre de 2004.

⁶ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985.

⁷ Collado García, L., Romero Rodenas, M.ª J., Tarancón Pérez, E. *et. al.*, *La representación de los trabajadores en la empresa*, 4ª ed. Bomarzo, Albacete, 2015, págs. 25 a 28.

⁸ BOE núm. 301, de 14 de diciembre de 2018.

En consonancia con lo que se acaba de decir sobre la libertad sindical y con la finalidad de seguir acotando y contextualizando la sentencia que ahora se comenta es oportuno, en este momento, hacer una breve referencia sobre qué significa el término huelga en el seno de las relaciones de trabajo y, por ende, como contenido del derecho de libertad sindical, pues un «sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ. 9)⁹.

Una primera aproximación a su concepto se puede encontrar en el Diccionario de la Lengua, de cuyo tenor se desprende que por huelga se entiende: “interrupción colectiva de la actividad laboral por parte de los trabajadores con el fin de reivindicar ciertas condiciones o manifestar una protesta”¹⁰. A pesar de provenir de un diccionario generalista la definición ofrece una idea muy aproximada de qué se entiende por huelga desde el punto de vista jurídico. Tiene tres elementos que a la postre serán fundamentales: el primero, es una interrupción o suspensión colectiva de la actividad laboral. Como se comentará algo más abajo esta idea es fundamental, pues es un derecho individual que solo puede ser ejercido colectivamente; segundo, esa suspensión de la prestación laboral solo puede provenir de los trabajadores por cuenta ajena y, por último, esta definición contempla en sentido abstracto el fin de toda huelga, esto es, reivindicar mejoras en las condiciones de trabajo.

De cuanto se acaba de decir subyace la noción básica del sempiterno conflicto de intereses entre empresarios y trabajadores, si bien estos últimos considerados de manera abstracta o delimitados en función de su pertenencia a un centro de trabajo, categoría profesional, sector profesional o rama de actividad, lo que conlleva a adoptar –si es necesario– las oportunas medidas de conflicto colectivo, siendo la huelga la medida más importante de conflicto colectivo que puede adoptar un trabajador; a diferencia del empresario que en el caso de conflicto colectivo tiene en su manos como medida más relevante el cierre patronal. En estos términos, por tanto, la huelga es “un incisivo instrumento de autocomposición de conflictos laborales y de reequilibrio de posiciones confrontadas”¹¹ entre la patronal y los trabajadores.

Sentadas estas mínimas bases, si damos un paso más y nos dirigimos a un diccionario más especializado como es el Diccionario panhispánico del español jurídico, este concibe la huelga como “derecho constitucional al abandono colectivo del puesto de trabajo como medio de presión para la defensa de los derechos

⁹ BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981.

¹⁰ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. Recurso electrónico visitado el día 9 de febrero de 2022. Enlace web <https://dle.rae.es/huelga>.

¹¹ Garrido Pérez, E., “Los retos del conflicto laboral en las empresas digitales”, en Gómez Muñoz, J. M. (Director) y Moreno Díaz, J. M. (Coordinador), *et. al., Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 156.

laborales”¹². Si confrontamos esta definición con la anterior obtenemos un nuevo dato: el derecho a la huelga es un derecho fundamental (aunque la definición habla de “constitucional”) reconocido en el art. 28 de nuestra Carta Magna, calificación que será determinante para: primero, valorar su contenido esencial a la hora de ser desarrollado por el legislador (arts. 53.1 y 81 CE); segundo, tener presente su protección reforzada [arts. 53.2 y 161.1 b) CE]; y, por último, la citada calificación de derecho fundamental también relevante a los efectos de cómo es ejercido este derecho y, sobre todo, a qué límites está sometido su ejercicio.

Tras estas pautas elementales de qué significa el derecho de huelga, ya es el momento propicio de brindar una definición doctrinal; así, un destacado representante de la doctrina extranjera indica que “una huelga es una interrupción concertada del trabajo”¹³, definición lacónica pero clara a la vez. Nuestra doctrina elabora una definición en la que está recogida esa idea de interrupción de la actividad laboral, sin embargo, la desarrolla con las siguientes palabras, de tal modo que señala que la huelga consiste “en la cesación colectiva y concertada en la prestación de servicios para la defensa y promoción de los intereses laborales y sociales de los trabajadores”¹⁴, o en similares términos supone “la cesación temporal decidida por una colectividad de trabajadores con abandono del centro de trabajo, con motivo de un conflicto y con el fin de presionar en la defensa de sus intereses”¹⁵.

Al hablar de cesación de la actividad laboral conlleva adoptar y defender un concepto de huelga restrictivo, excluyendo del concepto aquellas medidas que realmente no implican esa cesación aunque sí son expresión de la existencia de un conflicto laboral, como, por ejemplo, las huelgas de celo, de trabajo lento, negativa a hacer horas extraordinarias, o la denominadas “mareas”, entre otras manifestaciones¹⁶. Por no hablar del sentido vulgar con que es utilizado el término “huelga” en no pocas ocasiones por los estudiantes o cuando se hace referencia de cualquier tipo de huelga que es extralaboral y, por tanto, el vocablo es esgrimido de manera impropia desde el punto de vista técnico-jurídico¹⁷.

¹² Diccionario panhispánico del español jurídico. Recurso electrónico visitado el día 9 de febrero de 2022. Enlace web <https://dpej.rae.es/lema/huelga>.

¹³ Kahn-Freund, O., *Trabajo y Derecho*, Comares, Granada, 2019, pág. 388.

¹⁴ Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 27.ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, pág. 415.

¹⁵ Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 311.

¹⁶ Mercader Uguina, J. R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 832 y 833.

¹⁷ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 40.ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pág. 782.

Tanto de una como de otra definición doctrinal y su conexión con el art. 28 de la Constitución, no cabe la menor duda que nuestro sistema normativo reconoce la huelga no solo como un derecho, sino como un derecho fundamental, dejando atrás concepciones político-jurídicas ya superadas que llegaron a concebir la huelga como delito y, en los mejores casos, una libertad mediatizada por sanciones contractuales¹⁸.

En definitiva, conforme a estas ideas generales, la huelga es: primero, un derecho fundamental, segundo, un derecho laboral de los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta ajena bajo la dirección y organización de un empleador; y tercero, la huelga es un derecho que pertenece al trabajador considerado individualmente como consecuencia de haber firmado un contrato de trabajo, pero cuyo ejercicio necesariamente ha de ser colectivo bien sea a través de las organizaciones sindicales, de las representaciones unitarias o de la organización espontánea de un conjunto de trabajadores.

Todo de cuanto se acaba de decir el Tribunal Constitucional lo expresa con las siguientes palabras: “el derecho de huelga [...] es un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante el concierto o acuerdo entre ellos” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ. 11)¹⁹. De esta definición del derecho de huelga que utiliza el Tribunal Constitucional, nos servirá en los siguientes epígrafes de punto de partida para valorar si ese ejercicio colectivo que supone este derecho constitucional ha sido conforme a Derecho, no sin antes hacer referencia al marco regulador de este derecho fundamental.

3. MARCO NORMATIVO

En este apartado solo se hará referencia de manera sintética al régimen jurídico que, de forma directa o indirecta, aparece en la STC 130/2021, de 21 de junio. Conforme a esta premisa, la regulación jurídica del derecho a la huelga no es muy profusa; no hay como en otras materias jurídico-laborales una superproducción de normas o una sucesión de estas que ocasionan, en no pocos casos, dudas sobre su aplicación a la cuestión de hecho. Se puede decir que, aunque el derecho de huelga es un derecho apegado e inherente al devenir de las relaciones laborales, sin embargo, su marco jurídico permanece estable debido a la incapacidad de

¹⁸ Kahn-Freund, O., *Trabajo y Derecho*, op. cit., págs. 460 y 461.

¹⁹ Al mismo tiempo esta resolución del Tribunal Constitucional ofrece un concepto amplio de la huelga, en su fundamento jurídico décimo, indicando que es “una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso (STC 11/1981, de 8 de abril).

los Cortes Generales para alcanzar los consensos oportunos en esta materia tan sensible y delicada.

No obstante indicada la anterior precisión delimitativa, se va a hacer referencia, primero, al régimen jurídico del derecho a la huelga en términos amplios y, segundo, a las disposiciones efectivamente empleadas por la sentencia que nos ocupa y que han sido utilizadas para resolver el recurso de amparo y declarar, en este caso, la huelga abusiva ante la negativa de los sindicatos convocantes a conformar una comisión negociadora más ajustada numéricamente, ante la presencia real de cinco comités de huelga.

En lo que respecta al ámbito internacional, sin ánimo de ser exhaustivo, cabe hacer referencia, por un lado, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el día 19 de diciembre de 1966²⁰, en cuyo articulado se reconoce el derecho de huelga que será ejercido ateniéndose a la legislación de cada país [art. 8.1.d)] y, por otro, en el Convenio núm. 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la libertad de sindicación, si bien, aquí su reconocimiento es implícito teniendo deducirse del derecho propio de las organizaciones de trabajadores a promocionar y hacer valer los intereses de los trabajadores.

A nivel de la Unión Europea, se reconoce el derecho a la huelga de manera expresa en la Carta Social Europea (revisada)²¹ y, también, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 28)²², no obstante, y a pesar de ese reconocimiento explícito, a tenor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, razones de índole competencial no permiten que la Unión dicte un marco jurídico común que garantice y estandarice el ejercicio del derecho comentado (art. 153.5)²³, hecho que no impide –sin perjuicio de nuestra Constitución– su eficacia directa como derecho fundamental europeo²⁴.

²⁰ Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

²¹ En el art. 6 relativo al derecho de negociación colectiva y, más precisamente, en su apartado 4 al indicar: “el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor”. Instrumento de ratificación de la citada Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996, publicado en el BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021.

²² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), DOCE de 30 de marzo de 2010.

²³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOCE de 30 de marzo de 2010.

²⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 113, págs. 31 a 44.

En lo que atañe a la legislación española, nuestra Carga Magna reconoce expresamente el derecho de huelga en su art. 28, calificándolo como derecho fundamental. Esta calificación conlleva que el derecho de huelga esté caracterizado, entre otras, por las siguientes notas: primera, que su desarrollo legislativo solo se puede implementar por medio de una ley orgánica, hecho que hasta la fecha no ha sucedido, por lo que es de aplicación el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, norma que al ser preconstitucional ha tenido que ser matizada e interpretada por la ya reseñada más arriba STC 11/1981, de 8 de abril, para adaptarla al nuevo ordenamiento constitucional²⁵; segunda, como consecuencia de su incardinación dentro de la Constitución (Título primero, capítulo segundo, sección primera), el derecho a la huelga es un derecho de aplicación inmediata, es decir, tiene una eficacia jurídica directa sin perjuicio de su posterior desarrollo; tercera, existe una relación muy importante entre el derecho de huelga y el derecho de libertad sindical, de tal forma que, el contenido esencial del segundo no se puede entender sin el derecho de huelga (sin perjuicio de que ambos derechos estén sistemáticamente ordenados en el mismo precepto constitucional) y, por último, como cuarta nota definitoria indicar que el derecho de huelga está cubierto por una garantía muy especial, al ser susceptible de poder solicitar el sujeto afectado su tutela ante los órganos jurisdiccionales a través de un procedimiento preferente y sumario y, en su caso, interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional [art. 53.2 en relación con el art. 162.1.b), ambos de la CE].

De todas las notas enunciadas que son consecuencia de que la huelga en España esté concebida como un derecho fundamental, ahora nos interesa destacar para dar cumplido término al comentario de la sentencia que ahora nos ocupa, la íntima conexión que hay entre el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE, también derecho fundamental)²⁶ y el derecho de huelga.

Así, la libertad sindical amparada constitucionalmente no supone solo, por un lado, la libertad de afiliarse o no a un sindicato, ni por otro lado, a que los

²⁵ Como ha indicado una eminente representante de la doctrina "...la falta de desarrollo legislativo del art. 28.2 de la Constitución [...], se ha convertido en unos de los rasgos singulares de nuestro sistema regulador del derecho de huelga, en un problema crónico con el que hemos aprendido a convivir con la ayuda destacada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en Casas Baamonde, M.^a E., "25 años de jurisprudencia constitucional social: Huelga en servicios esenciales y responsabilidad política", *Relaciones Laborales*, núms. 23/24, Sección Monografías, Año XXVI, pág. 681, tomo 2. En versión digital a través de la Ley digital, página web visitada el día 17 de febrero de 2022. <https://laleydigital-laleynext-es.bibezproxy.uca.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNTQwNTM7Wy1KLizPw827DM9NS8kl-QA5Ex41CAAAAA=WKE>.

²⁶ Derecho que, a diferencia del derecho de huelga, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985. En adelante, LOLS.

ciudadanos pueden fundar los sindicatos que entiendan que mejor puedan defender sus intereses en el marco de las relaciones laborales (art. 7 CE), sino además y primordialmente los sindicatos tienen la obligación de realizar las tareas que se esperan de ellos, esto es, desarrollar la acción sindical en sus distintas facetas, entre las que se incluyen, no solo la negociación colectiva (art. 37 CE), sino a la par adoptar las medidas de conflicto colectivo que sean oportunas en cada momento, entre las que está la huelga [art. 2.2.d) LOLS].

En definitiva, el contenido esencial a la libertad sindical no puede ser entendido sin tener presente la acción o la actividad sindical (art. 7 CE), si no fuera así, la libertad sindical estaría vacía de contenido, lo que impediría que pudiera ser reconocido como un efectivo y real derecho fundamental²⁷.

Amparados en esa libertad de acción sindical las cinco centrales sindicales convocan sendas huelgas con sus respectivos comités de huelga, por tanto, en principio, no cabe nada que objetar a los sindicatos convocantes. Están ejerciendo su libertad sindical desde su faceta funcional, ahora bien, como todo derecho ha de estar sometido a determinados límites, aunque se esté hablando de derechos fundamentales (libertad sindical y huelga).

4. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO SUBJETIVO Y SUS FACULTADES

4.1. La relación jurídica laboral como *prius*

Con la finalidad de poder estudiar la huelga como derecho subjetivo que, además, es un derecho extremadamente relevante al ser, al mismo tiempo, conceptualizado como derecho fundamental debido a su incardinación sistemática en la Constitución (como ya se expuso), no obstante, se ha de partir de los conceptos previos de relación jurídica y derecho subjetivo con la finalidad de clarificar la materia y, posteriormente, trasladarlos al ámbito del Derecho del trabajo, y de manera más concreta, al ejercicio del derecho de huelga imbricado con la acción sindical.

Señalada la anterior advertencia, se inicia el recorrido con la noción primigenia de relación jurídica, entendida en primer lugar, como relación de la vida y, en segundo término, ya como relación institucionalizada que “se explica como un conflicto de intereses”²⁸ oportunamente reglamentada, de tal forma que respecto a los sujetos incurso en la relación, se atribuye a uno de los sujetos una

²⁷ STC 94/1995, de 19 de junio, BOE núm. 175, de 24 de julio de 1995.

²⁸ Carnelutti, F., *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*, Comares, Granada, 2003, pág. 206.

situación de poder (sujeto activo) y, al otro, se le adjudica una situación de deber (sujeto pasivo).

Por tanto, ordenando adecuadamente estas ideas y dotándolas de cierta unidad expositiva, la relación jurídica se puede definir como “situación de poder y deber concretos vinculando sujetos determinados, de modo que alguno de ellos puede exigir a otro determinada conducta que éste debe observar, y a cuya observancia puede compelerle el ordenamiento”²⁹.

De este concepto se desprende que en toda relación jurídica se ha de distinguir, por un lado, la relación de hecho en sí o relación de la vida que constituiría el denominado elemento material de la relación y, por otro, el llamado elemento formal de la repetida relación que está presente cuando esa situación de hecho se institucionaliza con el debido reconocimiento jurídico. Si se aúna, de nuevo, ambos elementos para intentar clarificar qué es una relación jurídica, se obtiene que no es más que “una relación de la vida práctica, a la que el Derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos, o, en otros términos, una relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte, por el Derecho”³⁰.

Sentada en términos genéricos, y sin mayor profundidad, qué es la relación jurídica, se observa que gracias al negocio jurídico laboral el trabajador está inserto en lo que se ha venido a denominar, como se ha visto, en una relación jurídica, pero que en nuestro caso y, desde el punto de vista de las relaciones de Derecho del trabajo, es una relación jurídica laboral al estar normada por el subsistema jurídico del Derecho del trabajo.

Bajo estos términos, la relación jurídica de trabajo responde a la siguiente estructura: primero, está conformada por el vínculo contraído por dos sujetos concretos y determinados, en nuestra disciplina, por el empleador y el trabajador; segundo, este vínculo laboral implica que el empleador está interesado en los servicios que pueda prestarle el trabajador o en determinadas conductas de este, con lo que está determinado y definido el objeto de la relación; y, por último, el contenido de los sujetos de la relación laboral que viene determinado por un entramado de derechos y obligaciones para las partes (trabajador y empleador) que, según se desarrolle ese vínculo laboral, ocuparán indistintamente la parte activa o pasiva de la relación. Pues bien, esa relación jurídica laboral con estos sujetos, objeto y contenido se ha institucionalizado a través del contrato de trabajo.

²⁹ Lacruz Berdejo, J. L., Luna Serrano, A. y Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil. Volumen tercero. El Derecho Subjetivo*, Librería Bosch, Barcelona, 1984, pág. 77.

³⁰ Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo primero. Introducción y Parte General. Volumen Segundo. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, 15.ª ed., revisada y puesta al día por Antonio M. Román García, Reus, Madrid, 2007, pág. 12.

Fijada la anterior estructura de la relación jurídica laboral, es claro que, el trabajador que nos interesa a los efectos de este comentario, es aquel trabajador que desarrolla su actividad laboral de manera dependiente y por cuenta ajena, es decir, la persona que ha prestado su consentimiento de manera libre y ha suscrito un contrato de trabajo³¹, concebido como “el que liga a una persona [trabajador] que presta sus servicios a otra [empresario], que los retribuye, organiza y dirige”³². Este contrato, de manera primordial, supone una relación jurídica dotada de ciertos caracteres, en unos casos específicos y permanentes, como es la subordinación o dependencia o tener carácter personalísimo (*intuitu personae*), su voluntariedad y carácter retribuido³³ y, en otros casos están presentes rasgos o notas comunes a otros contratos, como por ejemplo, ser un contrato normado, consensual, conmutativo o sinalagmático (también llamados bilaterales).

Esta última nota, su carácter sinalagmático, determinará que en el devenir del vínculo jurídico-laboral se vayan sucediendo las posiciones activas o de poder y pasivas o de deber que se materializarán en recíprocos derechos subjetivos entre los protagonistas de la relación laboral. Pero al mismo tiempo, el contrato de trabajo conlleva que el trabajador quede amparado, con sus derechos y obligaciones, por todo un marco jurídico entre cuyo elenco de derechos está el derecho a la huelga reconocido constitucionalmente (art. 28.2 CE) y en el ámbito de la legislación ordinaria, de manera general, por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)³⁴, en su art. 4.1. como derecho de los trabajadores y, de manera específica, por el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en cuyo art. 1 se expresa que solo puede ejercerse este derecho en la parcela propia de las relaciones laborales de conformidad con lo que establece el presente Real Decreto-ley.

En definitiva, dentro del sistema jurídico hay un reconocimiento genérico y abstracto del derecho a la huelga –como derecho fundamental– que compete a todos los trabajadores insertos en una relación laboral dependiente y por cuenta ajena³⁵, pero al mismo tiempo, se regula su ejercicio y se establece un procedimiento de

³¹ Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.ª ed. revisada, renovada y ampliada al cuidado de M.ª Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 464.

³² Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.ª E., *Derecho del Trabajo*, 19.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 56.

³³ Cervilla Garzón, M.ª J., *Jurisprudencia y doctrina sobre el concepto de trabajador dependiente en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 23 a 41.

³⁴ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

³⁵ García Salas, A. I., *El ejercicio abusivo de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 46.

cómo materializar ese derecho fundamental a través del Real Decreto-ley 17/1977. Procedimiento, que tal vez, no se respetó al convocar cinco huelgas con sus respectivos cinco comités; o se respetó de manera taxativa dando lugar al abuso de derecho.

4.2. Nociones sobre el derecho subjetivo

Desde que comienza a perfilarse el marco normativo del derecho a la huelga a finales de los años setenta y principios de los ochenta, de lo que nunca se tuvo la menor duda es que el derecho de huelga estaba concebido nuestro Estado social, democrático y de derecho, –dentro de este marco de libertad–, como un derecho subjetivo y al mismo tiempo como un derecho fundamental, ahora bien, que tuviera esta doble categoría tanto de derecho subjetivo como de derecho fundamental, no implicaba que fuera un derecho ilimitado, como ningún derecho lo es, tal y como ha dispuesto en alguna ocasión el Tribunal Constitucional (véase STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 9).

Para que se puede tratar y desarrollar de manera particular qué supone que el derecho de huelga sea un derecho subjetivo (de carácter fundamental, además), se debe en primer término hacer un breve comentario de qué significa tener la cualidad de ser un derecho subjetivo y, sobre todo, cómo se puede ejercer y a qué límites puede estar sujeto.

Como se expuso algo más arriba, la relación jurídica laboral –como cualquier otra relación– conlleva situaciones de poder y de deber para los sujetos en ella implicados; pues bien, cuando se está haciendo referencia a esas situaciones activas o de poder amparadas por el sistema jurídico el paradigma está representado por la figura del derecho subjetivo.

No es fácil ofrecer un concepto de derecho subjetivo que lo distinga de otras situaciones de poder que el sistema normativo reconoce a determinados sujetos (facultades, potestades o acciones, por ejemplo); o en otros, términos es complicado determinar cuál es la esencia que define a todo derecho subjetivo.

Ante ello se han formulado diferentes teorías, siendo las más representativas dos: la primera defendida por Savigny y Windscheid y la segunda formulada por Ihering³⁶. La presentación de estas corrientes son necesarias esbozarlas para –posteriormente– poder fundamentar de la manera más adecuada posible el derecho a la huelga como el derecho subjetivo constitucional y los límites en su ejercicio.

La primera postura que se adopta para intentar conceptualizar el derecho subjetivo es la teoría de la voluntad formulada por el máximo representante de la Escuela

³⁶ Sánchez Calero, F. J., “La relación jurídica y el derecho subjetivo”, en Sánchez Calero, F. J. (Coordinador), *Curso de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 308 y 309.

Histórica: Savigny. Este autor entiende que el derecho subjetivo es un “poder de la voluntad” o “un señorío del querer” atribuido a un sujeto. Sin embargo esta idea inicial fue matizada y mejorada por Windscheid, representante de la pandectística alemana, al entender que el derecho subjetivo era ese mismo señorío de la voluntad pero concedido a la persona por el ordenamiento jurídico, de tal modo, que una norma concreta permite al sujeto, si así lo quiere él, actuar de una manera específica y determinada atendiendo a su libre discreción³⁷.

La siguiente corriente fue denominada teoría del interés, siendo formulada por Ihering. Para este autor, defensor de la jurisprudencia de los intereses frente a la de los conceptos que propugnaba la Escuela Histórica y, posteriormente la pandectística alemana³⁸, lo primordial es la protección de un determinado interés, por tanto, el derecho subjetivo es “un interés jurídicamente protegido”, en donde la acción es la verdadera protagonista, de tal forma que, “el derecho no es otra cosa que el interés que se protege a sí mismo”³⁹.

Enunciadas las teorías más tradicionales sobre como delimitar o entrar en la esencia del derecho subjetivo se puede definir aunado ambas corrientes, en un primer término de manera muy escueta y, en un segundo lugar, de forma más extensa. De este tenor, sintéticamente se puede entender por derecho subjetivo, “como la situación de poder concreto otorgada por el Ordenamiento jurídico a un sujeto para que defienda y satisfaga sus propios intereses”⁴⁰. Como se puede observar son base de esta definición tres elementos: poder, norma e interés.

Ahora bien, también algún insigne representante de la doctrina ha dado un concepto de derecho subjetivo desde un punto de vista sincrético y, sobre todo, más expresa y completa. Así conceptúa al derecho objetivo como “la facultad o conjunto de facultades, con significado unitario e independiente, que se otorga por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines e intereses, y autoriza al titular para obrar válidamente dentro de ciertos límites, y exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de los posible, el comportamiento correspondiente”⁴¹.

³⁷ Lacruz Berdejo, J. L., Luna Serrano, A. y Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil. Volumen tercero. El Derecho Subjetivo*, op. cit., pág. 83.

³⁸ Este autor ironiza sobre la jurisprudencia de los conceptos en, Ihering, R. V., *Jurisprudencia en broma y en serio*, Reus, Madrid, 2015.

³⁹ Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1984, pág. 423.

⁴⁰ Lasarte, C., *Parte General y Derechos de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, 26.ª ed., revisada y actualizada con la colaboración de Fátima Yañez Vivero, Araceli Donado Vara y Francisco J. Jiménez Muñoz, Marcial Pons, Madrid, 2021, pág. 101.

⁴¹ Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo primero. Introducción y Parte General. Volumen Segundo. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, op. cit., pág. 28.

Esta última definición no solo es más extensa que las anteriores, sino que es más descriptiva y al mismo tiempo introduce una serie de elementos que son los que nos van interesar para estudiar el derecho de huelga y su tratamiento dispensado por la STC 130/2021, de 21 de junio, tanto como derecho subjetivo, como desde el punto de vista de los límites en su ejercicio.

4.3. La huelga como derecho subjetivo o como facultad de la libertad sindical

Examinado en términos muy sintéticos la conexión que hay entre relación jurídica y derecho subjetivo, es el momento oportuno de tomar como referencia última la definición que nos acaba de ofrecer el Prof. Castán y trasladarla o aplicarla al derecho de huelga (art. 28.2 CE). Esta elección nos va a permitir observar el derecho de huelga desde una triple óptica: primero, como derecho subjetivo; segundo, como facultad de la libertad sindical (art. 28.1 CE) y, por último, en tercer lugar, los límites a los que está sometido todo derecho, incluido, el derecho de huelga.

La huelga no solo es un derecho constitucional, sino también es un derecho fundamental debido a su incardinación en lo que ha venido a denominarse, según la doctrina más autorizada como “derechos fuertes”⁴² de la Constitución. Pero la huelga, al mismo tiempo, es un derecho subjetivo desde su concepción como derecho fundamental, tal y como ha señalado la STC 64/1988, de 12 de abril⁴³, señalando: “Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son genuinos derechos subjetivos y, por consiguiente, situaciones de poder puestas por el ordenamiento jurídico a disposición de los sujetos favorecidos para que éstos realicen libremente sus propios intereses”; y la misma resolución añade: “el ejercicio de un derecho subjetivo es siempre libre para el sujeto favorecido”⁴⁴. En similar sentido se expresa la doctrina indicando que todos los derechos fundamentales son auténticos derechos subjetivos que se pueden hacer valer no solo ante las Administraciones públicas, sino también frente a los particulares⁴⁵.

Años más tarde el Tribunal Constitucional consolidó esta doctrina de reconocer el carácter bifronte del derecho de huelga. De este modo conceptúa el derecho de huelga, por un lado, como derecho fundamental y, por otro, como derecho

⁴² Cazorla Prieto, L. M.^a, Arnaldo Alcubilla, E. y Román García, F., *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pág. 351.

⁴³ BOE núm. 107, de 4 de mayo de 1988.

⁴⁴ En el voto particular que formula los Magistrados don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra y don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, a pesar de coincidir con la decisión adoptada por el Tribunal.

⁴⁵ López Guerra, L., Espín, E., García Morillo, J. *et al.*, *Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 150 a 154.

subjetivo que se puede hacer valer ante los particulares y, de manera específica, frente al empleador, expresándose en los siguientes términos: el derecho de huelga merece ser calificado “como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional” que permite “en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal como sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores” (STC 123/1992, de 28 de septiembre, FJ. 5)⁴⁶.

En razón de todo ello, no cabe la menor duda que es un derecho con una doble naturaleza, tanto de derecho fundamental, como de derecho subjetivo que permite al trabajador adoptar la medida de presión más radical que contiene el ordenamiento jurídico (art. 28.2 CE); ahora bien, esa situación de poder goza de una particularidad muy acusada, en el sentido de que se puede hablar de una “titularidad diferenciada del derecho de huelga”⁴⁷.

Desde esta visión tradicionalmente se ha distinguido, por un lado, una vertiente individual y, por otro, una vertiente colectiva del derecho de huelga. La primera, la vertiente individual es la que permite al trabajador adherirse o no a una huelga ya convocada por una colectividad de trabajadores a través de la representación unitaria o sindical en la mayoría de las ocasiones. La segunda, la vertiente colectiva, se refiere fundamentalmente a la llamada a la huelga o convocatoria que pertenece a los sujetos colectivos (sindicatos o representación unitaria). También se puede incluir dentro de estos últimos sujetos al conjunto de trabajadores que decide de forma mayoritaria en asamblea convocar una huelga. Por tanto, fuera de estas opciones está proscrito que la huelga pueda ser convocada por un único trabajador.

Pero al mismo tiempo, el derecho de huelga se puede contemplar como mera facultad de la libertad sindical en su aspecto funcional [art. 28.1 CE en consonancia con el art. 2.2.d) LOLS]⁴⁸, siempre y cuando se entienda por facultad la posibilidad

⁴⁶ BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992.

⁴⁷ Palomeque López, M. C., “La titularidad diferenciada del derecho de huelga”, *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 1992, Ref. XXVI, pág. 357, tomo 2, ed. La Ley; en versión digital a través de *La ley digital*, núm. 5280, 2002, página web visitada el día 24 de febrero de 2022. https://laleydigital-laleynext-es.bibezproxy.uca.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAASMLIzNTtbLUouLM_DzbsMz01LySVACfw6OfIAAAAA=WKE.

⁴⁸ En cuanto que la actividad sindical debe considerarse de manera implícita en el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), pues de ninguna otra manera podría llevar a término la promoción e intereses de los trabajadores (art. 7 CE). Cfr. Martín Valverde, A. y Martínez Moreno, C., “Comentario del artículo 2 de la Ley Orgánica de libertad sindical”, en Pérez de los Cobos y Orihuel, F. y Thibault Aranda, J., *Ley Orgánica de libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2010. En versión digital en la *Ley Digital*, en web visitada el día 26 de febrero de 2022, <https://laleydigital-laleynext-es.bibezproxy.uca.es/Content/Documento.aspx?params=H->

que el derecho subjetivo atribuye a su titular; de tal manera que el derecho subjetivo realmente es un todo poder unitario y las facultades son facetas que conforman el contenido del derecho subjetivo⁴⁹. Por este motivo se puede decir que el contenido esencial de la libertad sindical como derecho subjetivo está compuesto de una serie de facultades, entre ellas la huelga. Sin ella, la libertad sindical quedaría irreconocible y vacía de contenido, pues realmente, no podría realizar la función de protección de los intereses que tiene atribuido, esto es, la defensa y promoción de los derechos e intereses de los trabajadores. Por todo esto, se puede decir que la titularidad del derecho de huelga es de carácter colectivo en cuanto que conforma el contenido esencial de la libertad sindical entendida como acción propia de los sindicatos.

En la sentencia que se comenta los cinco sindicatos convocantes de las correspondientes huelgas, lo hacen en virtud de la acción sindical que les viene atribuida constitucionalmente (art. 28.1 CE) y, por tanto, desde nuestro punto de vista, como facultad de esa libertad sindical que solo pueden ejercer estos sujetos colectivos. Y en virtud de la acción sindical cada uno de los sindicatos ejercita el derecho de huelga según su propia visión y por separado, como manifestación particular de su estrategia, aunque coincidiendo en su objeto, fechas, etc., por lo que es coherente y legítimo que cada uno de los sindicatos nombre su comité de huelga, como órgano colegiado para administrar la huelga. Esta es la postura que defendió la Audiencia Nacional en su Sentencia de 18 de julio de 2017, rec. 134/2017 que, sin embargo, casó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de marzo de 2019, rec. 236/2017, al declarar ilegal la huelga por abusiva como consecuencia de que las cinco centrales sindicales se negaran a nombrar un comité negociador menos numeroso y que ha venido a confirmar el Tribunal Constitucional.

Las resoluciones tanto del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (STC 130/2021, de 21 de junio) vienen a refrendar que todo derecho –incluso los derechos fundamentales– están sometidos a límites, entre los que destaca la figura del abuso de derecho.

4sIAAAAAAAAAEAE2QTU_DMAyGf81yiTSlbOvgkMO6HRGgUbi7idUFsqTLR9f8e1wqJCI-9ivPa8mvljGUFqckn7Hw19CvshBYOaOAA-TWdBgSaB6N06TZNT_6KzqSgBeuvONfOZ-g4hKzRKQMsFudduco2ZGQJuigrIVZ7NVMRG2JL1MQj8TTrgoFKGezJK_kwx2bEFjpZMx-80hqZlwZJPYm8Y5Wa_Y_Hi7y8wmh6S8a6BsPgZreWpFXSqXVvXWzZiiFQgP01PQyOLCE-Fd3qBH2eR4y6hhDXGYmHXfZP7-m156jQbvkrbG6QhBH5yef4mZ-OHM3BXs_-Klb5NTIr-MuuSXHIKX7BAmpYNHpvzFhGGw5e0vLzO8fqYMYJ4QBAAA=WKE.

⁴⁹ Sánchez Calero, F. J., “La relación jurídica y el derecho subjetivo”, en Sánchez Calero, F. J. (Coordinador), *Curso de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, op. cit., pág. 310.

5. LOS LÍMITE DEL DERECHO DE HUELGA: DE MANERA PARTICULAR LA FIGURA TRANSVERSAL DEL ABUSO DEL DERECHO

Cuando se ejercita el derecho de huelga ha de hacerse conforme a la Constitución, pero también teniendo presente la legislación ordinaria encarnada, primero, por el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo y, segundo, por el Título preliminar del Código civil⁵⁰. El RDLRT exige que la huelga se desarrolle conforme a las previsiones de esta Norma (art. 1 RDLRT). Entre los requerimientos que debe acompañar toda declaración de huelga está comunicar al empresario la composición de comité de huelga (art. 3.3 *in fine* RDLRT), que tendrá que estar conformado por trabajadores del centro de trabajo afectados por el conflicto (art. 5, primer inciso RDLRT) y, además, no podrá exceder de doce trabajadores (art. 5, inciso segundo). Por tanto, el devenir de la huelga requiere de la existencia de un órgano específico cuya constitución, elección, composición y funcionamiento viene previsto en la legislación ordinaria⁵¹.

El comité de huelga tiene desde el inicio, durante todo su desarrollo y hasta lograr la finalización de la huelga un papel extraordinario y fundamental, es el verdadero timón que gobierna el desarrollo de la huelga. Para cumplir este cometido tiene la obligación de negociar de buena fe, que ha de estar presente desde el preaviso de la huelga (art. 8.2 RDLRT).

Con base a estas ideas iniciales debemos decantarnos sobre si la actitud de las cinco centrales convocantes, nombrando –en virtud de su libertad sindical– cinco comités de huelga, supone o determina un comportamiento que pueda calificarse como abusivo y, por ende, ilícito.

Se ha comentado ya que los derechos fundamentales y los derechos subjetivos deben de ejercitarse conforme a la ley, es decir, respetando el sistema normativo. No existen derechos que se puedan ejercitar sin límite alguno. Si volvemos a la definición de derecho subjetivo entendido como “la prerrogativa, concedida a una persona por el derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido. Naturalmente, esta pertenencia y ese dominio sólo existen en los límites más o menos estrictos, de extensión o incluso de finalidad, que les asigna el derecho objetivo. Pero dentro de estos límites el titular del derecho subjetivo

⁵⁰ Sobre la aplicación del Título preliminar del Código civil, véase la interesante monografía: Molero Manglano, C., *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

⁵¹ Cristóbal Roncero, M.^a R., “Artículo 5. El comité de huelga”, en Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Director), Monreal Bringsvaerd, E. (Coordinador) *et. al*, *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, La Ley, Madrid, 2014, pág. 324.

tiene el pleno dominio de su bien”⁵²; queda, por tanto, meridianamente claro que el derecho está sometido a límites por el propio derecho objetivo.

Los derechos subjetivos están sometidos a unos límites consustanciales a ellos, son: el abuso del derecho y el principio de buena fe (art. 7 Código civil). Aquí, en primer término, el que nos interesa es el abuso del derecho. Tradicionalmente el abuso del derecho ha sido estudiado desde dos perspectivas: la primera denominada subjetiva (defendida por Colmar y Lyon). Esta orientación se centra en que el abuso del derecho busca, o bien, perjudicar a un tercero, o bien, la conducta simplemente se realiza sin interés propio. La segunda perspectiva denominada objetiva (propuesta por Josserand), tiene su núcleo en el ejercicio antisocial y anormal del derecho. De tal manera que el abuso del derecho supone un ejercicio no conforme con la función social que todo derecho debe tener. Hoy en día, la doctrina defiende una aplicación conjunta, integradora y complementaria de ambas concepciones, sin dejar de desconocer las dificultades probatorias a la hora de demostrar la intención del agente en la concepción subjetiva⁵³.

De este modo la doctrina científica recapitula o compendia la institución del abuso del derecho formulando los siguientes requisitos: primero, será necesario una acción u omisión, una conducta activa u omisiva por parte del agente con motivo del ejercicio del derecho que será considerado abusivo. La conducta negativa puede ser abusiva si el sujeto tiene un deber jurídico de actuar y no lo hace; segundo, el ejercicio tendrá que ser extralimitado, con independencia de que sea consecuencia de una acción u omisión, en el sentido de suponer un ejercicio antisocial; tercero, el ejercicio del derecho ha de suponer un daño para tercero que no esté obligado a soportar; y, por último, esa manera de proceder ha de ser calificada como una acción u omisión abusiva, teniendo presente no solo la intención de causar un daño a tercero, sino también cuando el ejercicio es anormal o antisocial⁵⁴.

Si se han de tener en cuenta todos y cada uno de los requisitos que se han enumerado, la acción de no atender a los requerimientos del empresario al objeto de conformar una sola comisión negociadora determina la aplicación de la figura, transversal jurídicamente hablando, del abuso del derecho. Los sindicatos en su legítimo ejercicio de libertad sindical convocaron sendas huelgas respetando escrupulosamente la normativa –desde el punto de vista formal– pero sabiendo que con ello se traspasaban los límites normales en el ejercicio del mismo. Cumplían

⁵² Dabin, J., *El derecho subjetivo*, Comares, Granada, 2006, pág. 121.

⁵³ Lacruz Berdejo, J. L., Luna Serrano, A. y Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil. Volumen tercero. El Derecho Subjetivo*, op. cit., págs. 117 a 120.

⁵⁴ Sánchez Calero, F. J., “Dinámica del derecho subjetivo”, en Sánchez Calero, F. J. (Coordinador), *Curso de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, págs. 326 a 328.

formalmente la ley, pero su finalidad material era contraria a ella, esto es, dificultar la adopción de un acuerdo que finalizase la huelga.

En la Sentencia que se comenta la parte empresarial solo intentó que se conformara una comisión negociadora similar a la prevista en el art. 5 del RDLRT. Con independencia de que cierto sector de la doctrina haya censurado el límite numérico contemplado en el precepto⁵⁵, no sin razón, los comités de huelga rehusaron dicha opción amparándose en el ejercicio de su acción sindical como faceta funcional de su derecho fundamental a la libertad sindical. En este caso, los intereses de los huelguistas no se pueden proteger a toda costa, “no son un salvoconducto para perpetrar cualquier tipo de comportamiento, [...], que justifique cualquier tipo de actuación, sin atender a los posibles límites que todo derecho, incluso fundamental, debe padecer”⁵⁶.

En razón de todas estas consideraciones, el comportamiento de los sindicatos fue abusiva en cuanto que transciende el interés protegido por la norma, lo que implica, además, que las centrales sindicales ejercieron su derecho subjetivo contrariando el principio de buena fe. Por tanto, se conculcaron los límites intrínsecos inherente al ejercicio de todo derecho subjetivo: la buena fe y el abuso de derecho. Ambas figuras jurídicas que, por otro lado, deben de presidir la actuación del comité de huelga (sobre todo la buena fe negocial) en orden a conseguir un adecuado acuerdo que ponga fin a la huelga.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

Cuando se está valorando cómo se ejerce el derecho fundamental de huelga, lo más fácil es reconocerlo y defenderlo por el mero hecho de tener esa naturaleza de derecho fundamental (y, además social), al formar parte del núcleo duro de nuestra Carta Magna. Parece que hay cierto prurito en defender que un derecho fundamental pueda ser censurado en su ejercicio cuando se dan determinadas circunstancias que así lo permiten. Pues bien, ese prurito ha de desaparecer cuando:

Primero. Felizmente las relaciones laborales se desenvuelven en un Estado social, democrático y de derecho, que reconoce un conjunto de derechos fundamentales, entre los que está la libertad sindical y el derecho de huelga, que se pueden defender y ejercer con plena libertad, pero siempre respetando el Derecho objetivo y los límites que este impone.

⁵⁵ Rentero Jover, J., *El comité de huelga en el Derecho Español del Trabajo*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2002, págs. 76 y 77. Ojeda Avilés, A., *Compendio de Derecho Sindical*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 259.

⁵⁶ García Salas, A. I., *El ejercicio abusivo de la huelga, op. cit.*, pág. 48.

El Derecho positivo referente al derecho de la huelga tiene dos vectores de referencia. El primero encarnado en la Constitución y, el segundo, representado por el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Teniendo presente el primer vector, el constitucional, qué duda cabe que al derecho de huelga no se le puede imponer requisitos que puedan afectar a su contenido esencial, sobre todo, teniendo en cuenta que esas posibles restricciones vienen por vía de una legislación ordinaria preconstitucional, aunque depurada por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Desde la STC 11/1981, de 8 de abril, el Máximo Intérprete de la Constitución, ha defendido y configurado qué se puede entender como contenido esencial de un derecho fundamental y cómo ha de conjugarse con el RDLRT. Partiendo de estas premisas, el derecho de huelga supone indefectiblemente causar al empleador una serie de perjuicios que necesariamente ha de soportar y que afectan al desarrollo de su actividad empresarial; molestias o detrimentos que tendrá que padecer el empresario siempre y cuando se realice un ejercicio del derecho de huelga que respete la interpretación vinculante que hizo el Tribunal Constitucional del RDLRT a través de la sentencia referida algo más arriba.

En definitiva, hay que respetar no solo el contenido esencial del derecho de huelga, sino también todo el procedimiento que es necesario para su ejercicio (v.gr.: actuaciones previas, convocatoria, preaviso, servicios de mantenimiento y seguridad, etc.) entre los que está la composición numérica del comité de huelga. Por tanto, es de singular importancia observar no solo el derecho sustantivo (art. 28.2 CE), sino también el derecho adjetivo o procedimental previsto en el RDLRT. Pero también cobra especial relevancia que los sujetos solo quieran cumplir formalmente el derecho haciendo caso omiso a su verdadera realidad material, que era obtener un interlocutor adecuado para administrar y poner fin a la huelga.

Cierto es que el RDLRT señala que el comité de huelga no puede exceder de doce componentes, ahora bien, se hace complicado imaginar que algún órgano jurisdiccional acoja la pretensión empresarial en la que se denuncie sobrepasar el citado límite en dos o tres componente. Lo relevante de la norma no es su lectura textual o literal, muy al contrario, lo trascendental es su interpretación finalista, esto es, que sean doce o catorce miembros no es absolutamente relevante siempre y cuando sirva de interlocutor como órganos de defensa y negociación de la huelga que busque y alcance, más pronto que tarde, un acuerdo que ponga fin a la huelga.

Segunda. Que la huelga haya sido declarada ilícita por abusiva, realmente, va más allá del límite legal numérico de doce miembros que indica el RDLRT. Lo relevante, a la par que llamativo, ha sido la actitud de las cinco centrales sindicales en no querer conformar una única comisión negociadora. Sin perjuicio de que sea un criterio razonable contar con un comité de huelga cuyo número no sea muy amplio, lo trascendente –y como premisa real e indiscutible– es que el comité de

huelga tenga verdadero interés en negociar conforme a las exigencias de la buena fe para llegar a un acuerdo.

Los cinco sindicatos en su legítimo ejercicio de su libertad sindical convocaron distintas huelgas, aunque coincidentes en las fechas de cese de actividad laboral y en sus objetivos. Ante ello nada hay que objetar, como tampoco que cada uno de los sindicatos en defensa de su acción sindical nombrara sendos comités de huelga. Todo esto es respetuoso con el contenido esencial de derecho de libertad sindical en su vertiente funcional, como con el ejercicio del derecho de huelga y su procedimiento previsto en el RDLRT.

Ahora bien, cumplir con la estricta y –aparente– legalidad no es suficiente. Los cinco sindicatos no se pueden amparar única y exclusivamente en la letra de la ley, en cumplir con la estricta formalidad, también han de respetar su espíritu, su funcionalidad y su finalidad. Atenerse al tenor literal de las normas, como es el caso, conlleva –en algunos supuestos– y como acontece en el caso que nos ocupa, a que se originen determinados daños o lesiones que el sujeto pasivo de la norma no tiene obligación de soportar. El marco jurídico que contempla la libertad sindical y el derecho de huelga imponen una limitación justa de la libertad de actuación empresarial, pero siempre y cuando se ejerciten esos derechos de manera ponderada y proporcionada, o dicho con otros términos, los derechos necesariamente han de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y sin abuso de derecho.

Reconocido cualquier derecho y aunque sea fundamental (véase derecho de libertad sindical y derecho de huelga) el Derecho positivo impone a los sujetos que su ejercicio se realice dentro de los límites que señala este. Cuando se transgreden esos límites ocasionando perjuicios que no se tiene obligación de sufrir aparece la figura del abuso del derecho.

Así, primero, los sindicatos convocantes y sus respectivos comités de huelga se niegan a crear una comisión negociadora que habría de componerse de manera proporcional a la composición de cada uno de los comités de huelga; segundo, que cada uno de los sindicatos se ampare en la posibilidad de nombrar cada uno un comité de huelga entendemos que es legítima, ahora bien, no se puede amparar en este derecho para negarse en conformar una comisión negociadora participada por cada uno de los cinco comités de huelga; tercero, el ejercicio del derecho de huelga que hace cada uno de los sindicatos implica un daño que el empresario no tiene el deber de padecer, pues la existencia de cinco comités de huelga –sin duda– genera no poca dificultad para llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto y, en cuarto lugar, la actitud de negarse a constituir esa nueva comisión negociadora por parte de cada uno de los comités de huelga denota o tiene como trasfondo la intencionalidad o ausencia de verdadero interés en alcanzar un acuerdo serio que pusiera fin a la huelga.

La reflexión final no puede ser otra: una huelga –en principio– legal, deviene en una huelga ilícita por abusiva al ejercitarse los derechos fundamentales en liza

(huelga y libertad sindical) fuera de los límites que permite el Derecho objetivo, esto es, contrariando la buena fe y cayendo en el abuso del derecho.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *Derecho del Trabajo*, 19.^a ed., Civitas, Madrid, 2001.

ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.^a ed. revisada, renovada y ampliada al cuidado de M.^a Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.

CASAS BAAMONDE, M.^a E., “25 años de jurisprudencia constitucional social: Huelga en servicios esenciales y responsabilidad política”, *Relaciones Laborales*, núms. 23/24, Sección Monografías, Año XXVI, pág. 681, tomo 2. En la versión digital, pág. 1 a 26.

CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*, Comares, Granada, 2003.

CARNELUTTI, F., *Arte del Derecho*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo primero. Introducción y Parte General. Volumen Segundo. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, 15.^a ed., revisada y puesta al día por Antonio M. Román García, Reus, Madrid, 2007.

CAZORLA PRIETO, L. M.^a, Arnaldo Alcubilla, E. y Román García, F., *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

CERVILLA GARZÓN, M.^a J., *Jurisprudencia y doctrina sobre el concepto de trabajador dependiente en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021.

COLLADO GARCÍA, L., Romero Rodenas, M.^a J., Tarancón Pérez, E. et. al., *La representación de los trabajadores en la empresa*, 4.^a ed. Bomarzo, Albacete, 2015.

CRISTÓBAL RONCERO, M.^a R., “Artículo 5. El comité de huelga”, en Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Director), Monreal Bringsvaerd, E. (Coordinador) et. al., *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, La Ley, Madrid, 2014.

DABIN, J., *El derecho subjetivo*, Comares, Granada, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 1984.

GARCÍA SALAS, A. I., *El ejercicio abusivo de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GARRIDO PÉREZ, E., “Los retos del conflicto laboral en las empresas digitales”, en Gómez Muñoz, J. M. (Director) y Moreno Díaz, J. M. (Coordinador), *et. al.*, *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, Albacete, 2021.

IHERING, R. V., *La lucha por el Derecho*, con prólogo de Leopoldo Alas, Doncel, Madrid, 1976.

IHERING, R. V., *Jurisprudencia en broma y en serio*, Reus, Madrid, 2015.

KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Comares, Granada, 2019.

LACRUZ BERDEJO, J. L., Luna Serrano, A. y Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil. Volumen tercero. El Derecho Subjetivo*, Librería Bosch, Barcelona, 1984.

LASARTE, C., *Parte General y Derechos de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, 26.^a ed., revisada y actualizada con la colaboración de Fátima Yañez Vivero, Araceli Donado Vara y Francisco J. Jiménez Muñoz, Marcial Pons, Madrid, 2021.

LÓPEZ GUERRA, L., Espín, E., García Morillo, J. *et al.*, *Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MARTÍN VALVERDE, A. y Martínez Moreno, C., “Comentario del artículo 2 de la Ley Orgánica de libertad sindical”, en Pérez de los Cobos y Orihuel, F. y Thibault Aranda, J., *Ley Orgánica de libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2010. En versión digital en la Ley Digital, en web visitada el día 26 de febrero de 2022, https://laleydigital-laleynext-es.bibezproxy.uca.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2QTU_DMAyGf81yiTSl-bOvgkMO6HRGgUbi7idUFsqTLR9f8e1wqJCI9ivPa8mvmIjGUFqckn7Hw-19CvshBYOaOAA-TWdBgSaB6N06TZNT_6KzqSgBeuvONfOZg4hKzRK-QMsFudduco2ZGQJuirIVZ7NVMRG2JL1MQj8TTrgoFKGezJK_kwx2bE-FjpZMx80hqZIwZJPYM8Y5Wa_Y_Hi7y8wmh6S8a6BsPgZreWpFXSqXV-VXWzZiiFQgP01PQyOLCEFd3qBH2eR4y6hhDXGYmHXfZP7-m156jQbvkrb-G6QhBH5yef4mZ-OHM3BXs_-K1b5NTIrMuuSXHIKX7BAmPYNHpvzFhG-Gw5e0vLzO8fqYMYJ4QBAAA=WKE.

MARTÍN VALVERDE, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 27.^a ed., Tecnos, Madrid, 2018.

MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 12.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MOLERO MANGLANO, C., *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 40.^a ed., Tecnos, Madrid, 2019.
- OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho Sindical*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2020.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La titularidad diferenciada del derecho de huelga”, *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 1992, Ref. XXVI, pág. 357, tomo 2, ed. La Ley; en versión digital a través de *La ley digital*, núm. 5280, 2002, página web visitada el día 24 de febrero de 2022. https://laleydigital-laleynext-es.bibezproxy.uca.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAASMLIzNTtbLUouLM_DzbsMz01LySVACfw6OfIAAAAAA==WKE
- RENTERO JOVER, J., *El comité de huelga en el Derecho Español del Trabajo*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 113, págs. 31 a 44.
- SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J., “La relación jurídica y el derecho subjetivo”, en Sánchez Calero, F. J. (Coordinador), *Curso de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LOS PLAZOS DE CADUCIDAD A OJOS DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO*

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 995/2021, de 24 de octubre
ECLI:ES:TSJM:2021:9955*

FRANCISCO TRUJILLO PONS**

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora demandante se encontraba de baja desde el 5 de marzo de 2020 hasta el 29 de agosto de 2020. El 28 de abril de 2020 se logra un acuerdo de un ERTE entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores, incluyendo reducciones salariales. El 14 de julio, estando la trabajadora todavía de baja, se le comunica por correo electrónico corporativo el nuevo régimen retributivo, solicitando que, por *e-mail*, devuelva las copias del acuerdo firmadas antes del 15 de julio. El 10 diciembre 2020 le remiten el siguiente correo electrónico: “Hola Eva , esta es la carta que te envíe y que ya necesito con urgencia firmada, la necesita ya. Si no vas a venir. La firmas y la haces una foto con el móvil y me la envías”. Posteriormente, el 15 diciembre 2020 contesta la actora: “Referente a este *e-mail* que me envías, en el que se señalan las nuevas condiciones para comisionar, y el resto de los asuntos en ello indicados, debo comunicar que no estoy conforme al suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Por ello, al no estar de acuerdo, no voy a firmarla y me reservo las acciones legales oportunas que me amparen llegado el momento”. La trabajadora presentó demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo contraria a derecho.

RESUMEN: En este proceso se discute si la acción judicial había caducado por haberse superado los 20 días legalmente previstos para interponer la demanda, dado que la empresa así lo defendía pues computaba el inicio del plazo desde el primer correo electrónico de 14 de julio, mientras que la trabajadora disenta por entender que no tenía obligación de leer el correo electrónico recibido durante la baja, en base a su derecho a la desconexión digital en el trabajo, sino hasta el momento de su reincorporación al trabajo, que es cuando abrió el correo electrónico que le fue remitido. La sentencia objeto de comentario atiende al argumento de la trabajadora rechazando que haya caducado la acción. Según la sentencia, los trabajadores no están obligados a abrir y leer las comunicaciones que, por correo electrónico, les puede dirigir sus empresas en determinadas situaciones: descansos, permisos, festivos, vacaciones o, como es aquí de interés, bajas laborales.

* El presente trabajo se enmarca en las líneas de actuación del Grupo de Investigación: “Desconexión digital en el trabajo”. DesC-Labor (GIUV2020-473) *Universitat de València* (España) www.desclabor.com.

** Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la *Universitat de València* (España).

ÍNDICE

1. LOS PLAZOS DE CADUCIDAD ANTE SITUACIONES DE BAJAS LABORALES
2. LAS NOTIFICACIONES EMPRESARIALES VIA CORREO ELECTRÓNICO FRENTE AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO
3. CONCLUSIONES

1. LOS PLAZOS DE CADUCIDAD ANTE SITUACIONES DE BAJAS LABORALES

Es habitual en la doctrina iuslaboralista hacer uso de locuciones latinas para referenciar diversos aspectos que afectan a las relaciones laborales. Por ejemplo: “*in dubio pro operario*” (ante la duda a favor del operario o trabajador), “*iuris tantum*” (existencia de algún hecho, salvo que se pruebe lo contrario) o, por la que aquí interesa “*dies a quo*” que, conforme a jurisprudencia consolidada (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 21 de junio de 2011, rec. 1487/1996), hace referencia a la fecha a partir de la cual “(...) ha de empezarse a contar el plazo prescriptivo”.

En efecto, se va a tratar particularmente una controversia sobre este “*dies a quo*” para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a contar desde que la empresa realiza una notificación vía correo electrónico corporativo a la actora y ésta, en situación de baja laboral, alega el comienzo del plazo de forma diferente a la parte demandada de acuerdo a su derecho a la desconexión digital en el trabajo.

El plazo de caducidad se trata de una institución que goza de autonomía y deviene del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española (CE). Este término fijo que regula la normativa, emerge para evitar mantener de manera indefinida las situaciones de inseguridad derivadas de las acciones de despido, o como es aquí el caso particular, de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y del tráfico jurídico. En todo caso, el plazo de caducidad es sustantivo (previo al procedimiento) y no procesal. En este terreno, el plazo se traduce en un periodo determinado por el que el supuesto agraviado puede ejecutar una acción por la que se opone a la decisión sucedida en la esfera laboral. Y ello porque el despido y, así mismo, las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo, constituyen una declaración de voluntad “recepticia” por lo que para surtir efectos tiene que llegar a conocimiento del trabajador. En consecuencia, las acciones de oposición contra dichas decisiones empresariales, caducan a los veinte días hábiles siguientes a aquél en el que el trabajador tiene conocimiento de la comunicación empresarial.

Su marco jurídico tiene reflejo en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). De acuerdo con el ET, los plazos de prescripción y caducidad vienen regulados en su artículo 59, en particular

para el caso aquí enjuiciado, según su apartado cuarto, el ejercicio de la acción contra las decisiones empresariales en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, caduca (al igual que para el caso de despido o para el de resolución de contratos temporales) a los veinte días hábiles, computando el plazo desde el día siguiente a la fecha de notificación de dicha decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del periodo de consultas. Adherido al ET, la LRJS en su artículo 103 determina a todos los efectos que, para dicho plazo de caducidad, no se computan los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional (orden social). A propósito de estos días hábiles, conviene aclarar que, conforme a reiterada doctrina (STS de 29 de enero de 2020, rec. 2578/2017) no se incluyen, en efecto, sábados y domingos ni tampoco los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad.

2. LAS NOTIFICACIONES EMPRESARIALES VIA CORREO ELECTRÓNICO FRENTE AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO

Con respecto a la concurrencia o no de caducidad y por tanto, para apreciar si se debe estimar la demanda de la actora en solicitud de la declaración de nulidad o, en su caso, de improcedencia de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a continuación se analiza la doctrina básica que aplica al recurso de suplicación aquí estudiado.

Cada una de las partes se posiciona sobre el “*dies a quo*” para el cómputo de plazo de caducidad de veinte días (ex art. 59.3 ET) a contar desde una fecha determinada en la que, la primera parte (demandada) realizó un comunicación vía correo electrónico corporativo a la actora sobre un cambio en el sistema de retribución variable y, la segunda parte (demandante) a contar desde el preciso momento en que se hizo sabedora de dicha comunicación y de la modificación salarial al abrir su bandeja de entrada tras su reincorporación al trabajo tras su situación de baja laboral.

Así, desde el lado de la parte demandada que llevó a cabo esta comunicación a la actora, se entendió que una de las dos fechas siguientes: bien el 30 junio 2020 (fecha en que remitió por correo electrónico a todos los comerciales, incluida la actora, la información sobre la retribución variable) o el 14 julio 2020 (en que tal comunicación volvió a remitírsele a su correo electrónico), siendo que la demanda se presentó el 12 enero 2021, debió ser considerada para el cómputo de plazo de caducidad. Mientras que, desde el lado de la parte actora, en cambio, se consideró que el plazo de caducidad solamente pudo computarse desde el 15 diciembre 2020, que es cuando la actora abrió el correo electrónico que le fue remitido el 10 diciembre 2020 (en esta fecha además se añade un carácter de urgencia tal y como

se expuso en líneas precedentes de la siguiente forma: “Hola Eva , esta es la carta que te envíe y que ya necesito con urgencia firmada, la necesita ya. Si no vas a venir. La firmas y la haces una foto con el móvil y me la envías”).

Resulta clave un hecho concreto para apreciar el signo del plazo de inicio estimado, este es, la situación de baja por incapacidad temporal de la actora desde el 5 de marzo de 2020 al 29 de agosto de 2020. En esta situación, no resulta extraño que los trabajadores sigan recibiendo mensajes empresariales porque las tecnologías de la información y de la comunicación (como ahora, el *e-mail*) son de fácil accesibilidad y permiten estar disponibles en todo el momento. Efectivamente, el correo electrónico de empresa se trata de un medio de comunicación empresarial utilizado con asiduidad. El *e-mail*, se configura como un medio de comunicación asíncrono, a saber: permite que se utilice a cualquier hora sin esperar que el emisor esté en ese momento disponible para contestar al momento, en consecuencia, la comunicación se materializa sin importar la aceptación del emisor. Esto es importante aclararlo porque este “*dies a quo*” puede chocar con el derecho a la desconexión digital en el trabajo regulado en España desde finales de 2018. Desde este prisma, en los tiempos de descanso, reducciones de jornada, incapacidades temporales, vacaciones, permisos o incluso excedencias, esta serie de comunicaciones empresariales que siguen sucediendo pueden afectar a la esfera personal e íntima de los trabajadores así como, a su conciliación al quebrantar los descansos legales de los trabajadores. He aquí donde surge el señalado derecho de los trabajadores a su desconexión digital en el trabajo o a no estar disponible, regulado primero, por el artículo 88 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) y, posteriormente, desde 2021 reforzando el derecho para la modalidad del trabajo a distancia tras la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD) de conformidad con su artículo 18.

Dicho derecho resulta básico y fundamental en el entorno laboral actual con amplia presencia de medios tecnológicos y telemáticos. Una limitación a la tecnología que supone una garantía del descanso de los empleados y que emerge para combatir el estrés y el agotamiento excesivo el trabajo. Su ejercicio, indudablemente, tiene un impacto positivo en su salud física y mental, una mayor concentración y mayores niveles de energía durante las horas de trabajo.

La recurrente, como motivos para la interposición del recurso de suplicación, procedió a examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia para el caso enjuiciado. Para ello, alegó por un lado, la infracción del artículo 59.4 del ET en relación con el artículo 138 de la LRJS (tramitación de demanda de trabajadores en el orden social) y, por otro, la vulneración del artículo 88 de la LOPDGDD. Que como ya se anticipó, regulan los plazos de caducidad y el derecho a la desconexión digital en el trabajo, respectivamente. Como otro motivo de recurso, la actora alegó infracción de lo dispuesto en los artículos 41 y 47 del ET: el primer precepto regula las modificaciones sustanciales de las condiciones

de trabajo, posibilitando a la empresa acordar las mismas en la materia del sistema de remuneración y cuantía salarial (dentro su primero punto, apartado d). En este sentido, la recurrente alegó que la empresa modificó su salario así como, el de todo el departamento de comerciales de forma unilateral y sin causa justificada y, unido a ello, consideró que no hubo el respectivo periodo de consultas. El segundo precepto del ET, por su parte, regula el ERTE.

En este contexto expuesto, la presente sentencia del TSJ de Madrid resulta pionera en el tratamiento de estos plazos para ejercer acciones, al relacionarlo directamente con el derecho a la desconexión digital en el trabajo. En efecto, en la sentencia se detalla claramente cómo durante este tiempo de baja laboral, la recurrente continuaba siendo receptora de comunicaciones empresariales. Así, encontrándose en dicha situación de baja (el 28 de abril de 2020), la empresa acordó un ERTE en el que además se acometieron otras medidas como reducciones salariales señalando lo siguiente: “el presente Acuerdo, se considerará acuerdo definitivo, desplegando plena eficacia, considerándose notificados los trabajadores destinatarios de las medidas desde la fecha de este documento, sin perjuicio de las notificaciones que la Empresa realizará a cada trabajador de la aplicación de la medida que le corresponda, en los términos establecidos en es este Acuerdo”. Poco después, el 30 de junio del mismo año, Recursos Humanos comunicó a todos los comerciales, incluida la actora, la retribución variable 2020 señalando que las dos copias del acuerdo debían ser firmadas y devueltas antes del 15 julio.

Para la ejecución de esta acción de oposición, es de indudable relevancia determinar el día en que se inicia el cómputo del indicado plazo de caducidad por medio de los canales de comunicación que las empresas suelen utilizar. En este terreno, las empresas pueden notificar la carta de despido o la modificación sustanciales de las condiciones de trabajo, por el medio comunicativo que estimen oportuno, ya sea entrega en mano al trabajador, correo certificado con acuse de recibo, burofax, o como sucede en la controversia aquí estudiada, por medio del correo electrónico corporativo. Si bien es cierto que las normas convencionales pueden regular las formalidades de estas notificaciones, en ausencia de ello se aceptan tales medios de notificación. Así por ejemplo, el alto Tribunal, asentando el burofax como medio de notificación, se manifestó en su sentencia de 29 de enero de 2020 aclarando que el “*dies a quo*” para el inicio del plazo de caducidad de la acción de despido se corresponde con el del día de recogida del burofax en la oficina postal.

Sobre el día inicial del plazo, el trabajador ha de tener un conocimiento exacto de la situación sucedida al igual que sucede para la empresa como establece el TS en su reciente sentencia de 13 de octubre de 2021 (núm. rec. 4141/2018) que, para el caso de un despido de un trabajador por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, el día inicial del plazo de prescripción de las infracciones es aquel en que la empresa tiene un conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos.

Como quedo manifestado en el apartado precedente a través del recorrido cronológico de los envíos de estos correos electrónicos a la dirección corporativa de la recurrente, parte de ellos adquirieron una connotación más relevante al encontrarse ésta, en situación de baja médica (incapacidad temporal) e incluida en ERTE. Desde esta perspectiva, la actora señaló que no quedó acreditado que accediese a su correo corporativo, por lo que no cabe presumir que rehusase voluntariamente la notificación (según jurisprudencia, el rehúse de la comunicación debe equipararse a la notificación de ésta). Y como defendió la actora, se le vulneró su derecho a la desconexión digital en el trabajo dada la señalada circunstancia tan especial de se encontraba en situación de baja médica, por lo que no venía obligada a abrir y leer las comunicaciones que por correo electrónico le dirigió la empresa.

Así las cosas, “no concurre caducidad, pues la fecha de comunicación a la actora de la modificación afectante a su retribución variable debe entenderse que fue el 15 diciembre 2020 (fecha en que consta que, hallándose ya de alta médica, abrió el correo electrónico remitido el día 10 anterior). Y entre 15 diciembre 2020 y 12 enero 2021 (fecha de presentación de la demanda) transcurrieron solamente once días hábiles. Por tanto, se estima el motivo”. Con todo, se estimó parcialmente el recurso de suplicación formulado por la actora a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid de fecha 11 de marzo de 2021, en autos nº 55/2021 de dicho juzgado, que se presentó frente a la parte demandada, en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo. En consecuencia, se revocó en parte la sentencia recurrida. Y en su lugar, se estimó parcialmente la demanda y se declaró injustificada la modificación de los criterios de devengo de retribución variable de la actora a partir del año 2020; declarándose el derecho de ésta a que se le mantuvieran los criterios de devengo de retribución variable pactados el 18 de junio de 2015. Se desestimó en lo demás dicha demanda y no se impusieron costas.

3. CONCLUSIONES

Esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 24 de octubre de 2021, hay que ponerla de relieve por el valor que tiene y cómo relaciona los marcos que la norma aplica a los plazos de caducidad de la acción en derecho laboral, los cuales, deben interpretarse de acuerdo a los tiempos en que se aplican.

La desconexión digital y la obligación de respetar los tiempos de descanso de los trabajadores o, como se ha detallado, en los tiempos de recuperación durante bajas laboral, se convierte en un elemento determinante para decidir el momento en el que la trabajadora debe darse por notificada respecto de una comunicación de la empresa remitida a su dirección de correo electrónico corporativo.

Como se ha quedado patentizado, a espera de una manifestación por parte del Tribunal Supremo, nunca comenzará el plazo de caducidad de la acción

hasta que el trabajador abra dicho *e-mail*. En consecuencia, la fecha del envío de la comunicación empresarial deja de ser determinante para serlo la fecha de apertura del mismo por parte del receptor que, por aplicación del artículo 88 de la LOPDGDD, puede ser realizado en tiempo de trabajo al no estar el trabajador obligado a atender o responder a esas comunicaciones fuera de su jornada laboral, bien porque haya finalizado, bien porque se encuentre de permiso o vacaciones o bien porque se encuentre de baja médica independientemente de su origen. Con todo, el tiempo que coincida con aquel en el que puede invocarse el derecho a la desconexión digital debe considerarse inhábil a efectos del cómputo de los plazos de caducidad.

No debe desdeñarse que, en situaciones donde los trabajadores se encuentran en situación de incapacidad temporal (que por extensión se puede equiparar a situaciones de ERTE, desempleo, excedencias, reducciones de jornada, vacaciones, descansos diarios, semanales, vacaciones, permisos, festivos, etc.), obviamente, no tienen obligación de contestar correos electrónicos corporativos, ni cualquier otro mensaje o incluso llamadas, por vía diferente. Máxime cuando según el caso analizado, se entiende que la empresa era concedora de esta situación y se le imponía una “urgencia” en la respuesta.

De forma sensata con la normativa actual se valida la posibilidad del trabajador de contestar estos mensajes una vez reincorporado de la baja y, encontrándose en su puesto de trabajo, accede a su cuenta de correo electrónico de la empresa para apreciar los mensajes en su bandeja de entrada.

En síntesis, la sentencia determina que, estando la trabajadora en situación de baja por incapacidad temporal y de acuerdo con el derecho a la desconexión digital en el trabajo el plazo de caducidad frente a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (con afectación al sistema de retribución variable) comunicada a través de un *e-mail* comienza desde el instante que se ha producido la reincorporación una vez finalizada la baja (no hay constancia de que la trabajadora haya abierto el correo corporativo). Y ello porque no quedó acreditado que la recurrente accediese a su correo corporativo estando de baja laboral por lo que no se pudo presumir que rehusase voluntariamente la notificación. El caso es especialmente interesante, ya que se alega la vulneración del derecho a la desconexión digital en el trabajo, según el cual, los trabajadores no están obligados a abrir y leer las comunicaciones que, por correo electrónico les puede dirigir sus empresas en determinadas situaciones: descansos, permisos, festivos, vacaciones o, como es aquí de interés, bajas laborales. Con todo, no se apreció concurrencia de caducidad y se estimó el recurso en suplicación de la actora, dado que la fecha de comunicación de la circunstancia laboral enjuiciada debió entenderse desde el día en que ésta alegó la apertura del correo; transcurrieron de este modo, solamente once días hábiles frente a los señalados veinte que establece el ET.

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: OCTUBRE-DICIEMBRE DE 2021

- Decreto-ley 22/2021, de 13 de octubre, por el que se modifica el Decreto-ley 6/2020, de 30 de marzo, por el que se establecen medidas administrativas extraordinarias y urgentes en el ámbito social y económico como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y el Decreto-ley 10/2020, de 29 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización administrativa en materia de ayudas en el ámbito del empleo y medidas complementarias con incidencia en el ámbito económico, local y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), en relación con las medidas extraordinarias dictadas para la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 200 de 18/10/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 236/2021, de 19 de octubre, por el que se crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios Objeto de Conciencia a la prestación de ayuda para morir en Andalucía y la Comisión de Garantía y Evaluación para la prestación de ayuda para morir de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 586 de 20/10/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 24/2021, de 3 de noviembre, por el que se modifican el Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones a personas trabajadoras autónomas y empresas para el apoyo a la solvencia y reducción del endeudamiento del sector privado, y el Decreto-ley 20/2021, de 28 de septiembre, por el que se modifica el Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 589 de 03/11/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 23/2021, de 3 de noviembre, de medidas extraordinarias y urgentes de apoyo económico a los centros de atención residencial, centros de día y centros de día con terapia ocupacional para personas en situación de dependencia. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 589 de 03/11/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 255/2021, de 30 de noviembre, por el que se regulan la organización y las funciones de los centros de valoración y orientación de personas con discapacidad en Andalucía y se desarrolla el procedimiento para la valoración del grado de discapacidad en la Comunidad Autónoma. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 235 de 09/12/2021 Sección: Disposiciones generales)

- Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, por el que se aprueban con carácter urgente medidas de empleo en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 241 de 17/12/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 263/2021, de 21 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General de la Junta de Andalucía para 2021. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 246 de 24/12/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 29/2021, de 28 de diciembre, por el que se autoriza al Servicio Andaluz de Salud para contratar a personal laboral temporal. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 251 de 31/12/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 10 de noviembre de 2021, por la que se establecen los procedimientos para la realización y compensación de prácticas profesionales no laborales y de concesión de becas y ayudas a personas participantes en acciones formativas de formación profesional para el empleo. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 221 de 17/11/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 22 de noviembre de 2021, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión del Premio de Investigación del Consejo Económico y Social de Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 230 de 30/11/2021 Sección: Disposiciones generales)

ESTUDIOS

Los contornos de la discriminación
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa de las sociedades anónimas cotizadas
Belén Alonso-Olea García

Un análisis "DAFO" de la ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades
Xavier Boltaina i Bosch

La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: ¿medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación?
David Gutiérrez Colominas

La sucesión de empresas en las contrata y subcontratas: una propuesta de reforma normativa
Sergio Yagüe Blanco

El teletrabajo en la Administración Pública. Un análisis crítico de la regulación en la Administración General del Estado
Rafael Moll Noguera

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Burgos
¿Puede un futbolista ser indemnizado por término de su contrato con su club?
Rodrigo Miguel Barrio

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Oviedo
La representación del personal en los centros de trabajo virtualizados
Covadonga Fernández Villar

DERECHO DE HUELGA

Universidad de Cádiz
Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio. El derecho de huelga: derecho subjetivo fundamental y algunos de sus límites
Alberto Ayala Sánchez

DERECHO PROCESAL

Universidad de Valencia
Los plazos de caducidad a ojos del derecho a la desconexión digital en el trabajo
Francisco Trujillo Pons

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía