

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 483 | Noviembre-Diciembre 2024

ISSN: 2792-8314

**El valor de lo «improductivo»  
y sus impactos laborales:  
la protección del tiempo extralaboral  
por la norma laboral**

Margarita Miñarro Yanini

**Aperturas de las indemnizaciones tasadas  
por incumplimientos laborales  
e irrupción de su efecto disuasorio**

Cristóbal Molina Navarrete

**El impacto de los sistemas algorítmicos  
en los procesos de selección de personal**

Inés Delgado López

**La base reguladora de la pensión  
de incapacidad permanente  
en el trabajo autónomo**

Faustino Cavas Martínez

**Límites de las facultades de interpretación  
de las Comisiones paritarias**

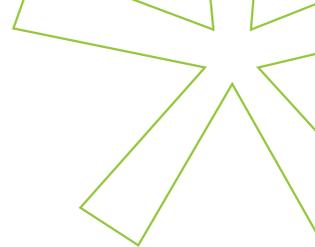
Juan Carlos García Quiñones

**Optimización del entorno laboral**

Miguel González-Mohino Sánchez,  
Mario Javier Donate Manzanares  
y Luis Javier Cabeza Ramírez

**El sistema de reparto de paquetes  
de Amazon**

Amparo Esteve Segarra



## Grados oficiales

- ★ **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**  
Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería Informática
- ★ **Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación**  
Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)
- ★ **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**  
Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing
- ★ **Facultad de Ciencias Jurídicas**  
Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho
- ★ **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**  
Historia

## Títulos propios y doctorados

- ★ *Consultar en la web*

## Másteres oficiales

- ★ **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**  
Energías Renovables y Eficiencia Energética
- ★ **Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación**  
Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Neuropsicología • Psicopedagogía • Psicología General Sanitaria
- ★ **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**  
Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales
- ★ **Facultad de Ciencias Jurídicas**  
Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Práctica de la Abogacía y de la Procura • Prevención de Riesgos Laborales
- ★ **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**  
Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

*Juntos hacia  
tu objetivo*

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 483 | Noviembre-Diciembre 2024

## Directora editorial

**M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García.** Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

## Consejo de redacción

### Directora

**Margarita Miñarro Yanini.** Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I (España)

### Subdirectora

**Susana Rodríguez Escanciano.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

## Vocales

**Coordinadora Derecho de la Seguridad Social. Isabel María Villar Cañada.** Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

**Coordinador Derecho del Trabajo. David Lantarón Barquín.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria (España)

**Coordinador Derecho Vivo. Fernando Ballester Laguna.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante (España)

## Secretaría

**Pilar Conde Colmenero.** Doctora en Derecho (acreditada a titular de universidad, área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Profesora asociada. Universidad Jaume I (España)

## Comité científico

**Carlos Luis Alfonso Mellado.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

**Ana Rosa Argüelles Blanco.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

**Marco Biasi.** Profesor asociado de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Milano (Italia)

**Laura Calafà.** Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

**Ferrán Camas Roda.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

**María Teresa Díaz Aznarte.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

**José Antonio Fernández Avilés.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

**Enrico Gragnoli.** Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

**María Teresa Igartua Miró.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

**Eugenio Lanzadera Arencibia.** Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

**Loïc Lerouge.** Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

**José Eduardo López Ahumada.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España)

**Cristina Mangarelli.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

**Nelson Mannrich.** Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Profesor titular de Derecho del Trabajo. Universidade de São Paulo (Brasil)

**Juan Pablo Mugnolo.** Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de San Andrés (Victoria, Argentina)

**Michele Tiraboschi.** Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Módena e Reggio Emilia (Italia)

## Evaluación externa

### Estudios jurídico-laborales

**Amparo Esteve Segarra.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

**Juan García Blasco.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

**Juan López Gandía.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

**Carolina Martínez Moreno.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

**Jesús Rafael Mercader Uguina.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

**Antonio Ojeda Avilés.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado). Universidad de Sevilla (España)

**Sofía Olarte Encabo.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

**Ana de la Puebla Pinilla.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

**Eduardo Rojo Torrecilla.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

**Carmen Sánchez Trigueros.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

**José Luis Tortuero Plaza.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

## Estudios de recursos humanos

**Eva Cifre Gallego.** Catedrática de Psicología Social. Universidad Jaume I (España)

**Vicente A. Martínez Tur.** Catedrático de Psicología y de las Organizaciones. Universidad de Valencia (España)

**María Eugenia Sánchez Vidal.** Catedrática de Organización de Empresas. Universidad Politécnica de Cartagena (España)

**José Ángel Zúñiga Vicente.** Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos (España)

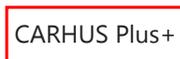
## Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

## Indexación y calidad



## Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

## Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (6 números) **130 €** en papel y digital / **80 €** en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as **25 €**

No suscriptores/as **30 €**

## Edición

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: [revistatss@udima.es](mailto:revistatss@udima.es)

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss>

Depósito legal: M-29442-2007

ISSN: 2792-8314

ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

## Impresión

Artes Gráficas Coyve

c/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo [Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

## Sumario

### Editorial

- El valor de lo «improductivo» y sus impactos laborales: la protección del tiempo extralaboral por la norma laboral 7-16  
Margarita Miñarro Yanini

### Estudios

- «Aperturas» de las indemnizaciones «tasadas» por incumplimientos laborales e irrupción de su «efecto disuasorio»: entre dogmática (teorización) y pragmática (estudio de casos típicos) 17-48  
*"Openings" of "limited" compensation for labor non-compliance and emergence of their "dissuasive effect": between dogmatics (theorization) and pragmatics (study of typical legal cases)*

#### Premio Estudios Financieros 2024

Cristóbal Molina Navarrete

- El impacto de los sistemas algorítmicos en los procesos de selección de personal. Análisis jurídico-laboral a la luz del nuevo Reglamento europeo en materia de inteligencia artificial 49-82  
*The impact of algorithmic systems in personnel selection processes. Analysis in the light of the new European Regulation on artificial intelligence*

#### Accésit del Premio Estudios Financieros 2024

Inés Delgado López

- ¿Y ahora qué hacemos con el indefinido no fijo? Reacciones tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22 83-113  
*What should we do with the permanent non-regular? The reactions that are taking place following the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 February 2024, concerning cases C-59/22, C-110/22, and C-159/22*

Sara Rico Letosa

### Diálogos con la jurisprudencia

- Doctrina del paréntesis y cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente de un trabajador autónomo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1021/2024, de 16 de julio 115-123

*Doctrine of parentheses and calculation of the regulatory base of the permanent disability pension of a self-employed worker. Commentary on Supreme Court Ruling 1021/2024, of 16 July*

Faustino Cavas Martínez

Límites de las facultades de interpretación de las Comisiones paritarias de los convenios colectivos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1032/2024, de 17 de julio  
*Limits to the powers of interpretation of the joint Committees of collective agreements. Commentary on Supreme Court Ruling 1032/2024, of 17 July*

Juan Carlos García Quiñones

124-132

Compatibilidad en el sector público de un contrato fijo discontinuo con otros contratos de trabajo en los periodos de inactividad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1164/2024, de 1 de julio

*Compatibility in the public sector of a discontinuous permanent contract with other employment contracts during periods of inactivity. Commentary on Supreme Court Ruling, Contentious-Administrative Chamber, 1164/2024, of 1 July*

Xavier Boltaina Bosch

133-141

Plazo de prescripción de las sanciones administrativas en el orden social: ¿es aplicable el establecido por norma reglamentaria en el artículo 7.3 del Real Decreto 928/1998? Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 926/2024 y 927/2024, de 25 de junio  
*Limitation period for administrative sanctions in the social order: is applicable the one established by administrative regulation in article 7.3 of Royal Decree 928/1998? Commentary on Supreme Court Rulings 926/2024 and 927/2024, of 25 June*

María Amparo García Rubio

142-151

## Estudios de Recursos Humanos

Optimización del entorno laboral: potenciando la utilización de los terceros espacios  
*Workplace optimization: enhancing the utilization of third spaces*

### **Premio Estudios Financieros 2024**

Miguel González-Mohíno Sánchez, Mario Javier Donate Manzanares y Luis Javier Cabeza Ramírez

153-183

Los fundamentos del desarrollo de Amazon en España y la evolución de su sistema de reparto de paquetes

*The fundamental basics of Amazon 's development in Spain and the evolution of its package delivery system*

### **Accésit del Premio Estudios Financieros 2024**

Amparo Esteve Segarra

185-216

Entrega de Premios CEF.- 2024

217-221

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>

# El valor de lo «improductivo» y sus impactos laborales: la protección del tiempo extralaboral por la norma laboral

**Margarita Miñarro Yanini**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social acreditada como catedrática.*

*Universitat Jaume I (Castelló, España)*

*Directora de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social](#). CEF  
myanini@dr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>*

El sueño va sobre el tiempo  
flotando como un velero.  
Nadie puede abrir semillas  
en el corazón del sueño.

F. García Lorca

*(Así que pasen cinco años. Leyenda del tiempo)*

**1.** Resulta absolutamente pacífica la afirmación de que el tiempo de trabajo es una condición esencial vinculada al propio nacimiento del derecho del trabajo. Así, impulsada por la correspondiente reivindicación obrera acompañada de movilizaciones, inicialmente se estableció su limitación por el Real Decreto de 3 de abril de 1919 que, con carácter general, disponía que «la jornada máxima legal será de 8 horas al día, o 48 horas semanales, en todos los trabajos». Posteriormente, tras varias regulaciones «de ajuste», la [Ley 4/1983](#) fijó la jornada máxima semanal en 40 horas, además de ampliar las vacaciones hasta el mínimo de 30 días naturales al año. Las modificaciones posteriores de la normativa general no han incidido en la dimensión cuantitativa del tiempo de trabajo, sino que se han centrado en la faceta cualitativa, en particular, en la flexibilización del tiempo de trabajo. Estos apuntes telegráficos sobre la evolución de la regulación de esta importante condición de trabajo muestran que, en su vertiente cuantitativa, ha experimentado pocos cambios, en contraste con los procesos productivos, en los que, de manera generalizada, la evolución ha sido drástica.

Asimismo, también ha variado el fundamento más inmediato de la limitación del tiempo de trabajo, como es lógico. De este modo, desde lo estrictamente vital –en el sentido más propio del término–, ha evolucionado hacia reclamaciones vinculadas con la valoración del tiempo más allá del trabajo y la pluralidad de facetas de quienes, al margen de su condición trabajadora, son personas con circunstancias e intereses propios que necesitan atender o, simplemente, quieren cultivar.

Con este telón de fondo, ha cobrado fuerza en los últimos tiempos la reclamación de una reducción del tiempo de trabajo. No obstante, no se trata únicamente de una reivindicación obrera, sino que otras voces indican que no solo no causaría perjuicios a las empresas, sino que resultaría beneficioso en términos de productividad. En este sentido, en el reciente informe «[Reactivar el crecimiento ampliamente compartido de la productividad en España](#)», la OCDE ha cuestionado que más horas de trabajo supongan mayor productividad, señalando, al contrario, que las jornadas laborales muy largas, además de incrementar los riesgos laborales, reducen la satisfacción y productividad por hora. Es por ello por lo que ha señalado que la reducción de jornada puede desempeñar un papel positivo en el aumento de la productividad, haciendo mención específica a «una semana laboral más corta». Por su parte, los sindicatos UGT y CC. OO. insisten en que el desarrollo tecnológico alcanzado en los procesos productivos avala sobradamente la posibilidad de reducir el tiempo de trabajo sin merma de productividad ni, por ello, rebaja salarial.

**2.** Exponente de esta reclamación de más espacios de tiempo extralaboral ha sido la propuesta de establecer la semana laboral de 32 horas distribuidas en 4 días, que supone incidir en dos aspectos clave de la jornada, como son su reducción y su distribución. Es de destacar que esta medida se inspira en la que se incluyó en el programa electoral del grupo Más-País, si bien en tal caso se planteaban estos dos cambios como alternativas –propuesta 1.5 del Programa de Economía, reducir de forma gradual y negociada la jornada laboral sin pérdida de salario a 32 horas semanales o 4 días por semana en el marco de la próxima década–, contando –con ciertos matices– con respaldo sindical. Con base en un acuerdo político, aunque esta fórmula nunca se ha llegado a plantear como propuesta «oficial», en términos más genéricos, ha tenido apoyo público promocional. En este sentido, se han

---

Desde lo estrictamente vital –en el sentido más propio del término–, ha evolucionado hacia reclamaciones vinculadas con la valoración del tiempo más allá del trabajo y la pluralidad de facetas de quienes, al margen de su condición trabajadora, son personas con circunstancias e intereses propios que necesitan atender o, simplemente, quieren cultivar

---

---

Exponente de esta reclamación de más espacios de tiempo extralaboral ha sido la propuesta de establecer la semana laboral de 32 horas distribuidas en 4 días, que supone incidir en dos aspectos clave de la jornada, como son su reducción y su distribución

---

planteado proyectos piloto, concebidos en la mesa de diálogo social, con objeto de reducir la jornada laboral. Así, la [Orden ICT/1238/2022, de 9 de diciembre](#), por la que se establecen las bases reguladoras de subvenciones para el impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral, establecía líneas de ayuda de la Fundación de la Escuela de Organización Industrial (EOI), FSP –adscrita al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo–, para la implantación de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral que incorporen medidas complementarias y supongan un impulso a la productividad en pequeñas y medianas empresas. En cualquier caso, como se ha indicado, no se trataba de medidas incentivadoras específicas, puesto que su objeto es reducir la jornada en términos genéricos, no ya implantar la jornada de 32 horas en 4 días semanales. Así, su requisito esencial, junto con mantener el salario correspondiente a la jornada íntegra, aplicar la medida durante 24 meses y alcanzar a determinados porcentajes –según la empresa o centro de trabajo tenga hasta 20 o más personas trabajadoras, 30 o 25 %, respectivamente– de personas trabajadoras con contrato indefinido a tiempo completo, es reducir la jornada al menos un 10 % semanal. Según indica esta orden, tras el periodo de implantación, se prevé que las medidas sean objeto de valoración, análisis e identificación de las mejores prácticas por la entidad competente, a fin de extraer recomendaciones para la futura toma de decisiones. Hay, en consecuencia, una voluntad de explorar las medidas que puedan desarrollarse en orden a reducir la jornada con visos de darle mayor estabilidad y alcance de futuro. Si bien, como se ha apuntado, el objeto de estos proyectos piloto era adoptar medidas que permitan reducir la jornada sin merma de productividad, sin duda, la fórmula consistente en establecer la semana laboral de 32 horas en 4 días ha sido la [protagonista](#) en este programa de ayudas. En suma, es indudable lo atractiva que resulta la semana laboral de 4 días para las personas trabajadoras, pero la posición empresarial ha sido, en términos generales, de rechazo a la medida. Además, la gran variedad de situaciones a que puede dar lugar es indicativa de que su complejidad técnica puede ser elevada. Por todo ello, el Gobierno ha estimado que, a efectos de implantar esta fórmula, resulta más adecuado optar por la vía promocional que por la impositiva, realizando las oportunas adaptaciones a las distintas realidades productivas mediante la vía convencional. En cualquier caso, experiencias supranacionales, como la de [Alemania](#), que ha probado el modelo auditado por [4 Day Week Global](#), apuntan a que se trata de un modelo tan exitoso que ha logrado convencer al 73 % de las empresas, que rechazan volver al modelo anterior.

---

El Gobierno ha estimado que, a efectos de implantar esta fórmula, resulta más adecuado optar por la vía promocional que por la impositiva, realizando las oportunas adaptaciones a las distintas realidades productivas mediante la vía convencional

---

**3.** Mucha más amplia repercusión ha tenido la petición de rebaja de la duración de la jornada, ya sin plantear la espinosa cuestión de la reducción de días de trabajo. Aunque se han realizado propuestas [variadas](#), la más firme es, sin duda, la que se incorporaba en el documento «[España avanza](#)», que recoge los compromisos de investidura PSOE y Sumar.

De este modo, entre las medidas incluidas en el punto segundo, rubricado «Más y mejores empleos, con más derechos y mejores salarios», se incluye la reducción de la jornada laboral. En este sentido, dispone al respecto el acuerdo que:

Reduciremos la jornada laboral máxima legal sin reducción salarial para establecerla en 37 horas y media semanales. Su aplicación se producirá de forma progresiva reduciéndose hasta las 38,5 horas en 2024 y culminándose en 2025. A partir de entonces se constituirá una mesa con los interlocutores sociales que evalúe los resultados de la reducción y siga avanzando en la disminución de la jornada legal teniendo en cuenta las características de los distintos sectores de actividad, la evolución de la productividad y las circunstancias económicas.

Al margen de su formulación, no ya como compromiso, sino como acción de futuro –que es pauta común de las diversas medidas recogidas en este acuerdo–, con el que se busca reforzarlo al trasladarlo al plano de la certeza, aun futura, es de destacar que esta medida se plantea en términos muy precisos, acompañada de un programa para su implantación, lo que sin duda incide en esa misma dirección de afianzar la credibilidad de esta reforma. Otro aspecto de relieve que es oportuno traer a colación, incluido como medida de alcance general también dentro del segundo punto del documento, es el diálogo social, marco en el que se pretenden adoptar las medidas laborales previstas en este acuerdo.

Pues bien, el tiempo, el mejor testigo para confirmar verdades, ha demostrado que, efectivamente, al menos por lo que respecta al Gobierno, las pautas marcadas se han cumplido. Así, en el mes de mayo se convocó a la mesa de diálogo social con objeto de alcanzar un acuerdo para rebajar por ley la jornada de trabajo, de forma gradual, en los términos previstos en el acuerdo. Esta mesa sigue constituida en el momento en que se escriben estas líneas,

si bien con poco avance, dada la discordancia entre la postura del Gobierno y de los sindicatos, por una parte, y la de la patronal, por otra, que rechaza la implantación por ley de la medida, defendiendo que la reducción de jornada se realice, en su caso, mediante la negociación colectiva. En cualquier caso, a pesar de los episodios de crisis que han puesto en riesgo el mantenimiento de la vía del diálogo social, la ministra de Trabajo y Economía Social ha defendido una y otra vez que había margen para el acuerdo. Lo repitió de nuevo, animada por el pacto de reducción de jornada de la multinacional [Inditex](#), que planea aplicar la reducción en 2025, aunque condicionada a que la persona trabajadora tenga la edad de 55 años o más y 10 años de antigüedad en la empresa. Con todo, solo un día después, a la vez que afirmaba la continuación del diálogo con los interlocutores sociales, confirmaba, ante su falta de avances, que la reducción de jornada se regulará como proyecto de ley en trámite de urgencia, mostrando así su firme voluntad de que esta reforma salga adelante

---

A pesar de los episodios de crisis que han puesto en riesgo el mantenimiento de la vía del diálogo social, la ministra de Trabajo y Economía Social ha defendido una y otra vez que había margen para el acuerdo

---

antes de que finalice el año. Sin embargo, dada la falta de acuerdo que ha hecho avanzar el calendario, la reducción no se hará en dos fases, como estaba previsto, sino que directamente se aplicará la reducción de 2 horas y media semanales. El **borrador** (extraoficial) al que se ha tenido acceso recoge esta modificación del artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), disponiendo que: «La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual».

El Gobierno ha introducido también referencias a la reducción de la jornada en el muy reciente **Plan Fiscal y Estructural de Medio Plazo (2025-2028)** del Reino de España, que es el instrumento en el que se materializan las nuevas reglas fiscales europeas. Este plan, fechado y enviado a la Comisión Europea el 15 de octubre de 2024, hace referencia a esta reforma dentro de las perspectivas macroeconómicas, al señalar que:

En el medio plazo, el despliegue de los efectos de las reformas conciliará el descenso de la tasa de desempleo con ganancias de poder adquisitivo de los asalariados y una reducción de la jornada media. La incorporación de los efectos esperados de la agenda reformista en el ámbito laboral al escenario macroeconómico permite proyectar nuevos máximos de ocupación, un crecimiento continuado del poder adquisitivo de los asalariados y una reducción sostenida de la tasa de paro.

Prometiendo la creación de 1,5 millones de puestos de trabajo hasta 2026. De este modo, este documento de planificación vincula la reducción de jornada con el incremento del empleo.

**4.** Con todo, se prevé que la reforma del tiempo de trabajo vaya más allá de la reducción de la jornada, para alcanzar otros aspectos que tienen significación propia, pero con los que guarda conexión. En cualquier caso, todos ellos son exponente de la importancia de definir el tiempo de trabajo y, en consecuencia, desde el prisma opuesto, también el tiempo extralaboral. Ello supone que la norma laboral avanza en la protección del tiempo extralaboral de las personas trabajadoras, tomando una impronta más social en este punto.

---

El Gobierno ha introducido también referencias a la reducción de la jornada en el muy reciente **Plan Fiscal y Estructural de Medio Plazo (2025-2028)** del Reino de España, que es el instrumento en el que se materializan las nuevas reglas fiscales europeas

---

---

Se prevé que la reforma del tiempo de trabajo vaya más allá de la reducción de la jornada, para alcanzar otros aspectos que tienen significación propia, pero con los que guarda conexión. En cualquier caso, todos ellos son exponente de la importancia de definir el tiempo de trabajo y, en consecuencia, desde el prisma opuesto, también el tiempo extralaboral

---

5. De enorme relevancia resulta la reforma prevista en relación con el registro horario. Transcurridos más de 5 años desde que se implantara su obligatoriedad por el [Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo](#), de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que modificó el artículo 34 del ET, se ha revelado que, con su regulación actual, no cumple los objetivos de garantizar los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social expresados en la exposición de motivos de esta norma. En suma, se trata de una medida con objetivo garantista, pero que en muchos casos no alcanza tal fin debido a la inadecuación de los sistemas. La base del problema es, en consecuencia, la concreción del modo en el que realizar este registro, que corresponde a la negociación colectiva, al acuerdo de empresa o, en su defecto, a la decisión de la empresa –previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras–. Tan amplio margen de libertad en la configuración del registro ha determinado que, en muchos casos, no cumpla su función básica y esencial, de permitir el efectivo control horario, según han constatado los órganos judiciales de lo social incluso del más alto nivel. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su reciente [Sentencia 1161/2024, de 24 de septiembre](#), desestima el recurso de casación interpuesto por BBVA y FESIBAC-CGT frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2022, que a su vez estima parcialmente la demanda interpuesta por CGT, a la que se adhieren ELA, CIG y SEC, contra BBVA. No es posible realizar en este editorial un examen exhaustivo de esta sentencia, pero debe destacarse que, pese a la desestimación de sendos recursos, incide en que no todo vale en cuestiones de registro horario. En este sentido, el tribunal, en la resolución de los recursos, se pronuncia respecto de varias cuestiones relevantes, entre las que se considera oportuno destacar, por esenciales, la obligación de que conste la identidad concreta de las personas trabajadoras a las que corresponden los distintos apuntes, precisando que ello es perfectamente compatible con la normativa sobre protección de datos personales, así como la necesidad de que la representación de las personas trabajadoras tenga acceso a la información relativa al mismo en la medida necesaria para la realización de sus funciones de control de cumplimiento de la normativa laboral, concretamente, la jornada y las condiciones de seguridad y salud en las que desarrollan el trabajo las personas trabajadoras.

---

Tan amplio margen de libertad en la configuración del registro ha determinado que, en muchos casos, no cumpla su función básica y esencial, de permitir el efectivo control horario, según han constatado los órganos judiciales de lo social incluso del más alto nivel

---

A la vista de la propuesta que ha salido a la luz, la reforma proyectada introduce cambios notables en el registro horario. De hecho, son tantas las novedades que parece oportuno comenzar por los aspectos que no se prevé que cambien, que, además de la propia obligatoriedad del registro, son: la obligación de conservar los registros horarios durante 4 años y la atribución a la negociación colectiva del establecimiento de su régimen de organización y funcionamiento. Al margen de estas cuestiones, los cambios son de sumo

relieve, comenzando por la ubicación de la regulación prevista, que pasaría al artículo 34 bis del ET, lo que no solo resulta más adecuado dada la extensión que tendría la nueva redacción (precepto de 6 apartados, 3 de ellos, a su vez, con diversos subapartados), sino que refleja la voluntad de dar mayor sustantividad propia a este aspecto del tiempo de trabajo, que deja de ocupar un mero apartado final dentro de las previsiones de la jornada. En cualquier caso, la proyectada disposición indica que seguirá aplicándose la regulación establecida en el artículo 34.9 del ET en tanto se produzca el desarrollo reglamentario del artículo 34 bis del ET.

---

Los cambios son de sumo relieve, comenzando por la ubicación de la regulación prevista, que pasaría al artículo 34 bis del ET, lo que no solo resulta más adecuado dada la extensión que tendría la nueva redacción (precepto de 6 apartados, 3 de ellos, a su vez, con diversos subapartados), sino que refleja la voluntad de dar mayor sustantividad propia a este aspecto del tiempo de trabajo, que deja de ocupar un mero apartado final dentro de las previsiones de la jornada

---

No es posible desarrollar en este editorial un análisis exhaustivo de las proyectadas previsiones, por lo que baste destacar algunas de sus claves. Por una parte, debe incidirse en que son de necesario cumplimiento, por lo que condicionan la otrora muy amplia libertad de la que disfrutaba la negociación colectiva para la configuración de este instrumento de control. Además, se prevé que, por vía reglamentaria, se establezca el contenido mínimo del registro de jornada, con necesaria inclusión de las formas de identificación o compensación del uso irregular de la jornada, lo que también condicionará la regulación negocial del registro.

Por lo que respecta a su fondo, los objetivos de facilitar «la objetividad, la fiabilidad y la accesibilidad del registro de jornada», además de su «autenticidad, trazabilidad» e «interoperatividad», marcan el signo de todas las previsiones sobre el registro de jornada. En este sentido, resultan coherentes a tales fines las exigencias de: que el registro haya de realizarse por medios digitales, que los asientos se realicen de forma personal y directa por las personas trabajadoras al inicio y fin de la jornada, sin posibilidad de alteración de contenido por parte de la empresa, que pueda determinarse inequívocamente la identidad de

---

Los objetivos de facilitar «la objetividad, la fiabilidad y la accesibilidad del registro de jornada», además de su «autenticidad, trazabilidad» e «interoperatividad», marcan el signo de todas las previsiones sobre el registro de jornada

---

la persona trabajadora que realiza el registro y/o modifica los asientos, que la información conste de forma comprensible y permita su documentación y copia y, en fin, que sea accesible para las personas trabajadoras, la representación legal y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –en los términos que se desarrollen reglamentariamente–, y que, respecto de los dos últimos, sea accesible de manera remota. Por lo demás, el establecimiento del registro es un deber de la empresa, y como tal se configura al atribuir a esta, en caso de incumplimiento, la carga de

la prueba respecto de la jornada efectivamente realizada por la persona trabajadora, así como los efectos de la presunción de tiempo completo del contrato a tiempo parcial cuando afecte a personas trabajadoras con contrato a tiempo parcial, salvo prueba en contrario. Asimismo, dado que se trata de un derecho de las personas trabajadoras cuyo desarrollo exige su necesaria colaboración, se establece la garantía de indemnidad en favor de estas respecto de la correcta realización de los asientos, así como, más allá, con relación al adecuado ejercicio de los derechos vinculados a estos.

Junto con este contenido preceptivo, se incluye otro de carácter supletorio, pues solo se contempla aplicable en caso de que no se hayan incluido previsiones al respecto en el cauce «natural» al efecto, que es la vía negocial o la decisión de empresa. En virtud de estas, se considera, por una parte, que es tiempo de trabajo efectivo todo el periodo transcurrido entre el inicio y la finalización de la jornada y, por otra, que el tiempo que exceda de la jornada ordinaria tiene la consideración de horas extraordinarias o complementarias, según las personas trabajadoras implicadas tengan contrato a tiempo completo o parcial.

6. Por lo demás, otra reforma en ciernes que afecta a la delimitación entre tiempo laboral y extralaboral, de gran impacto dado el generalizado uso de dispositivos electrónicos, es la que se refiere a la desconexión digital. La permanente interconectividad digital de las personas con frecuencia se confunde con disponibilidad laboral permanente, diluyendo límites entre tiempos de trabajo y privativo. Por ello, impulsada por el [Reglamento \(UE\) 2016/679](#), conocido como Reglamento general de protección de datos, la [Ley orgánica 3/2018](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, reconoció en su [artículo 88](#) el derecho a la desconexión digital a las personas trabajadoras en el ámbito privado y público. Es este un precepto complejo, en la forma y en el fondo, por lo que en el momento de su adopción hizo correr ríos de tinta entre la doctrina científica. Con todo, ahora procede solo apuntar, como se destacaba en el ya lejano [editorial del número 440 de esta revista](#), que esta regulación no define el derecho de desconexión digital, ni mucho menos establece garantías generales de efectividad, sino que prevé que sea la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, o bien, en lo referente a la seguridad y salud en el trabajo, la decisión de la empresa [ex artículo 14.2 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#), los instrumentos que las prevean. Por su parte, el [artículo 20 bis del ET](#) se ha limitado a recoger lacónicamente el reconocimiento del derecho.

Esta carencia de directrices normativas ha supuesto que, en ejercicio de la libertad

---

Esta regulación no define el derecho de desconexión digital, ni mucho menos establece garantías generales de efectividad, sino que prevé que sea la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, o bien, en lo referente a la seguridad y salud en el trabajo, la decisión de la empresa [ex artículo 14.2 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#), los instrumentos que las prevean

---

de configuración convencional, hayan proliferado fórmulas muy poco garantistas, que reconocen el derecho a no responder de las personas trabajadoras, pero no prohíben el envío de comunicaciones laborales en tiempo extralaboral a las empresas, que sería la medida más coherente y efectiva. De este modo, hacen recaer sobre la persona trabajadora individual la decisión de atender o no a los requerimientos –llamadas, mensajes...– de la empresa en periodo de desconexión. Además, con suma frecuencia, estos instrumentos introducen excepciones al derecho de perfiles difusos, con base en indeterminadas «circunstancias excepcionales» que, nuevamente, debilitan el derecho a la desconexión digital. La reforma que se plantea tendría como objetivo fundamental reforzar este derecho, estableciendo garantías de efectividad a fin de asegurar su cumplimiento y que este no quede en manos de las personas trabajadoras ni, tampoco, por supuesto, de las empresas, que serían sancionadas de incumplirlo. Se trataría, en definitiva, de configurar un verdadero derecho para las personas trabajadoras, reconocible como tal por su carácter indisponible, exigible y garantizado.

---

Esta carencia de directrices normativas ha supuesto que, en ejercicio de la libertad de configuración convencional, hayan proliferado fórmulas muy poco garantistas, que reconocen el derecho a no responder de las personas trabajadoras, pero no prohíben el envío de comunicaciones laborales en tiempo extralaboral a las empresas, que sería la medida más coherente y efectiva

---

**7.** Tras este repaso por uno de los temas de mayor actualidad jurídico-laboral, procede pasar a presentar el número 483 de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, que es especial, por su valioso contenido, puesto que, si bien esta es una constante en nuestras páginas, en este caso se publican los estudios galardonados con los prestigiosos **premios de Estudios Financieros 2024**, en sus modalidades de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, así como de Recursos Humanos.

En este sentido, el trabajo ganador del premio de la primera categoría lleva por título «"Aperturas" de las indemnizaciones "tasadas" por incumplimientos laborales e irrupción de su "efecto disuasorio": entre dogmática (teorización) y pragmática (estudio de casos típicos)», del profesor Cristóbal Molina Navarrete. El accésit ha correspondido al estudio titulado «El impacto de los sistemas algorítmicos en los procesos de selección de personal. Análisis jurídico-laboral a la luz del nuevo Reglamento europeo en materia de inteligencia artificial», de Inés Delgado López.

Por lo que respecta a la modalidad de Recursos Humanos, el trabajo premiado se titula «Optimización del entorno laboral: potenciando la utilización de los terceros espacios», y sus autores son Miguel González-Mohíno Sánchez, Mario Javier Donate Manzanares y Luis Javier Cabeza Ramírez. En cuanto al accésit, lo ha obtenido el estudio titulado «Los fundamentos del desarrollo de Amazon en España y la evolución de su sistema de reparto de paquetes», de Amparo Esteve Segarra. Junto a estos estudios doctrinales, se incluye otro

que analiza la problemática de la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024](#), así como nuestra sección de actualidad jurisprudencial en la que se enmarcan los «diálogos con la jurisprudencia».

**Cómo citar:** Miñarro Yanini, M. (2024). El valor de lo «improductivo» y sus impactos laborales: la protección del tiempo extralaboral por la norma laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 7-16. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.24153>

# «Aperturas» de las indemnizaciones «tasadas» por incumplimientos laborales e irrupción de su «efecto disuasorio»: entre dogmática (teorización) y pragmática (estudio de casos típicos)

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Jaén (España)*

[cmolina@ujaen.es](mailto:cmolina@ujaen.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>



Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El jurado ha estado compuesto por: doña Iciar Alzaga Ruiz, don Gonzalo Blanco Montero, doña Carolina Blasco Jover, don Raúl Rojas Risco y don Íñigo Sagardoy de Simón. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

## Extracto

Un rasgo típico de las indemnizaciones de daños por incumplimiento en el derecho del trabajo ha venido siendo, a diferencia del derecho civil, su carácter tasado y topado legalmente. El ejemplo más típico, hoy en crisis, lo constituyen las indemnizaciones por despido, incluso sin causa justificada (arts. 56 Estatuto de los Trabajadores y 110 Ley reguladora de la jurisdicción social). Un esquema indemnizatorio también seguido, incluso en recientes leyes, como la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, para los ceses de personal de empleo público en situaciones de incumplimientos de las normas de temporalidad. En otros ámbitos indemnizatorios, como los relativos a daños derivados de incumplimientos de prevención de riesgos laborales, no existe esa limitación o tasación legal, pero la jurisprudencia ha consolidado la práctica de recurrir a la estandarización de cuantías mediante la aplicación del «baremo social de daños». En todos los casos, la indemnización tiende a satisfacer solo una finalidad reparadora, limitada, y deja fuera la finalidad disuasoria. Sin embargo, en los últimos años, por imperativos de las normas europeas, tanto del derecho de la Unión como de la Carta Social Europea, esta situación jurídica interna está siendo cuestionada por diversos tribunales y órganos de garantías, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales, objeto de diversas interpretaciones por los tribunales de nuestro país. Este estudio hace un análisis de la situación, en el plano teórico (dogmática) y, sobre todo, en el práctico (pragmática), a fin de contribuir a la reconstrucción que, más pronto que tarde, se producirá del sistema de indemnizaciones por incumplimientos laborales, en una línea más abierta a la reparación íntegra y al efecto disuasorio, sin que se confunda en modo alguno la indemnización con la inexistente institución de los daños punitivos, propia del derecho anglosajón, pero extramuros del derecho continental europeo.

**Palabras clave:** derecho de daños; despido improcedente; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Carta Social Europea; Comité Europeo de Derechos Sociales; daños punitivos; abuso de temporalidad; indemnización disuasoria.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 06-09-2024 / Revisado: 23-09-2024 / Publicado (en avance *online*): 07-10-2024

**Cómo citar:** Molina Navarrete, C. (2024). «Aperturas» de las indemnizaciones «tasadas» por incumplimientos laborales e irrupción de su «efecto disuasorio»: entre dogmática (teorización) y pragmática (estudio de casos típicos). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 17-48. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22299>

# "Openings" of "limited" compensation for labor non-compliance and emergence of their "dissuasive effect": between dogmatics (theorization) and pragmatics (study of typical legal cases)

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Professor of Labour and Social Security Law.*

*University of Jaén (Spain)*

[cmolina@ujaen.es](mailto:cmolina@ujaen.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

This paper has won the **Financial Studies 2024 Award** in the Labour and Social Security Law category. The jury members were: Ms. Icíar Alzaga Ruiz, Mr. Gonzalo Blanco Montero, Ms. Carolina Blasco Jover, Mr. Raúl Rojas Risco and Mr. Íñigo Sagardoy de Simón. The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

## Abstract

Unlike Civil Law, Labor Law is characterized by the regulation of legally limited compensation to repair damages due to non-compliance. Compensation for dismissal, even if justified cause (arts. 56 Workers' Statute and 110 Law regulating the Social Jurisdiction) are the most typical example, today in crisis. This technique is also supported by Law 20/2021, of December 28, for the dismissal of public employment personnel in situations of abuse of temporality rules. In other compensation areas, such as those related to damages derived from non-compliance with occupational risk prevention, there is no such limitation or legal assessment, but jurisprudence has consolidated the practice of resorting to the standardization of amounts through the application of the "social sanctioning scale". In all cases, compensation satisfies only a limited reparative purpose and leaves out the deterrent purpose. Union Law and the European Social Charter openly question this internal legal situation, according to recent decisions of courts and guarantee bodies, such as the Court of Justice of the European Union and the European Committee of Social Rights, in turn, subject to various interpretations by the courts of our country. This study analyzes this novel state of affairs, on a theoretical (dogmatic) and above all practical (pragmatic) level, in order to contribute to the reconstruction that will occur, sooner rather than later, of the compensation system for labor breaches, in a line more open to full reparation and a deterrent effect, without in any way confusing compensation with the non-existent institution of punitive damages, typical of Anglo-Saxon law, but outside the walls of European continental law.

**Keywords:** right to damages; unfair dismissal; Court of Justice of the European Union; European Social Charter; European Committee of Social Rights; punitive damages; abuse of temporary employment; dissuasive compensation.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 06-09-2024 / Revised: 23-09-2024 / Published (online preview): 07-10-2024

**Citation:** Molina Navarrete, C. (2024). "Openings" of "limited" compensation for labor non-compliance and emergence of their "dissuasive effect": between dogmatics (theorization) and pragmatics (study of typical legal cases). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 17-48. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22299>

## Sumario

1. Introducción: ¿«principio del fin» de la indemnización tasada como típica institución del derecho del trabajo que simboliza transacción?
2. Aperturas a una indemnización complementaria por despido improcedente en virtud del juicio de convencionalidad ex artículo 96 de la CE del artículo 56 del ET
  - 2.1. El rigorismo de la regla general limitadora de las indemnizaciones por despido improcedente y su incongruencia con la normativa internacional prevalente
    - 2.1.1. El primer –desatendido– «aviso a navegantes»: reconducciones legales y judiciales del despido nulo de trabajadoras embarazadas a improcedente
    - 2.1.2. Del primer aviso a la reprobación directa: el CEDS declara disconforme la indemnización tasada y no disuasoria a los artículos 8.2 y 27.3 de la CSEr
  - 2.2. Casos excepcionales de apertura judicial a la indemnización complementaria, reparadora y disuasoria
  - 2.3. ¿La apertura a la función reparadora restaurativa sí, pero la disuasoria no?: una primera confusión entre «daños punitivos» y «efecto disuasorio»
    - 2.3.1. Argumentos de la doctrina, científica y judicial, crítica de todo efecto disuasorio de la indemnización: razones dogmáticas y prácticas
    - 2.3.2. Algunas razones críticas de la técnica del descuento de la prestación por desempleo de la indemnización adicional (no) «disuasoria»
  - 2.4. El valor jurídico obligatorio de las decisiones de fondo del CEDS
3. La acción indemnizatoria de la persona indefinida no fija, estabilizada o no, por abuso de temporalidad: experiencias indemnizatorias no tasadas y disuasorias
  - 3.1. El asunto IMIDRA y sus efectos disruptivos en el plano indemnizatorio: una asignatura pendiente de la jurisdicción española y experiencias pioneras
  - 3.2. El debate en el derecho vivo sube otro nivel: ¿la indemnización disuasoria como garantía de efectividad frente al abuso satisface la STJUE de 22 de febrero de 2024?
    - 3.2.1. El voto mayoritario de la sala madrileña contrario a la indemnización como medida efectiva y disuasoria ex cláusula 5.ª del acuerdo marco
    - 3.2.2. La posición del voto discrepante: la indemnización disuasoria no sería ni efectiva ni coherente, pues no son legítimos los «daños punitivos», pero la reparadora es siempre pertinente, si media prueba suficiente del daño
    - 3.2.3. Razones para la indemnización no tasada y disuasoria como una medida efectiva para cumplir la cláusula 5.ª en el segundo voto particular
    - 3.2.4. Las aplicaciones continúan: el derecho a una indemnización adecuada incluso si media estabilización mediante proceso selectivo
    - 3.2.5. ¿Retorno a la casilla de salida?: el TS repregunta al TJUE y parece inclinarse a favor de la alternativa de la indemnización disuasoria
4. Función preventivo-disuasoria versus punitiva en la indemnización de los daños por el incumplimiento preventivo de riesgos laborales: un caso de nueva apertura
5. Conclusión

### Referencias bibliográficas

Un ángel ligero cae del cielo como un águila,  
empuña los cabellos del hombre descreído,  
y grita, sacudiéndolo: «¡La ley acatarás!»  
(porque soy tu ángel bueno, ¿comprendes?). ¡Yo lo quiero!  
[...]

C. Baudelaire («El rebelde», *Las flores del mal*)

## 1. Introducción: ¿«principio del fin» de la indemnización tasada como típica institución del derecho del trabajo que simboliza transacción?

A diferencia del derecho civil de daños (Díez Picazo y Ponce de León, 1999), el derecho del trabajo prefiere, como regla general (con excepciones), las indemnizaciones por incumplimientos laborales legalmente predeterminadas, esto es, «tasadas» (adopción de criterios objetivados de operatividad automática) y topadas (con límites máximos) en sus cuantías. Por supuesto, no se trata solo de una simplificación de la realidad, por razones de seguridad jurídica, sino de un fiel reflejo de la función típica de búsqueda de un equilibrio transaccional entre las razones de la persona trabajadora y las de la empresa (Goldin, 2014). Así se evidenciaría, como uno de sus ámbitos más prototípicos, en las indemnizaciones por despido en general, e improcedente, por lo que aquí más interesa, en particular (art. 56 Estatuto de los Trabajadores –ET–; o por dimisión provocada ex art. 50 ET). La persona trabajadora es liberada de la carga (compleja) de probar los daños, de modo que procede la indemnización siempre, incluso si al día siguiente halla un mejor empleo, y la persona empleadora, a cambio, limita su responsabilidad a una cuantía prefijada, a fin de hacer previsible los costes de esa decisión de cese, incluso sin causa justificada.

Con ser el más característico no es el de la indemnización por despido improcedente el único ámbito que refleja, de un modo u otro, esta tendencia a la estandarización de las indemnizaciones laborales (Molina Navarrete, 2019, p. 19). Piénsese en la normalización en el orden social, huérfano de una sólida formación en el derecho de daños, del recurso a técnicas de cuantificación «baremadas simplificadas». Así sucede en los casos en que las leyes laborales o bien no prevén nada al respecto (por ejemplo, daños derivados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales –la incumplida disp. final cuarta de la Ley reguladora de la jurisdicción social [LRJS] remitía a un baremo propio en tales casos, si bien no cerrado a la prueba de daños superiores–), o, aunque asumen una acción de daños abierta

a la prudencia judicial (por ejemplo, ex art. 183 LRJS, para la violación de derechos fundamentales), no dan pautas específicas para cuantificar los daños (patrimoniales, personales). De ahí el uso y, a veces, a mi juicio, abuso del «baremo social de daños» (Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–)<sup>1</sup>.

Para reflejar adecuadamente la complejidad normativa de esta cuestión, sin caer en indebidos reduccionismos, conviene recordar que ni siempre ha sido así (perspectiva histórica o lógica evolutiva) en la ley laboral, ni esta actualmente desconoce (perspectiva diacrónica o lógica sistemática) supuestos abiertos al criterio «prudencial» judicial, según la prueba de daños a cargo de quien los alega y sin perjuicio de criterios de presunción o de su facilitación (art. 217.5 LRJS). De un lado, la indemnización abierta a la determinación judicial por despido improcedente estuvo en vigor antes del ET, aun dentro de límites mínimos y máximos, estos elevados, obedeciendo la técnica de indemnización tasada al debido designio de modernización de las relaciones laborales frente a la etapa anterior, incluso en época de la transición española<sup>2</sup>. De otro, el sistema jurídico-laboral actual conoce ejemplos de remisión a la técnica de fijación de indemnizaciones abiertas por incumplimientos empresariales, en lo que concierne a la institución de despido sin causa justificada (por ejemplo, art. 282.1 b) LRJS –cuando hay readmisión irregular<sup>3</sup>, aunque también esté topada–; art. 15.Uno RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, que incluso prevé una indemnización abierta de daños para el club en caso de que el incumplimiento sea de la persona deportista profesional y se prueben daños relevantes) o en relación con otros ámbitos jurídico-laborales. Serían los casos citados de la violación de derechos fundamentales (art. 183 LRJS<sup>4</sup>) y los daños por incumplimientos preventivos, aunque ya se apuntó la tendencia a su estandarización. No sería, pues, ninguna institución extraña al sistema y experiencia vigentes.

Aunque, cierto, no sea la tónica general normativa ni haya el suficiente adiestramiento, en la actualidad, para el orden social. Algo que parece estar abocado a cambiar profundamente. Este cambio *in fieri* (en construcción, en sede de doctrina científica –dogmática–, pero también de praxis judicial –pragmática forense renovada–) parece conocer una doble

<sup>1</sup> Otro ejemplo ilustrativo es la tasación del daño moral del –real o pretendido– «varón doblemente discriminado» por el complemento de «maternidad» ex –extinto– artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) en 1.800 euros para todos los casos. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 977/2023, de 15 de noviembre. Sobre ella, Miñarro Yanini (2024, pp. 147 y ss.).

<sup>2</sup> Sería el caso del artículo treinta y cinco.Cuatro de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales.

<sup>3</sup> Para su –polémica– delimitación, *vid.* STS de 27 de diciembre de 2013 (rec. 3034/2012).

<sup>4</sup> De especial interés, al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/2021, de 15 de marzo (reconoce la necesidad de indemnizar toda violación de un derecho fundamental, aunque el despido no resulte nulo, sino improcedente, incluso procedente, por concurrir otras pruebas no contaminadas con la declarada contraria a un derecho fundamental, sea o no suficiente para la procedencia), y la STS 179/2022, de 23 de febrero (que apunta un catálogo de criterios o pautas para fijar las indemnizaciones «abiertas» muy relevante). Recientemente, un muy buen estudio crítico al respecto en Mercader Uguina (2024).

dirección, más allá, pero siguiendo la estela, de lo sucedido respecto de las acciones de indemnización por daños derivados de incumplimientos empresariales preventivos de riesgos laborales y/o de vulneración de derechos fundamentales.

De un lado, la referida dimensión tasada y topada de las indemnizaciones por despido sin causa justificada habría entrado claramente en «crisis jurídica» (en el sentido que atribuye a esta situación Luigi Ferrajoli, 2004). Sin duda, y al margen de la doctrina judicial que anticipaba parcialmente este fallo, determinante aquí es (o debería ser normativa y empíricamente) la Decisión de Fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) de 20 de marzo de 2024, reclamación colectiva 207/2022, UGT c. España, que declara la técnica de indemnización tasada y topada ex artículo 56 del ET disconforme al artículo 24 b) de la Carta Social Europea revisada (CSEr).

De otro, y aquí a diferencia del derecho civil «común» de daños, asentado en la función de reparación íntegra del daño (justicia reparadora restaurativa, aun obligacional), adquiere cada vez mayor protagonismo la introducción de una dimensión adicional de la indemnización por incumplimiento laboral, el denominado «efecto preventivo-disuasorio». Aunque debe evitarse la confusión con la técnica –extraña al sistema jurídico continental– de los «daños punitivos», las leyes y algunos casos jurídicos del mayor interés en este tiempo, también a veces más agrios, como el relativo al tratamiento de la temporalidad en el empleo público cuando media un abuso por las personas empleadoras público-administrativas, le otorgan un lugar central.

Sería el caso, en este último y significativo ámbito, del mismísimo Auto del Tribunal Supremo (ATS) de 30 de mayo de 2024 (rec. 5544/2023), con el que se repregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), a través de una nueva cuestión prejudicial ex artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuál debe ser normativamente la medida más adecuada para erradicar y prevenir los sistémicos abusos de la temporalidad en el empleo público (últimamente, conforme a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –SSTJUE– de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, y 13 de junio de 2024, en los asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22). Al respecto, preguntado si los principios de capacidad, mérito y no discriminación pueden ser una excepción legítima a la regla de la fijeza automática en caso de abuso de la temporalidad, en especial del personal indefinido no fijo, añade, para el caso en que el TJUE responda que sí cabe tal excepción en el derecho de la Unión, esta segunda pregunta:

¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del acuerdo marco?

Como vemos, la institución jurídica de la indemnización disuasoria, ajena hasta hace bien poco al derecho de daños español, mucho más al derecho del trabajo, emerge al primer plano para la solución a un gravísimo problema, que afecta a decenas de miles de personas. Realmente no es una solución original en el derecho vivo español, porque ya la ofreció la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 27 de octubre de 2023 (rec. 304/2023), en virtud de la cual se atribuyó a la trabajadora indefinida no fija una indemnización de daños por abuso de temporalidad, aplicando la LISOS, para cumplir una importante «función preventiva y disuasoria». Volveremos sobre ello en el lugar oportuno.

Cierto, la legislación laboral interna sigue anclada en la técnica de la indemnización tasada y el efecto reparador, no disuasorio. Además, la doctrina jurisprudencial todavía no se ha pronunciado sobre estas nuevas decisiones internas que ya asumen la crisis de la ley nacional e impulsan un cambio en la experiencia jurídica (justamente, un ATS, de 21 de mayo de 2024, admitió parcialmente a trámite el recurso de casación de la empresa contra la STSJ de Cataluña 469/2023, de 30 de enero, que, primera en reconocer una indemnización adicional por un específico daño patrimonial derivado del lucro cesante, tuvo gran alcance mediático en su día y ha tenido muy recientes seguimientos en la propia sala social catalana y en la vasca).

Ahora bien, esta foto fija respondería a una visión que mira al pasado. Y ello en la medida en que, conforme al principio de jerarquía de fuentes jurídico-laborales, la preeminencia ha de darse a la normativa internacional, tanto comunitaria (Unión Europea –UE– ex arts. 93 Constitución española –CE– y 4 bis Ley orgánica del Poder Judicial –LOPJ–) como social europea (Consejo de Europa ex arts. 96 CE y 31 Ley 25/2014, de 27 de noviembre).

En relación con las indemnizaciones por despido improcedente ex artículos 56 del ET y 110 de la LRJS, la pionera reclamación colectiva ante el CEDS (núm. 207/2022) cuestionaba la regla general de la indemnización tasada, por disconformidad con el artículo 24 b) de la CSEr, según la doctrina interpretativa o legal reiterada del CEDS en sus precedentes análogos (Finlandia, Italia, Francia). La respuesta, en dos fases, dadas y publicadas oficialmente (20 de marzo y 29 de julio de 2024, respectivamente), ha verificado esa disconformidad, abriendo un hondo (algo desabrido) debate científico (Salcedo Beltrán y Jimena Quesada, 2024; Vivero Serrano, 2024), socioeconómico y profesional.

En lo que concierne, tanto al efecto de reparación íntegra como al disuasorio, de las indemnizaciones por abuso de la temporalidad de las empleadoras público-administrativas, las citadas SSTJUE y la repregunta de la Sala 4.<sup>a</sup> (la Sala 3.<sup>a</sup> todavía se resiste, veremos hasta cuándo) abren un nuevo escenario de ondas «sísmicas», llamando a normalizar indemnizaciones de reparación disuasoria. Así lo evidencian, con posiciones distantes, el extenso e intenso debate que reflejan la STSJ de Madrid 319/2024, de 10 de abril, con

tres votos particulares, o la STSJ del País Vasco 1901/2024, de 10 de septiembre, tratando de dilucidar la solución más adecuada al imperativo comunitario.

Finalmente, para no dilatar más la delimitación introductoria del objeto de estudio y las razones por las que es aconsejable este análisis, hay que traer a colación, ahora en lo que concierne a las acciones indemnizatorias por incumplimientos preventivos que, al tiempo que provocan daños profesionales, vulneran derechos fundamentales (como los del art. 15 CE), la importante STS 967/2023, de 14 de noviembre.

Esta, en su repaso por la doctrina jurisprudencial relativa a la cuantificación del derecho indemnizatorio ex artículo 183 de la LRJS, recuerda la evolución de la sala, tras un periodo de más incertidumbres que certezas, según la cual la finalidad de la indemnización debe cumplir no solo una función reparadora, sino también preventiva. Emerge, pues, también aquí la dimensión disuasoria de la reparación.

Una evolución que se proyecta con especial significación en una reciente doctrina de suplicación social de Madrid, en virtud de la cual, si bien se rechaza (con corrección jurídica) la identificación entre «daños punitivos» y «efecto disuasorio», acepta que el derecho indemnizatorio ex artículo 183 de la LRJS ha de asumir expresamente, al igual que indicó en relación con la indemnización relativa a reprobar el abuso de la temporalidad en el empleo público, «un carácter disuasorio y/o ejemplarizante». En este sentido, como también se estudiará con algún detalle, la STSJ de Madrid 29/2024, de 17 de enero, inicia una larga saga para el mismo asunto (indemnización de 8.000 € por el incumplimiento preventivo del Servicio de Salud Madrileño –SERMAS–).

Estos –y otros– ejemplos evidencian que legislativa y judicialmente vivimos en los albores de un tiempo jurídico significativamente nuevo en materia indemnizatoria por incumplimientos laborales. Desde luego cuando están en juego derechos fundamentales, pero también, y esto es lo más novedoso, respecto de los daños causados por un despido sin causa justificada y de aquellos derivados del abuso de la contratación temporal en el empleo público. La doctrina científica y la praxis forense deben prepararse para una nueva etapa donde el modelo de las indemnizaciones tasadas, topadas y meramente reparadoras representa el pasado, no el futuro, abriéndose el sistema y su experiencia a un nuevo modelo más próximo al civil (justicia reparadora íntegra), pero sin confundirse con él, por lo tanto, a su vez renovado con garantías de efectividad añadidas, como el referido efecto preventivo-disuasorio.

El compromiso político (y jurídico) con reformas legales profundas, al hilo de la doctrina del CEDS y del TJUE, alienta la necesidad de renovar la «dogmática jurídico-laboral» y su «pragmática judicial». Conscientes del momento de transición y cambio, en gran medida cultural, no solo legislativo y de derecho vivo, y de la necesidad de agregar esfuerzos, pretendemos con este estudio contribuir a poner los primeros pilares y solidificarlos con casos prototípicos.

## 2. Aperturas a una indemnización complementaria por despido improcedente en virtud del juicio de convencionalidad ex artículo 96 de la CE del artículo 56 del ET

### 2.1. El rigorismo de la regla general limitadora de las indemnizaciones por despido improcedente y su incongruencia con la normativa internacional prevalente

#### 2.1.1. El primer –desatendido– «aviso a navegantes»: reconducciones legales y judiciales del despido nulo de trabajadoras embarazadas a improcedente

Suficientemente conocida la regla general sobre predeterminación legal indemnizatoria frente al despido, aun sin causa justificada (tasada y topada ex arts. 56 ET y 110 LRJS), la legislación laboral española no desconoce casos específicos que autorizan, si bien excepcional y limitadamente, la posibilidad de indemnización complementaria (restaurativa y/o disuasoria). Pese a su heterogeneidad es posible identificar algún rasgo común. Consiste, en síntesis, en identificar un «plus de antijuridicidad» en el uso de la facultad extintiva (por ejemplo, ilicitud constitucional del despido por vulneración de derechos fundamentales ex art. 183 LRJS; la contumacia empresarial a la readmisión, porque no se asume o porque se hace de forma defectuosa en el caso del art. 282.1 b) LRJS) o un «plus de daños» económico-profesionales por su entidad eventual (por ejemplo, en la relación de deportistas profesionales). Este «plus de antijuridicidad» o de la «entidad de los daños» exigiría un «recargo» resarcitorio para que la indemnización sea realmente reparadora (art. 183 LRJS; art. 15.Uno RD 1006/1985) y/o disuasoria (arts. 183 y 282.1 b) LRJS), aunque no escapen a la técnica de los topes (art. 282.1 b) LRJS) o a la praxis de estandarización judicial del «baremo sancionador» (LISOS para el art. 183 LRJS).

Con todo, la regla general de indemnización tasada por despido improcedente está tan arraigada en nuestro sistema que, sea en sede legislativa, sea en sede de práctica judicial, el artículo 56 del ET es llamado como solución alternativa a los supuestos en los que, incluso sin son declarados despidos nulos y procede la readmisión, esta deviene imposible, *de facto* o de derecho. Así se prevé en el artículo 286.1 de la LRJS para la imposibilidad derivada del cierre de empresa (o del centro en que prestaba servicios, aunque se mantenga en otros). Una solución –indemnización tasada más salarios de tramitación<sup>5</sup>– que

<sup>5</sup> Vid. STS 504/2022, de 1 de junio (si bien en este caso se trataba de despido improcedente y petición por parte de la trabajadora demandante ex art. 110.1 b) LRJS de la extinción). Según esta doctrina judicial, tal interpretación «satisface, además, los principios de tutela judicial efectiva en relación con el necesario resarcimiento del daño en igualdad de condiciones y de economía procesal». La importancia de los salarios de tramitación se comprueba en la STS de 28 de noviembre de 2022, en la que el pago de la indemnización asciende a 3.123,05 euros y a 21.000 euros aquellos, casi un 700 % más de compensación por el daño emergente.

procedería también en caso de despido nulo por incumplir normas de protección reforzada, como sucede con el despido de trabajadoras embarazadas (art. 55.5 ET), sea nulidad objetiva ex artículo 55.5 b) del ET (no procederá indemnización adicional –STS 1148/2023, de 12 de diciembre–), sea nulidad por discriminación (sí procede indemnización adicional).

Este aferramiento a las indemnizaciones tasadas como solución alternativa final, por no ser posible jurídicamente la readmisión pese al reconocimiento de la nulidad, también lo venimos hallando en la mayoría (no es unánime<sup>6</sup>) de la praxis judicial respecto al despido nulo de aquellas empleadas de hogar despedidas por, o en situación de, embarazo. Resuelta jurisprudencialmente la polémica judicial en torno a si procedía o no la nulidad objetiva en estos casos, aceptando que sí procede tal calificación (STS 1/2022, de 11 de enero), pervive la doctrina judicial, según la cual, no aceptando la readmisión obligatoria, atribuye una indemnización tasada, del artículo 56 del ET (por ejemplo, STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016, rec. 352/2016), con la obligación de pago de los salarios de tramitación (por ejemplo, STS 77/2020, de 29 de enero), a abonar por las empresas o, en los casos del artículo 57 del ET en relación con el artículo 116.2 de la LRJS (STC, Sala 1.ª, 22/2024, de 12 de febrero<sup>7</sup>).

Persistirían, pues, las resistencias judiciales a establecer una indemnización más adecuada a la especificidad de las situaciones. Resistencias que laten en la apuntada restricción que la Sala 4.ª del Tribunal Supremo (TS) acaba de introducir a su apertura, ex artículo 183 de la LRJS, al reconocimiento automático de una indemnización reparadora-disuasoria por despido con lesión de derechos fundamentales, en los casos de nulidad objetiva ex artículo 55.5 b) del ET (STS 1148/2023, de 12 de diciembre). De un lado, a nuestro juicio, en este caso también se constata un incumplimiento laboral al que cabría asociar un daño *in re ipsa*. De otro, parece difícil asumir que la readmisión obligatoria (que, como vemos, no está asegurada en todos los casos) repare de una manera íntegra todo daño, sin siquiera dejar la puerta abierta a los daños probados.

Pues bien, ni en términos jurídicos ni sociales, la situación interna puede permanecer ajena o extramuros de la legalidad internacional. El artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, es hoy inequívoco al respecto, cuya eficacia directa se presume, salvo que de su texto se desprenda su eficacia mediata legislativamente, obligándose el Gobierno a remitir los proyectos de ley necesarios para

<sup>6</sup> La STSJ de Andalucía/Sevilla 2108/2022, de 14 de julio, considera que la readmisión debe ser obligatoria en tales casos también, sin dar prevalencia al derecho a la inviolabilidad del domicilio ex artículo 18 de la CE.

<sup>7</sup> Esta sentencia constitucional concede el amparo a una trabajadora que, con sentencia de nulidad objetiva de su despido y siendo imposible su readmisión por cierre de empresa, vio denegada la petición de salarios de tramitación ex artículo 57 del ET porque no se trataba de un despido improcedente. En cambio, sus compañeras, con despido improcedente, sí recibieron esa protección. El Tribunal Constitucional (TC) concluye lo incomprensible, por tanto, inasumible jurídicamente, de una privación de tutela a quienes gozan de una protección reforzada, solo por una lectura tan formalista de los tribunales de instancia sobre la base de una jurisprudencia muy restrictiva, que califica el artículo 57 del ET de excepcional (por ejemplo, STS 398/2024, de 27 de febrero).

su ejecución (art. 30), pues no se trataría tampoco, en tales casos, de una mera recomendación o compromiso político, sino jurídico. Por lo tanto, sus mandatos resultan obligatorios para todos los poderes públicos, incluidos los órganos de la jurisdicción, debiendo «velar por el adecuado cumplimiento» (art. 29 Ley 25/2014). Justamente, y en el marco de los compromisos adquiridos con la Carta Social Europea (CSE) del Consejo de Europa, así nos lo hizo ver, hace 5 años, el CEDS en las «Conclusiones de 2019» (CEDS, 2020)<sup>8</sup>.

La razón de la disconformidad residiría en la sujeción de la decisión judicial final a límites indemnizatorios, vulnerando el artículo 8.2 de la CSE (CEDS, 2020, p. 20). Si en aquel entonces no reprobó esta situación fue porque, en su «prudencia», confió en que el Gobierno español enviara más información para ver si la experiencia práctica se caracterizaba por reconocer casos de indemnizaciones abiertas a la compensación suficiente y de efecto disuasorio, atendiendo las circunstancias concretas y conforme a los daños probados.

### 2.1.2. Del primer aviso a la reprobación directa: el CEDS declara disconforme la indemnización tasada y no disuasoria a los artículos 8.2 y 27.3 de la CSEr

Esperó en vano. Por eso el CEDS, el 20 de marzo de 2024<sup>9</sup>, en sus «Conclusiones de 2023 para España» (CEDS, 2024), ha dado ese paso reprobatorio (Salcedo Beltrán, 2024). Ahora bien, conoce dos novedades relevantes para este estudio.

La primera es el marco normativo que le sirve de referencia en esta ocasión. Al ya citado artículo 8.2 de la CSE (derecho de las mujeres empleadas a la protección efectiva de la maternidad) suma, tras su ratificación (junio 2021), el artículo 27.3 de la CSEr (ilegalidad del despido durante el permiso de maternidad). El artículo 286.1 de la LRJS, aunque pueda añadirse una compensación adicional ex artículo 281.2 de la LRJS, no es conforme, pues, con el sistema de la CSE, porque «ambas compensaciones están sujetas a un límite» (CEDS, 2024, p. 20). La segunda, y en una estricta coherencia con la ratificación de la CSEr, así como del protocolo adicional de 1995 (reclamaciones colectivas), la fundamentación. En efecto, el CEDS añade, para reforzar su doctrina legal, los argumentos que emplea en las decisiones de fondo que resuelven las reclamaciones colectivas relativas a la disconformidad con el artículo 24 de la CSEr (Schmit, 2017). Remite, así, a sus pronunciamientos contra Finlandia, Italia y Francia (por ejemplo, Decisión de Fondo de 19 de octubre de 2022, notificada el 9 de noviembre, pero publicada el 10 de marzo de 2023)<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> <https://rm.coe.int/rapport-esp-en/16809cfbea>

<sup>9</sup> <https://rm.coe.int/conclusions-2023-spain-en-2787-1441-4345-1/1680aedd1d>

<sup>10</sup> Todo el material jurídico está disponible en [https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/pending-complaints/-/asset\\_publisher/lf8ufoBY2Thr/content/no-181-2019-syndicat-cfdt-general-des-transportset-de-l-environnement-de-l-aube-v-france](https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/pending-complaints/-/asset_publisher/lf8ufoBY2Thr/content/no-181-2019-syndicat-cfdt-general-des-transportset-de-l-environnement-de-l-aube-v-france). Un estudio completo en Preciado Domènech (2023).

En síntesis, la indemnización de despido antijurídico es adecuada conforme a la carta si, y solo si, se cumplen cuatro condiciones (Decisión de Fondo de 20 de marzo de 2024, apdo. 69):

- Prevé el reembolso de las pérdidas financieras entre la fecha del despido y la decisión judicial (es el daño patrimonial emergente –se identifica con los salarios de tramitación–).
- Prevé la posibilidad de reintegro de la persona trabajadora y/o una indemnización de un nivel suficientemente alto para disuadir a la persona empleadora y reparar el daño sufrido. Por lo tanto, la indemnización debe ser proporcional a este y «suficientemente disuasoria para los empleadores». Un límite que no cumpla la doble condición se opone al artículo 24 de la CSEr.
- Si existe tal límite para la compensación en caso de daño material, la persona trabajadora debe poder solicitar una indemnización por daño moral a través de otras vías legales, y los tribunales competentes deben decidir en un plazo razonable sobre ella.
- La previsión de la indemnización complementaria no puede ser excepcional, sino que ha de estar normalizada o generalizada.

## 2.2. Casos excepcionales de apertura judicial a la indemnización complementaria, reparadora y disuasoria

Es difícil encontrar mayor claridad sobre qué significa una indemnización adecuada ex artículo 24 de la CSEr. Una doctrina que no es nada novedosa, porque reproduce de forma estricta lo que puede considerarse su «derecho de precedentes» en la materia (dejamos ahora de lado la polémica en torno a si constituye o no auténtica «jurisprudencia»). Sin embargo, hasta el momento, no ha sido interiorizada por la doctrina judicial. En cambio, si bien de manera deficiente y excepcional, como reconoce y saluda positivamente el CEDS en la Decisión de Fondo de 20 de marzo de 2024, sí que encontramos ejemplos de indemnizaciones adicionales reconocidas a partir de un juicio de convencionalidad ex artículo 96 de la CE del artículo 56 del ET en relación con el artículo 24 b) de la CSEr y artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (SSTC 140/2018, de 20 de diciembre, 23/2019, de 25 de diciembre, y 87/2019, de 20 de junio), asumiendo la dimensión multinivel del sistema jurídico actual (Valdés Dal-Ré, 2016).

Este «juicio de convencionalidad del derecho internacional» es competencia de la propia jurisdicción ordinaria y extramuros de la del TC (Jimena Quesada y Salcedo Beltrán, 2022, pp. 616 y ss.), si bien, más recientemente, y con la creciente relevancia que toma, autorizada doctrina exige que el TC se replantee tal delegación de control internacional (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2024, p. 24). Las condiciones para ello son (STS 268/2022, de 28 de marzo):

- que la norma sea de obligado cumplimiento en España;
- que contenga un mandato incondicionado, que permita su aplicación directa; y
- que contradiga lo previsto en la norma interna.

A nuestro juicio, conforme a la doctrina legal del CEDS, el artículo 24 de la CSEr cumple esa triple condición, aunque determinados órganos judiciales lo pongan en duda, dentro de nuestro país<sup>11</sup> y fuera de nuestras fronteras, como en Francia o en Finlandia, no así en Italia. Sin embargo, en otros casos, se acepta que la indemnización tasada no es suficiente para persuadir (disuadir) a la persona empleadora, o a otras empresas, en un futuro, de evitar despidos antijurídicos.

Bien sabido es que así lo asumió dogmáticamente (aceptación desde la razón teórica), si bien condicionándolo a rígidos requisitos (que la indemnización legal sea manifiestamente insuficiente, que la decisión extintiva haya sido acreedora de un especial juicio de reproche, que se prueben los daños patrimoniales adicionales, descartando en todo caso el resarcimiento de los daños morales), la sala catalana desde el año 2021. No obstante, tardará 2 años en reconocer la primera (asunción desde la razón práctica) en un caso en el que la persona trabajadora dejó su trabajo, bien remunerado y fijo, porque se le ofrece un puesto mejor en otro país extranjero, al que se desplaza con un contrato indefinido, despidiéndose poco tiempo después (STSJ de Cataluña 469/2023, de 30 de enero: la indemnización legal era de 1.041 €, pero otorgó, sumando la adicional, finalmente 3.493 € –equivalente a la cuantía de la prestación por desempleo dejada de percibir, 3 meses, al no poder acceder al expediente de regulación de empleo temporal por el despido ilícito–). Varias sentencias posteriores volvieron a conocer de asuntos análogos, manteniendo teóricamente la posibilidad de la indemnización adicional, como exigencia de las garantías internacionales de este derecho de justicia restaurativa o reparación adecuada, con cita de la STS 268/2022, de 28 de marzo (STSJ de Cataluña 774/2024, de 13 de febrero), pero habrá que esperar a la STSJ de Cataluña 2857/2024, de 22 de mayo, para encontrar otra aplicación práctica (pasa de 3.555,41 € como indemnización tasada a 46.728,24 € –lucro cesante: salarios que dejará de percibir durante el año de expectativa sobre una eventual reincorporación tras su excedencia voluntaria–).

Siempre asumiendo teóricamente la legitimidad de la indemnización adicional, a veces la sala revoca sentencias de instancia que la reconocen expresamente, por entender errado el criterio de cálculo. Por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2024 (rec. 421/2024) revoca la fijada por la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 3 de Barcelona de

---

<sup>11</sup> Vid. SSTSJ de Madrid 643/2023, de 19 de octubre, dando estricta continuidad al criterio adoptado por su precedente STSJ de Madrid 478/2022, de 26 de mayo. Para la STSJ de Cataluña 774/2024, de 13 de febrero, los artículos 24 de la CES y 10 del Convenio 158 OIT serían claros para los despidos con causa justificada, «pero son de dudosa aplicación directa con respecto a los despidos antijurídicos».

26 de septiembre de 2023 (rec. 859/2022), porque la sala no comparte el cálculo indemnizatorio del lucro cesante basado:

[...] en el menor importe de las prestaciones por desempleo frente al salario percibido en la empresa, circunstancias que derivan de la propia dinámica de dichas prestaciones, son comunes a la práctica totalidad de los casos en que se produce un despido improcedente al que sigue el percibo de las indicadas prestaciones y, por tanto, no se ajustan a los supuestos excepcionales que [...] pueden justificar el reconocimiento de una indemnización por despido que sea superior a la legalmente establecida.

Este criterio de la sala no nos parece conforme a la doctrina del CEDS. La reparación debida del lucro cesante bien puede atender a este criterio, porque es evidente que constituye un perjuicio tangible patrimonial a consecuencia de un despido improcedente, careciendo de toda fundamentación, ex artículo 24 b) de la CSEr, el condicionante de la excepcionalidad, según nos recuerda de forma expresa el CEDS en su Decisión sobre el Fondo de 20 de marzo de 2024.

También la sala de suplicación social vasca ha asumido esta doctrina más recientemente, tomando como base la doctrina catalana. Esta, a su vez, ha reforzado su posición acogándose al eco que ha tenido en la doctrina vasca, con lo que se retroalimentan en este momento. Destaca al respecto la STSJ del País Vasco de 23 de abril de 2024 (rec. 502/2024), que, tras un exhaustivo recorrido por la doctrina del CEDS, pese a lo cual se lamenta (sorprendentemente) de que el artículo 24 b) de la CSEr nos deje «huérfanos en la interpretación de una indemnización adecuada», reconocerá una indemnización de 30.000 euros (la legal era solo de 493,49 €). El parámetro aplicativo será, otra vez, el lucro cesante vinculado a una oferta de empleo de 1 año en otra empresa que se perdería con el nuevo contrato, ahora extinguido sorpresiva e ilícitamente (en realidad aplica, sin saberlo, o sin explicitarlo, la doctrina de la pérdida de oportunidad ocupacional).

Conviene advertir que, 2 semanas antes (STSJ del País Vasco 852/2024, de 9 de abril), la sala vasca se había enfrentado a un asunto análogo. Si bien aceptó teóricamente la posibilidad de una indemnización adicional, la descartó en el caso, porque ni la indemnización tasada era inadecuada (por lo muy elevado del salario –más de 18.000 € al mes–, lo que hacía que solo con 2 meses indemnizatorios ya fuera suficiente) ni merecía un juicio de reprobación especial la decisión extintiva (fue improcedente por insuficiencia de prueba, no por arbitrariedad). Tampoco parece muy coherente el primer criterio con la doctrina del CEDS.

Pero además de marcadamente deficientes en relación con la doctrina del CEDS (Carril Vázquez, 2024, pp. 169-170), ambas salas son conscientes de estar ante una «solución provisional» en espera bien del cambio legal bien de la Decisión de Fondo contra España

(demanda colectiva núm. 207/2022). Como hemos advertido, esta ya se ha producido y, en consecuencia, la justicia ordinaria española debería adaptarse plenamente al dictado del CEDS, corrigiendo las deficiencias que la actual nos presenta. Sin duda, una oportunidad para evaluar este impacto de la determinante doctrina del CEDS y que eliminaría ese «lamento de orfandad hermenéutica» que siente –indebidamente– la sala vasca será el pronunciamiento del TS, que en este momento delibera, a propósito del recurso de casación contra la primera de las sentencias reconocedoras de una indemnización adicional, la catalana ya comentada. En este caso ha de recordarse que la Sala 4.<sup>a</sup> no conocerá de la cuestión del daño moral, descartada por la citada STSJ de Cataluña 469/2023. Un tema este, sin duda, importante, porque sí lo incluye el CEDS.

En el caso de la citada STSJ de Cataluña 774/2024, de 13 de febrero, la trabajadora reclamó una indemnización adicional por daños morales y también se le denegó, porque no los probó, rechazando aplicar analógicamente el artículo 183 de la LRJS. Sin esfuerzo probatorio adicional de daños, típico civil, viene a decirnos, no habría compensación a la laboral tasada, pues en tal caso «no solo no sería disuasoria ni resarcitoria, sino más bien punitiva, y este tipo de indemnizaciones de momento no están previstas en nuestro ordenamiento [...]» (FJ 2.º, IV).

## 2.3. ¿La apertura a la función reparadora restaurativa sí, pero la disuasoria no?: una primera confusión entre «daños punitivos» y «efecto disuasorio»

### 2.3.1. Argumentos de la doctrina, científica y judicial, crítica de todo efecto disuasorio de la indemnización: razones dogmáticas y prácticas

Superada (al menos en el plano de la nueva dogmática jurídica sobre las indemnizaciones por despido improcedente, a la luz del juicio de convencionalidad ex arts. 96 CE y 24 CSEr), si bien con unos efectos de praxis forense más limitados (la pragmática de la renovación ofrece aún déficits, en forma de lagunas y contradicciones con aquella renovada construcción conceptual y normativa, a corregir aplicando la debida doctrina del CEDS –Decisión de Fondo de 20 de marzo de 2024–), la barrera de su carácter legal tasado para satisfacer la finalidad reparadora integral, la relativa al rechazo de toda función disuasoria permanecería en este ámbito intacta, pese a ser también una exigencia de la doctrina del CEDS. Son muchas las voces autorizadas que piden que quede fuera de la indemnización complementaria por despido sin causa, acotada de forma estricta (en atención a los arts. 1.124 y 1.101 Código Civil en relación con el art. 24 CSEr) a la alegación y prueba de daños específicos. Se apunta en esta dirección excluyente de la función disuasoria que el concepto sería tan «resbaladizo» como «ruidoso» (Beltrán de Heredia Ruiz, 2024).

Interesante es otra cuestión derivada, diversa, pero conexas: cómo se habría de compensar tal cuantía con otras percepciones, a fin de evitar la ineficiencia del gasto social público, una vez se garantiza la reparación suficiente. Más particularmente, se plantea descontar las prestaciones por desempleo de ese plus indemnizatorio por el efecto disuasorio. El «exceso de compensación» que deriva de esta finalidad no debería percibirse –se dice– por la persona trabajadora (como sí sucede con la técnica del recargo de prestaciones de Seguridad Social ex art. 164 LGSS), sino por la entidad gestora del desempleo (Beltrán de Heredia Ruiz, 2024). Que no se comparta de forma estricta esta posición no significa que se desconozca su gran interés jurídico, teórico (dogmática) y práctico (pragmática).

Entre otras razones, porque evoca pasados debates análogos que pueden ser lecciones aprendidas (o no). En efecto, a nuestro juicio, reemergería la cuestión de la compensación de daños, que tan atormentada fue en la evolución del sistema de las indemnizaciones por accidentes de trabajo (conexión sugerida por la citada STSJ de Cataluña 774/2024, de 13 de febrero). En el marco de la doctrina civil de la «*compensatio lucri cum damno*» (vid. STS, Sala 1.ª, 382/2019, de 2 de julio)<sup>12</sup>, uno de los tópicos jurídicos más analizados fue el relativo al de si habían de compensarse o no, y en su caso cómo, las indemnizaciones por accidentes laborales con las prestaciones de Seguridad Social derivadas, precisamente, de la contingencia que ocasionó la obligación de reparación civil. Ello en la medida en que constituiría daño emergente (prestaciones iniciales de incapacidad temporal, en su caso) o lucro cesante (la pensión de incapacidad permanente sustitutiva del salario).

No es momento de detenerse en recordar aquel conflicto jurídico-social, entre otras cosas porque fue resuelto adecuadamente sea en sede jurisprudencial, no sin muchos titubeos y vaivenes (la importante STS de 23 de junio de 2014, rec. 1257/2013, con voto particular, rectifica doctrina), sea, sobre todo, por la ley (Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación). Esta expresamente descartó reducir de la indemnización de daños profesionales las prestaciones de Seguridad Social, al estar incluidas ya en la valoración de la indemnización «civil». Pero sí conviene considerarla para evitar algunos excesos que derivaron de una aplicación inicial estricta de aquella doctrina-principio de daños. Una aplicación que supuso en más de un caso reducir o banalizar la indemnización final resultante hasta cantidades simbólicas o cuasi marginales.

Esta vía de la «técnica del descuento» se fundamenta en una lectura integradora del artículo 24 de la CSEr con el artículo 12 del Convenio 158 de la OIT. De cuño científico, halla eco en la doctrina judicial. De una forma explícita en la SJS número 10 de Barcelona de 14

---

<sup>12</sup> Indica que la persona perjudicada (en nuestro caso sería la persona trabajadora) a la hora de la liquidación de los daños a indemnizar deber estar obligada a soportar que se evalúen, a efectos de establecer la cuantía global de la indemnización (resarcimiento bruto), las ventajas obtenidas por el incumplimiento. Vid. Cristóbal Montes (1989, pp. 1.966 y 1.967) y Medina Crespo (2015).

de marzo de 2023, autos 655/2022, y SJS número 1 de Oviedo 318/2023, de 31 de agosto. De manera indirecta o refleja en la citada STSJ de Cataluña 469/2023, de 30 de enero. Esta doctrina rellena el concepto jurídico indeterminado «adecuada» del artículo 24 de la CSEr con la opción de técnica legislativa y política jurídica del referido artículo 12.1 del Convenio 158 de la OIT. Para este precepto, sería indiferente el modo como se financian los daños derivados de la pérdida del empleo por el despido, de manera que se puede cargar íntegramente en la empresa o en el Estado, mediante prestaciones. O bien puede distribuirse, entre ambos.

### 2.3.2. Algunas razones críticas de la técnica del descuento de la prestación por desempleo de la indemnización adicional (no «disuasoria»)

Para nosotros, sin embargo, esta interpretación integradora es criticable, incluso se asienta en algún razonamiento errado. Por supuesto, el CEDS viene acudiendo a este convenio de la OIT y a la doctrina que sobre él fija su órgano de garantía, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, para integrar los mandatos del artículo 24 de la CSEr (por ejemplo, inclusión dentro de la reparación apropiada de la regla de la readmisión). Por lo que, en el plano dogmático (construcción conceptual normativa), no debe descartarse. Ahora bien, lo que no es hermenéuticamente correcto, ni ha hecho nunca el CEDS, es utilizar la previsión de una norma social internacional para reducir o neutralizar el significado del mandado europeo. El CEDS delimita con precisión, como se dijo, lo que entiende por «indemnización adecuada» y no intercambia el efecto de suficiencia ni el disuasorio con la protección por desempleo, aunque sí pueda tenerse en cuenta, lógicamente, a los efectos de evaluar el daño emergente (esto es, si se reconocen, como se debe, los salarios de tramitación como daño patrimonial emergente).

En primer lugar, a diferencia del artículo 10 del Convenio 158 de la OIT, que sí refiere la opción por una indemnización adecuada «u otra reparación apropiada», el artículo 12 del mismo convenio en modo alguno califica la indemnización como «adecuada». En segundo lugar, el tipo de extinción que contempla el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT no puede ser el mismo que el de su artículo 12. En el primer precepto solo se habla de los despidos sin causa justificada (lo afirma expresamente), en el segundo entran solo los que tienen una causa justificada, bien objetiva, bien disciplinaria. De un lado, cuando habla de indemnización expresamente se refiere a la «terminación por fin de servicio», lo que apela a una causa objetiva (o pactada). De otro, en el apartado 3, se refiere a los despidos disciplinarios (expresamente menciona las terminaciones por una causa grave), de modo que acepta que la legislación estatal pueda prever la privación de cualquiera de estas medidas reparadoras, sean indemnizatorias (lo que ocurre en España), sean prestacionales (lo que no sucede en España –norma más favorable–).

En tercer lugar, y consecuentemente con ambos argumentos hermenéuticos referidos, el literal o gramatical y el sistemático, en el plano finalista hay que concluir que, solo por tratarse de un tipo de despidos (justificados) diferentes, tendría sentido repartir los costes reparadores o de compensación por la pérdida del empleo. La inexistencia de incumplimiento contractual por la empresa permite al Estado un reparto abierto, plural, de los costes, pero carece de sentido cuando se trata de despidos antijurídicos, con especial arbitrariedad. En suma, resultaría, a mi juicio, un contrasentido descargar la responsabilidad empresarial en tales casos en las prestaciones públicas, salvo, se insiste, respecto de los salarios de tramitación como daño emergente, porque en ellos sí hay responsabilidad pública, derivada de la dilación del proceso y existe homogeneidad en el tipo de daños a compensar.

En cuarto lugar, cabría traer a colación el efecto útil de la finalidad disuasoria de la indemnización adecuada expresamente atribuida, por el CEDS, a la indemnización ex artículo 24 de la CSEr. Si una parte del coste de la indemnización por la decisión extintiva antijurídica por la empresa es asumida por el Estado, vía prestaciones por desempleo, poco efecto desincentivador se puede esperar de la indemnización. En definitiva, la indemnización adecuada ha de entenderse en los términos del CEDS, y no con la flexibilidad e indiferencia del artículo 12 del Convenio 158 de la OIT.

Finalmente, no es asumible la confusión conceptual y normativa de la institución de los daños punitivos y el efecto disuasorio de una indemnización adecuada. Y no lo es ni en la doctrina legal del CEDS relativa al artículo 24 de la CSEr (y a su art. 27.3), ni tampoco en la jurisprudencia del TJUE. Así lo vamos a ver respecto de la nueva dogmática y pragmática forense, derivada de las sentencias del TJUE, reafirmadas en la STJUE de 22 de febrero de 2024, relativa a la acción de indemnización no tasada de las personas indefinidas no fijas, medie o no la estabilización en su empleo público, tras el proceso selectivo previsto. Y ello para satisfacer el derecho a la reparación íntegra y efectivamente disuasoria por el incumplimiento de las normas de temporalidad.

## 2.4. El valor jurídico obligatorio de las decisiones de fondo del CEDS

Antes de afrontar este otro desafío de innovación, normativa, cultural y de praxis forense social, en aras de la construcción de un sistema de indemnizaciones no tasadas y disuasorias por los daños derivados de incumplimientos laborales, convendría precisar un aspecto de la cuestión hasta ahora tratada: ¿qué valor jurídico efectivo tienen las decisiones de fondo dictadas por el CEDS al resolver una demanda colectiva y declarar la disconformidad de la legislación y práctica jurisprudencial nacionales a las normas de la CSE invocadas, como en este caso el artículo 24 de la CSEr –o incluso el art. 27 CSEr–?

Ciertamente, no estamos ante sentencias, al estilo de las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por lo que no serviría ni como decisión de contraste para el recurso

de casación para la unificación de doctrina (ATS de 4 de noviembre de 2015, rec. 926/2015) ni para el recurso de revisión de sentencias firmes, lo que sí sucede con las sentencias del TEDH (por ejemplo, STS 525/2024, de 3 de abril –pensión de viudedad–). Ahora bien, ¿desmerece por ello su valor jurídico, devaluándose a pura recomendación o mero criterio de autoridad doctrinal (STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2023, rec. 454/2023), pero sin fijar el criterio interpretativo del artículo 24 de la CSEr a los efectos de aplicación prevalente en la selección de la norma aplicable y su sentido, por los tribunales internos ex artículo 96 de la CE? No, en absoluto, a mi juicio, aunque otras voces y plumas opinan lo contrario (Cruz Villalón, 2024; Lahera Forteza, 2024).

Pero si hay que buscar un argumento de autoridad para evidenciar esa fuerza jurídica debida de las decisiones de fondo del CEDS, como la de 20 de marzo de 2024, el del TC es inequívoco y muy preciso, más que la doctrina científica (donde hay quien se adhiere a la vinculatoriedad y quien lo hace al puro valor programático o de autoridad) y judicial (también en otros países, como se indicó de la Corte de Casación francesa, y a diferencia de Corte Constitucional italiana, bastante más respetuosa y precisa con el valor jurídico de la doctrina del CEDS). Al respecto, el Alto Tribunal enseña con la meticulosidad de la cirugía fina:

Ahora bien, el que los dictámenes del Comité [de Derechos Humanos de la ONU, sin duda equivalente a lo que sería el CEDS para el Consejo de Europa] no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, el Pacto no solo forma parte de nuestro derecho interno [...], sino que, además, y por lo que aquí interesa [...] debe interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales [...] ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2.º) (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5.º).

Las dudas surgidas en el ámbito interno están siendo resueltas a favor –como es debido ex art. 5 LOPJ– de esta doctrina constitucional en las diferentes salas del TS. Así ha sucedido en la Sala 3.ª tras intensos debates, incluso internos (por ejemplo, STS, Sala 3.ª, 1697/2023, de 29 de noviembre –en ella se asume mayoritariamente, con un voto particular discrepante, que estos dictámenes, sin ser sentencias, pueden establecer las bases para demandar una indemnización de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplir una norma de derecho humanitario internacional, siendo directamente aplicables por los poderes públicos del Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales–). Y así parece estar sucediendo, si bien de momento de forma algo más difusa, en la Sala 4.ª (por ejemplo, citada STS 268/2022, de 28 de marzo).

Veremos en qué dirección se decanta finalmente la Sala 4.ª, que esperemos sea la correcta jurídicamente (vinculatoriedad debida), no la errada (rebelde «negacionismo» –en línea con

la Casación francesa, ya reprobada por el CEDS de manera expresa–). En todo caso, condicionantes como el relativo a la «existencia de un ejercicio fraudulento o abusivo en la decisión empresarial de extinción del contrato de la persona trabajadora, alegado y probado» (STSJ de Galicia 2846/2024, de 12 de junio), carecen de toda razón de ser ex artículo 24 de la CSEr. Es un condicionante extraño introducido internamente, pero carecen del más mínimo amparo ex artículo 24 de la CSEr. De nada sirve asumir desde la razón teórica (dogmática) la indemnización adicional, debida por la prevalencia de las normas internacionales ex artículo 96 de la CE en relación con el artículo 31 de la Ley 25/2014, para luego vaciarla de sentido desde la razón práctica (praxis). Al TS corresponde ajustar normatividad y efectividad.

### **3. La acción indemnizatoria de la persona indefinida no fija, estabilizada o no, por abuso de temporalidad: experiencias indemnizatorias no tasadas y disuasorias**

#### **3.1. El asunto IMIDRA y sus efectos disruptivos en el plano indemnizatorio: una asignatura pendiente de la jurisdicción española y experiencias pioneras**

Si no hay la más mínima duda sobre la vinculatoriedad y la supremacía del derecho de la UE y de su jurisprudencia pretoriana (arts. 93 CE y 4 bis LOPJ), la aplicación práctica, legislativa y jurisprudencial internas de sus orientaciones a menudo es compleja e incierta, abriéndose a una gran disparidad. Desde el asunto IMIDRA (STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19), todo el mundo en España sabe que la calificación de personal indefinido no fijo (PINF) no da la respuesta adecuada exigida por la cláusula 5.ª de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Así sería porque el reconocimiento de esta condición (de temporalidad, como indica una vez y otra el TJUE) no está sometido a un plazo máximo, pese a originarse en un abuso, sin contar nuestro sistema con una medida efectiva y disuasoria para compensar y corregirlo (asunto Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez<sup>13</sup>).

Ante la pasividad y/o deficiencias legislativas, la disparidad judicial está servida. La STSJ de Andalucía/Sevilla de 30 de mayo de 2019 (rec. 1707/2018) optó por la indemnización por despido improcedente como medida adecuada de disuasión-evitación del abuso. Cumpliría así con lo que dice la cláusula 5.ª del acuerdo marco (y Directiva 1999/70), atendiendo al principio comunitario de efectividad y a la regla de *restitutio in integrum*. Pero no es la respuesta de otros tribunales superiores de justicia. La STSJ de Madrid 944/2023, de 27

<sup>13</sup> STJUE de 19 de marzo 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18.

de octubre, en la afanosa búsqueda de esa medida acudió al «baremo administrativo social sancionador», aplicando analógicamente la acción indemnizatoria del artículo 183 de la LRJS. Así, aplicó los artículos 40.1 c) bis y 7.2 de la LISOS para reconocer una indemnización disuasoria de 10.000 euros a una trabajadora vinculada por una relación fija-discontinua con la Comunidad de Madrid desde hacía nada menos que 16 años (la gran mayoría, 14, con el estatus judicialmente reconocido de PINF). En su fundamento jurídico octavo, punto II, razona que esta medida cumple un triple efecto: sancionador, pero no punitivo en sentido estricto; garantía de resarcimiento restaurativo y función preventiva, coadyuvando a que la entidad empleadora pública ponga en marcha mecanismos que eviten el abuso.

## 3.2. El debate en el derecho vivo sube otro nivel: ¿la indemnización disuasoria como garantía de efectividad frente al abuso satisface la STJUE de 22 de febrero de 2024?

### 3.2.1. El voto mayoritario de la sala madrileña contrario a la indemnización como medida efectiva y disuasoria ex cláusula 5.<sup>a</sup> del acuerdo marco

La propia insatisfacción de la sala madrileña con estas respuestas y esta situación de una alta incertidumbre, por la convicción de que la posición del TS no era la adecuada y porque tanta disparidad de doctrinas judiciales resultaba notablemente perjudicial para ambas partes de la relación de trabajo público, llevó a plantear nuevas cuestiones prejudiciales. De ahí que se dictara, con enésima conmoción legal y judicial, la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 –caso UNED– y C-159/22). Después vendría, otra vez más oracular que resolutoria, la también citada STJUE de 13 de junio de 2024, dando al asunto una «vuelta de tuerca» más, aunque reconociendo una eventual excepción a la primacía del derecho de la Unión en favor de una norma de derecho constitucional interno que añade incertidumbre.

Las respuestas judiciales internas no se han hecho esperar, tampoco su radical disparidad, incluso en el interior de un mismo tribunal, como la sala social madrileña. Tanto, que la propia Sala 4.<sup>a</sup> (la Sala 3.<sup>a</sup>, también concernida, no se da por aludida y rechaza esa vinculación a tal doctrina, que considera –erróneamente– «cosa de laboristas» solo) ha presentado nueva cuestión prejudicial, en los términos que se anticiparon *ut supra*. Volveremos sobre ella de inmediato.

Rechazan la solución de firmeza inmediata (sin superar algún tipo de prueba, por laxa –fácil y flexible– que sea) las SSTSJ, Sala Social<sup>14</sup>, de Madrid 317/2024, 318/2024 y 319/2024, las tres de fecha 10 de abril. Todas ellas cuentan con diversos votos particulares. El voto

<sup>14</sup> Su Sala Contencioso-Administrativa considera que esta doctrina sobre el asunto UNED no va con ella, agotándose en el ámbito laboral (STSJ, Sala Contencioso-Administrativa, 247/2024, de 29 de febrero).

mayoritario rechaza la fijeza si no media un proceso selectivo, que sí asumen otras doctrinas (por ejemplo, STSJ del País Vasco 1009/2024, de 23 de abril; STSJ de Galicia 1244/2024, de 11 de marzo –si bien no aplica la doctrina UNED, sino que se remite a la STS 1112/2021, de 16 de noviembre, AENA, al mediar proceso selectivo –«aprobada sin plaza»–, etc.). Pero niegan otros tribunales superiores (por ejemplo, STSJ de Andalucía/Sevilla 856/2024, de 14 de marzo).

También rechazan la indemnización disuasoria reclamada. La STJUE de 22 de febrero de 2024 (lo explicita en la declaración 4 de su fallo y su razonamiento en el apdo. 126) rechaza que el pago de una indemnización tasada por cese, de no lograr la plaza y participar en el proceso selectivo (en el caso 20 días de salario por año de servicio con el límite de una anualidad ex art. 2.6 de la polémica –aun avalada por la STS, Sala 3.ª, 1071/2023, de 20 de julio– Ley 20/2021), cubra la finalidad disuasoria del abuso de la temporalidad ex cláusula 5.ª del acuerdo (Beltrán de Heredia Ruiz, 2023). El voto mayoritario de las sentencias del TSJ de Madrid rechaza, por diferentes razones, que sea procedente en estos casos la indemnización reclamada, aunque se abre a la aplicación de la lógica civil (arts. 1.089, 1.258, 1.096 y 1.101 Código Civil):

[...] salvo los supuestos excepcionales de daños «*in re ipsa*» [...] es preciso probar la existencia de los daños [...] cuya indemnización se reclama, pues [...] el incumplimiento de la obligación no implica «per se» la producción del daño, y la indemnización se debe por este y no por el incumplimiento [...] (FJ 2.º, antepenúltimo párr.).

### 3.2.2. La posición del voto discrepante: la indemnización disuasoria no sería ni efectiva ni coherente, pues no son legítimos los «daños punitivos», pero la reparadora es siempre pertinente, si media prueba suficiente del daño

Tampoco el nutrido voto discrepante asume la efectividad de una indemnización no tasada y disuasoria, pese a reconocer que algún firmante de este voto sí lo hace, aplicando la doctrina de la STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro. Sin embargo, evidenciando una dosis de ambigüedad en su posición, sí asume la procedencia, en todo caso, de una indemnización de daños no tasada, pero cumpliendo la finalidad civil-reparadora clásica. Así: «La alternativa, por tanto, se sitúa entre el reconocimiento de la fijeza o la aplicación de medidas disuasorias, estando siempre presente el derecho a indemnización, si bien condicionado a la acreditación de un daño y su valoración»<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Sí asume que ese daño pueda derivar automáticamente de la necesidad de litigar para que se le reconozca la situación de fijeza, siguiendo la pauta de la comentada STJUE de 14 de septiembre de 2023, asunto C-113/22 (indemnización de daños al «varón doblemente discriminado» por el complemento de maternidad ex extinto art. 60 LGSS –*vid.* Miñarro Yanini, 2024–).

Para el voto particular discrepante, aceptar que la indemnización reparadora sea una medida disuasoria exigiría aplicar «daños punitivos» frente al abuso de temporalidad. Pero nos recuerda que los órganos judiciales internos tienen vetada esta institución, salvo previsión legal expresa (STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-407/14, Arjona Camacho). En suma, en caso de despido que suponga incumplimiento de la cláusula 5.<sup>a</sup> del acuerdo marco, salvo que se produzca la readmisión en condiciones de fijeza, habrá de reconocerse una indemnización no tasada, que valore globalmente el daño:

[...] en los términos de la sentencia Santoro, esto es, que atienda a la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo, lo que exigirá tener en cuenta la edad y formación del trabajador, la protección que le puedan dispensar las prestaciones sociales a las que puede acceder, el tiempo que estuvo empleado y la situación del mercado, entre otros factores [...].

Justamente, al respecto, el voto particular hila la doctrina del TJUE con la doctrina del CEDS. Por lo que esa indemnización tendría la misma finalidad que la que es objeto de discusión en el ámbito del CEDS con base en el artículo 24 de la CSEr. Presupone la vinculatoriedad de la decisión de fondo del CEDS, cuando se pronuncie (lo que ya ha hecho).

Pero, entonces emerge una pregunta: ¿no hay obstáculo judicial alguno en establecer la fijeza pese a la oposición tan dura de nada menos que un derecho fundamental –ex art. 23 CE– y un principio superior, como es la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público, pero sí habría obstáculo judicial a la indemnización reparadora y disuasoria, pese a venir exigida tanto por el derecho de la UE como por el derecho social del Consejo de Europa?

### 3.2.3. Razones para la indemnización no tasada y disuasoria como una medida efectiva para cumplir la cláusula 5.<sup>a</sup> en el segundo voto particular

Otro nutrido (4 magistrados/as) voto particular concurrente y discrepante con la mayoría, según las cuestiones tratadas, ofrece una respuesta a tal interrogante, asumiendo la coherencia, y adecuación, de la indemnización no tasada y disuasoria para dar respuesta a la cláusula 5.<sup>a</sup> del acuerdo marco. Rechaza, pues, la crítica tanto del voto mayoritario como del discrepante citado. Y para razonar, con detalle y precisión, la corrección de esta respuesta enlaza directamente con la comentada STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2023 (rec. 304/2023). Las razones que esgrimen son compartibles, porque mutar un daño personal en beneficio ocupacional para negar el daño resarcible supondría desconocer la cláusula 5.<sup>a</sup>, privándola de todo efecto útil e ignorando la perspectiva jurídica exigida por la norma comunitaria.

Esta lógica de enjuiciamiento no sería abrirse a reconocer a las personas empleadas que han sufrido abuso contractual una indemnización de daños probados, con arreglo a las normas del «*onus probandi*» civiles (según el voto mayoritario y el discrepante). Al contrario, dado

que la indemnización pedida no es alternativa a la fijeza, sino autónoma, solo una indemnización no tasada y disuasoria podría ser esa «solución apropiada y eficaz» a tal fin, por el triple efecto concurrente, totalmente acomodado a la finalidad de la norma comunitaria: material, no formalmente, sancionador, garantía resarcitoria íntegra y función preventiva (de temporalidades «inusualmente largas»). Fundada su existencia en el derecho de la UE, busca la cuantificación a través de la misma técnica de valoración de daños seguida por la jurisprudencia para valorar los daños morales ex artículo 183 de la LRJS.

Con todo, la doble apertura dogmática y pragmática parece hallar cada vez más espacio judicial. La propia sala de suplicación social sevillana es plenamente consciente de ello. De ahí que acepte una indemnización no tasada por abuso de la contratación temporal ex cláusula 5.<sup>a</sup> añadida. Entre otras destacamos la STSJ de Andalucía/Sevilla 856/2024, de 14 de marzo<sup>16</sup>.

### 3.2.4. Las aplicaciones continúan: el derecho a una indemnización adecuada incluso si media estabilización mediante proceso selectivo

En la misma dirección, una aplicación directa de esta doctrina judicial es la SJS número 2 de Granollers 77/2024, de 22 de marzo. En su virtud, en caso de típica novación contractual extintiva (transformación de un contrato indefinido no fijo en fijo, tras un proceso selectivo la obligada aplicación de la cláusula 5.<sup>a</sup> del acuerdo marco), las medidas adoptadas por las Administraciones públicas a favor de la estabilización de la persona empleada abusivamente contratada (como la declaración judicial de indefinida no fija y su conversión en fija a través de la convocatoria del proceso de consolidación) serían insuficientes, por una doble razón. A saber:

- Depende de la existencia de un cese (despido) del contrato de trabajo, no de la constatación de un incumplimiento por parte de la Administración empleadora.
- No resulta de una entidad adecuada para «sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del derecho de la Unión», frustrando su finalidad disuasoria.

<sup>16</sup> «[...] debe mantener la lógica del ap. 64 del asunto Montero Mateos (STJUE 5 de junio 2018, C-677/16) para una contratación inusualmente larga, sea o no justificada, y que la declaración [...] de indefinidos no fijos es una respuesta adecuada [...] y la sanción al abuso es la indemnización [...] como despido improcedente [...] más una indemnización no tasada por haber recurrido el empleador a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos, en la línea de los ap. 106 y 107 de la STJUE 22-2-2024 [...]».

En una dirección análoga se sitúa la STSJ del País Vasco 1901/2024, de 10 de septiembre. Al reconocer la fijeza y la indemnización adicional disuasoria, marca la posición más disruptiva hasta el momento.

### 3.2.5. ¿Retorno a la casilla de salida?: el TS repregunta al TJUE y parece inclinarse a favor de la alternativa de la indemnización disuasoria

No parece, sin embargo, que vaya a ser consolidada por la Sala 4.<sup>a</sup> del TS, aunque dependerá de la respuesta que este obtenga del TJUE, tras la apuntada nueva cuestión prejudicial planteada. El citado ATS de 30 de mayo de 2024 se dirige, en sustancia, a repreguntar al TJUE para persuadirlo de que su doctrina jurisprudencial, criticada por los tribunales superiores de justicia y que aquel suele valar, es conforme al derecho de la Unión (incluido el derecho a acceder en igualdad de condiciones al empleo público), e imperativo constitucional nacional. La Sala 4.<sup>a</sup> (la 3.<sup>a</sup> ni se da por aludida, porque entiende que la invención no va con ella) del TS quiere convencer al gran pretor comunitario, de una vez por todas, de la validez de su engendro para salir del conflicto entre la norma laboral de estabilidad directa y la constitucional de estabilidad condicionada a un proceso selectivo adecuado, transparente e igual para todas las personas: indefinición contractual sí, pero fijeza real, sin proceso selectivo adecuado, no (indefinido no fijo), quedando esta condición en manos de la empleadora pública abusadora.

La Sala 4.<sup>a</sup> es consciente, seguro, siquiera sea en su foro interno, de lo poco convincente para el tribunal comunitario de esta invención «*typical Spanish*». Su apariencia (forma) híbrida solo sirve para encubrir el carácter temporal de tal figura de indefinido no fijo, siendo sus prórrogas automáticas meras renovaciones o sucesiones de contratos a efectos de la cláusula 5.<sup>a</sup> del acuerdo marco. Lo ha dicho una y otra vez el TJUE (por ejemplo, STJUE de 22 de febrero de 2024, apdos. 63 a 65). Para el TJUE, en vez de ofrecer soluciones, el indefinido no fijo perpetúa el problema. Por eso, la Sala 4.<sup>a</sup> ofrece una salida subsidiaria.

La cuestión prejudicial de la Sala 4.<sup>a</sup> del TS (la Sala 3.<sup>a</sup> hace oídos sordos, pero su posición es todavía peor en términos de adecuación a la doctrina del TJUE) se abre al debate de la indemnización disuasoria frente al abuso de la temporalidad como medida adecuada ex cláusula 5.<sup>a</sup> del acuerdo marco. A tal fin, sabedor de que la indemnización de 20 días de salario por año de servicio reconocida a quien, participando en el proceso selectivo, no consolida la plaza, cesando en la ocupada «indefinida, pero no fijamente», tras la constatación del abuso de la temporalidad, con el límite de 12 mensualidades (equivalente al despido objetivo justificado), tampoco persuadirá al TJUE de estar ante una medida efectiva para disuadir del abuso, hacia el pasado y hacia el futuro, aunque, con más retórica discursiva que solvencia argumentativa, la defiende en el fundamento jurídico sexto, le propone la más elevada, pero también tasada y topada, del artículo 56 del ET, por tanto, equivalente al despido improcedente (FJ 7.<sup>o</sup>). A diferencia de la indemnización por analogía con el despido

objetivo económico justificado, que no atiende el plus de abuso de la práctica antijurídica, sino una compensación tasada por el cese (al igual que con la –todavía más exigua– compensación económica prevista en la disp. adic. decimoséptima del Estatuto Básico del Empleado Público; y art. 2.6 de la citada Ley 20/2021), la indemnización equivalente al despido improcedente sí atendería, al menos parcialmente, ese elemento de antijuridicidad, siendo este requisito de sanción efectiva en cuanto disuasoria una condición necesaria para el TJUE (STJUE de 13 de junio de 2024, asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22; STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, apdos. 73 a 74).

Por lo tanto, no solo se mejora notablemente el fundamento jurídico de la indemnización en tales casos (no atiende solo al cese –compensación por los daños correspondientes a la pérdida del empleo por cobertura reglamentaria de la plaza–, sino también a la antijuridicidad de la situación y su exigencia de «sanción» preventiva o disuasoria –no punitiva propiamente–), también se elevaría la cuantía (pasaría de 20 a 33 días de salario por año de servicio –teniendo en cuenta la unidad esencial del vínculo establecida por la jurisprudencia, la antigüedad sería elevada, jugando el límite de 24 mensualidades–). Ciertamente, como en su día reflejara el voto particular a la STS, Pleno, de 11 de marzo de 2004 (rec. 3994/2002, FJ 2.º), respecto del artículo 56 del ET, en tal indemnización solo se atiende a los daños derivados de una resolución ilícita, pero no reflejan propiamente los derivados del propio incumplimiento. Y, desde luego, en este caso, encontramos un plus de abuso que no se recoge explícitamente en el artículo 56 del ET, sin que puedan confundirse, en sentido jurídico estricto, la antijuridicidad por ilicitud y la antijuridicidad por abuso sistémico.

De ahí que una corriente judicial reconozca la complementariedad de la indemnización del artículo 56 del ET con otra adicional y abierta (*vid.* citada STSJ de Andalucía/Sevilla 856/2024), mientras que otra descarte la primera y asuma la segunda, acudiendo al «baremo sancionador social» (citada STSJ de Madrid 944/2023). En todo caso, a diferencia del artículo 56 del ET, esta indemnización por abuso debe nacer con este, no con la extinción, y, en consecuencia, no será tampoco excepcional, sino normalizada, si bien, en cada caso, con cuantías diferentes según las circunstancias concurrentes y probadas.

De este modo, sea por imperativo del realismo mágico, o por los caprichos o bucles de la «justicia poética», el TS termina asumiendo como lo más útil (más por resignación que convicción) reconducir la solución del grave problema (laberinto) de prevención del abuso en el templo público al artículo 56 del ET. Pero este, hoy está declarado contrario al artículo 24 b) de la CSEr, de modo que no puede tenerse como adecuado, si no se complementa con una indemnización adicional, al ser necesario que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de las normas aplicables (*vid.* STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, para la cláusula 5.ª acuerdo marco, y Decisión sobre el Fondo del CEDS de 20 de marzo de 2024, para el art. 24 b) CSEr). El círculo ¿vicioso o virtuoso? se cierra.

## 4. Función preventivo-disuasoria versus punitiva en la indemnización de los daños por el incumplimiento preventivo de riesgos laborales: un caso de nueva apertura

Fue el artículo 183.2 de la LRJS el que rompió la exclusividad de la función reparadora para otorgarle otra que «contribuya a prevenir el daño» (innovación legal dogmática), esto es, a disuadir o a desincentivar los incumplimientos que vulneran derechos fundamentales<sup>17</sup>. Una vez más su recepción práctica fue deficiente, con una jurisprudencia muy vacilante y resistente (una suerte de función conservadora de la inercia cultural) hasta que se adaptó al cambio legal (función de progreso jurídico-social), en un viaje de «ida y vuelta» (Mercader Uguina, 2024) en lo que concierne a la automaticidad del daño, no así respecto del efecto disuasorio. La evolución se sintetiza en las SSTS 356/2022, de 20 de abril, y 967/2023, de 14 de noviembre. Esta última revoca la sentencia de suplicación que ignoró el pronunciamiento de condena indemnizatoria por violación de derechos fundamentales, que sí hizo la instancia, con una cuantía de 50.000 euros en aplicación del baremo social sancionador. Pero el TS la rebaja, sin un criterio objetivo justificativo, volviendo a la técnica del puro «mazo de prudente discrecionalidad», a la mitad, 25.000 euros (¿regla de la virtud aristotélica del justo medio?).

En lo que ahora más interesa, entre los hitos evolutivos jurisprudenciales, junto al retorno a la automaticidad (*in re ipsa*) de la indemnización por daño moral en tales casos, destaca que: «Reiterados pronunciamientos [...] sostienen que el art. 183.2 de la LRJS viene a atribuir a la indemnización no solo una función resarcitoria (*restitutio in integrum*), sino también la de prevención general (STS 860/2019, de 12 diciembre [...] y las citadas en ella)» (FJ 7.º, punto 7). Otra cosa distinta es que su aplicación sea a menudo incoherente con la construcción conceptual y normativa, infravalorando el debido efecto útil de disuasión-prevención del incumplimiento origen de los daños.

Precisamente, esta dialéctica se ha situado en el centro de un reciente caso, de gran relieve, tanto teórico (dogmática del derecho) como práctico (pragmática jurídica), pues afecta a derechos fundamentales de la persona en un ámbito de gran dimensión cualitativa (derecho a la integridad psicofísica ex art. 15 CE) y cuantitativa (hasta el punto de poder llegar a costar decenas de millones de euros, pues afecta potencialmente a más de 5.000 profesionales de atención primaria). En efecto, tomando como punto de partida la condena firme a la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM), en relación con el SERMAS, por la STS 50/2022, de 19 de enero, la STSJ de Madrid, Pleno, 29/2024, de 17 de enero, ha condenado a la CAM al pago de una indemnización de daños de 8.000 euros a un médico de familia de atención

<sup>17</sup> Una crítica más general de estos usos impropios de la indemnización de daño moral en Díez Picazo y Ponce de León (2008, pp. 80 y ss.).

primaria por el incumplimiento preventivo psicosocial y los daños morales derivados del mismo para este profesional, al igual que está sucediendo para decenas de casos análogos<sup>18</sup>.

La demanda inicial (al igual que el resto, de las casi 200 presentadas) era de pretensión de condena por 32.000 euros: 20.000 por daños morales derivados de la falta de cumplimiento de los deberes preventivos y 12.000 por «daño punitivo» (equivalente a la cantidad adicional que, en concepto de efecto disuasorio, viene reconociendo la Sala Social del TSJ del País Vasco en caso de condenas por incumplimientos de riesgos psicosociales, en especial si la acción es por acoso moral en el trabajo –Sentencia de 17 de julio de 2018, rec. 1268/2018–). Si en la instancia social se reconocieron los 20.000 euros de indemnización, «incluyendo daños morales e insertos, a su vez, los punitivos en estos últimos», en el recurso, la CAM terminó con asumir 8.000 euros. El TSJ de Madrid, descartado que hubiese una indemnización por daños punitivos, diferenciada y autónoma respecto de la única indemnización por daños morales, asumió la cuantía propuesta por la CAM: 8.000 euros.

Lo más relevante en este estudio es destacar el detenido recorrido que hace por la figura de los «daños punitivos». En efecto, dogmáticamente, descarta su legitimidad en el derecho español. Lo fundamenta, de un lado, en la comentada doctrina del TJUE que la excluye, salvo habilitación legal nacional expresa<sup>19</sup>. De otro, apelando a su diferencia con instituciones internas que acumulan una función sancionadora a la reparadora (así, el siempre polémico recargo de prestaciones ex art. 164 LGSS –por ejemplo, STS 114/2024, de 25 de enero, con dos votos particulares–; la cláusula penal ínsita en la indemnización adecuada ex art. 21.2 ET, relativa al pacto de no competencia poscontractual –por ejemplo, STS 548/2024, de 12 de abril–).

Ahora bien, pasando de una rígida posición dogmático-normativa a otra más pragmática, defiende que:

[...] la indemnización a concretar deba tener, igualmente, un carácter disuasorio y/o ejemplarizante. La solución ha de ser que se compute como un factor, entre otros, a la hora de cuantificar el daño moral. Siempre que exista [...] ese [...] daño (FJ 13.º, último párr.).

<sup>18</sup> Seguida posteriormente, hasta el momento, por más de una veintena de sentencias en el mismo sentido que se vienen sucediendo en estos meses posteriores –por ejemplo, SSTSJ de Madrid 89/2024, de 2 de febrero, 132/2024, de 15 de febrero, 152/2024, de 15 de febrero, 204/2024, de 1 de marzo, entre otras muchas prácticamente idénticas.

<sup>19</sup> Junto a la STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-407/2014 (dictada en un caso laboral y respecto a una situación de acoso moral en el trabajo), se cita la STJUE de 25 de enero de 2017, asunto C-367/2015 (propiedad intelectual), así como las SSTJUE de 24 de marzo de 2022, asunto C-111/2021 (respecto al transporte aéreo y dictada en interpretación del art. 29 Convenio de Montreal), y 16 de marzo de 2023, asunto C-522/2021.

En definitiva, afirmada, pues, la existencia necesaria de un factor de índole disuasorio-preventivo, como una función debida de esta indemnización por incumplimiento preventivo, el debate se desplaza ahora –como se dijo– a su cuantificación concreta. Cómo no, por enésima vez, una correctísima y sugerente construcción dogmático-normativa, de profunda renovación potencial del derecho social de daños a la persona, cuando se actualiza vuelve a incurrir en las deficiencias de siempre. La sala madrileña objetiva y estandariza de nuevo la indemnización, que fija en una cuantía uniforme para todos los casos, eligiendo la menor cuantía entre las dos en juego, la de la instancia social, que cumplía esa doble finalidad reparadora-disuasiva (20.000 €), y la asumida por la CAM. Pero, entonces, ¿qué efecto disuasorio tendrá una indemnización fijada atendiendo a la cuantía asumida por quien incumple, aunque formalmente apele al baremo social sancionador, también, como casi siempre, optando por el grado mínimo de la infracción grave, pese a que se trata de incumplimiento preventivo y en riesgo grave están miles de profesionales<sup>20</sup>?

## 5. Conclusión

El derecho del trabajo es y existe, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, como un producto histórico-cultural y, como tal, está sometido a procesos dinámicos, de flujos y reflujos, de tendencias evolutivas y, a veces, involutivas. Sin ninguna duda, en nuestro tiempo, uno de los ámbitos más desafiantes para el derecho de daños en general y para el derecho social de daños en particular será el afrontar, con rigor y coherencia, en aras del correspondiente equilibrio entre las razones de garantía de las personas trabajadoras y de seguridad y eficiencia para las empresas, la doble dimensión de reparación suficiente (no tasada) y efecto disuasorio (preventivo, en modo alguno punitivo propiamente –sanciones civiles indirectas–) de las indemnizaciones por los daños derivados de incumplimientos laborales. La profunda innovación conceptual que supuso el artículo 183 de la LRJS (imperativo normativo de revisión dogmática), así como el, más tardío, desarrollo de adecuación de la práctica forense (imperativo de coherencia pragmática), no representa una regla aislada o excepcional, sino un significativo ejemplo de tendencias más amplias, con una vocación expansiva incuestionable, y no solo respecto de la categoría, siempre conflictiva, del daño moral.

La prevalencia de las normas internacionales europeas, como los artículos 24 y 27 de la CSEr, respecto de las indemnizaciones por despido sin causa justificada en general, según la

<sup>20</sup> Más acorde con el artículo 183 de la LRJS y la doble finalidad preventivo-disuasoria es la STSJ de Castilla-La Mancha 250/2024, de 15 de febrero, que remite expresamente a las SSTs 967/2023, de 14 de noviembre, y 356/2022, de 20 de abril. Aplica el artículo 40.2 b) de la LISOS, que establece como importes correspondientes a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales (FJ 7.º). Por supuesto, hay que reconocer diferencias fácticas notables: en este caso media un despido que culmina una situación de acoso moral y se constata una situación de incapacidad permanente por ansiedad derivada del trato vejatorio que la ayudante de cocina sufría por parte del jefe de cocina.

interpretación que de ellos realiza su máximo órgano de garantías de cumplimiento, el CEDS, cuyos criterios deben presidir la comprensión de aquellas normas por los tribunales internos, o la célebre cláusula 5.<sup>a</sup> del acuerdo marco anexo a la Directiva 70/1999, conforme a la hermenéutica del TJUE, en relación con el derecho a una indemnización efectiva y disuasoria de los abusos de la temporalidad, no hace más que dar una sólida cobertura legislativa multinivel a aquella evolución. No por casualidad los argumentos jurídicos de un órgano (judicial comunitario: TJUE) y otro (garantías jurídicas sociales europeo: CEDS) terminan convergiendo.

El siguiente paso, asumida esta ya imparable renovación normativa y conceptual (dogmática), es generalizar convenientemente su recepción en la praxis judicial (pragmática), lo que hoy solo sucede de forma fragmentada, por lo tanto, *in fieri* o *status nascendi*. Por supuesto, corresponde al derecho legislado (poder legislativo nacional) suturar esas profundas fracturas entre la normatividad internacional y su efectividad por las disconformidades de las leyes vigentes en España, pero contrarias a aquella, con lo que se ganaría en coherencia, igualdad y certeza para todas las personas (trabajadoras, empresas y profesionales, así como órganos judiciales internos). Pero en su ausencia, o dilación, no puede haber pasividad por parte de la justicia ordinaria social (contencioso-administrativa).

En suma, es evidente que los tribunales internos deben adaptarse a esta normativa europea y a sus imperativos de renovación, con coherencia, plenitud y certeza jurídicas. La interpretación debida de esta prevalente legislación internacional marcará no solo el presente de la gestión laboral, sino las conductas futuras de quienes están obligados a cumplirla, sabidos y previsibles ya los efectos de los incumplimientos. Y, más pronto que tarde, el doble efecto de reparación íntegra (no tasada) y el efecto disuasorio (preventivo, no punitivo) será determinante.

En tanto, sería mejor que la doctrina científica y la doctrina judicial afrontaran proactivamente estos imperativos de cambio, en vez de reabrir viejos debates y levantar barreras, más culturales que de razón jurídica, para resistir y rebelarse al cambio, dejándose la evolución a la espalda. Los cambios son debidos y siempre será mejor contribuir a que se produzcan con seriedad y rigor jurídicos a que cada nivel jurisdiccional, cada juzgado, haga el tránsito a su «prudente arbitrio», por lo general una fórmula eufemística que encubre deficiencias técnicas y arbitrariedad decisoria. Veremos qué dice y hace el TS a propósito de la Decisión de Fondo del CEDS de 20 de marzo de 2024, que marca el camino para la superación definitiva del sistema de indemnizaciones tasadas, abriéndose a las adicionales, y de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE para resolver, definitivamente, el laberinto del abuso sistémico de la temporalidad del empleo público en España, cuyo hilo de Ariadna pasa también por una indemnización suficientemente disuasoria de tan arraigada antijuridicidad, concurra momento extintivo o, en su caso, al contrario, de conversión en indefinido (si se da el presupuesto de superar un proceso selectivo, previo o *a posteriori*, sin el cual no creemos pueda imponerse, so pena de sacrificar, absoluta e indebidamente, la Constitución en el altar del derecho de la Unión –como apunta *obiter dicta* la STS de 29 de abril de 2024, rec. 4962/2022–).

## Referencias bibliográficas

- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (10 de octubre de 2023). Sime estabilizo según la Ley 20/2021, ¿tengo derecho a una indemnización? *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2023/10/10/sime-estabilizo-segun-la-ley-20-2021-tengo-derecho-a-una-indemnizacion/>
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (21 de marzo de 2024). La indemnización legal tasada prevista para el despido improcedente es contraria a la Carta Social Europea revisada (Conclusiones del CEDS 2023 con respecto a los derechos relacionados con los niños, la familia y los inmigrantes). *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2024/03/21/la-indemnizacion-legal-tasada-prevista-para-el-despido-improcedente-es-contraria-a-la-carta-social-europea-revisada-conclusiones-del-ceds-2023-con-respecto-a-los-derechos-relacionados-con-los-ninos/>
- Carril Vázquez, X. M. (2024). Sobre la indemnización (ni adecuada, ni reparadora, ni disuasoria) por despido improcedente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de abril de 2024 (rec. 502/2024). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 160-170. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22389>
- CEDS. (2020). *Conclusiones 2019 para España*. <https://rm.coe.int/rapport-esp-en/16809cfbea>
- CEDS. (2024). *Conclusiones 2023 para España*. <https://rm.coe.int/conclusions-2023-spain-en-2787-1441-4345-1/1680aedd1d>
- Cristóbal Montes, A. (1989). *Compensatio lucrí cum damno* en el resarcimiento del daño por el deudor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 595, 1.965-1.976.
- Cruz Villalón, J. (13 de agosto de 2024). *¿Es obligado reformar el despido?* ON Economía. [https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/obligado-reformar-despido\\_1267269\\_102.html](https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/obligado-reformar-despido_1267269_102.html)
- Díez Picazo y Ponce de León, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.
- Díez Picazo y Ponce de León, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Thomsom-Civitas.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trotta.
- Goldin, A. (2014). *El derecho del trabajo. Conceptos, instituciones y tendencias*. Ediar.
- Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C. (2022). Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita*...). *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 12(1), 616-624. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7257>
- Lahera Forteza, J. (2024). *Análisis jurídico de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que cuestiona la indemnización del despido improcedente en España*. Apuntes, FEDEA. <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2024/ap2024-20.pdf>
- Medina Crespo, M. (2015). *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio «compensatio lucrí cum damno» en el derecho de daños*. Bosch.
- Mercader Uguina, J. R. (2024). La Ley de infracciones y sanciones como «baremo»: funciones y disfunciones de la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de

- derechos fundamentales. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 112.
- Miñarro Yanini, M. (2024). En busca de algo de orden: una solución indemnizatoria categórica para el «varón doblemente discriminado». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 147-156. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21413>
- Molina Navarrete, C. (2019). *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*. Bomarzo.
- Preciado Domènech, C. H. (2023). *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Bomarzo.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2024). El control de convencionalidad en el ordenamiento español, con especial referencia a la normativa laboral. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 172, 11-24.
- Salcedo Beltrán, C. (2024). Conclusiones 2023 del Comité Europeo de Derechos Sociales: los incumplimientos de la Carta Social Europea por parte de España. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 14(1), 1-6. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.10316>
- Salcedo Beltrán, C. y Jimena Quesada, L. (16 de abril de 2024). *El extraño caso de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido improcedente (Dr. Jekyll) y algunas fabulaciones negacionistas que han suscitado (Mr. Hyde)*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/el-extrano-caso-de-las-decisiones-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-sobre-el-despido-improcedente-dr-jekyll-y-algunas-fabulaciones-negacionistas-que-han-suscitado-mr-hyde/>
- Schmit, M. (2017). Article 24. The right to protection in cases of termination of employment. En N. G. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann y S. Clauwaert (Eds.), *The European Social Charter and employment relations* (pp. 412-438). Hart Publishing.
- Valdés Dal-Ré, F. (2016). *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Bomarzo.
- Vivero Serrano, J. B. (15 de abril de 2024). *El despido improcedente y el Comité Europeo de Derechos Sociales: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/el-despido-improcedente-y-el-comite-europeo-de-derechos-sociales-las-experiencias-de-finlandia-italia-y-francia/>

**Cristóbal Molina Navarrete.** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Jaén, 2000. Árbitro laboral en el SIMA (Sistema Interconfederal de Mediación y Arbitraje) y en el SERCLA (Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía). Consejero del Consejo Económico y Social de España, 2018-2021. Ganador del XXXI Premio La Ley de artículos doctrinales, 2017. Ganador (en coautoría) del V Premio en Igualdad y Género de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2023. Asesor científico del Comité Económico y Social Europeo, 2022. Tiene reconocidos 5 sexenios de investigación por más de 400 obras. <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

# El impacto de los sistemas algorítmicos en los procesos de selección de personal. Análisis jurídico-laboral a la luz del nuevo Reglamento europeo en materia de inteligencia artificial



**Inés Delgado López**

Legal trainee en Ceca Magán Abogados (Madrid, España)

[inesdelgadolopez9@gmail.com](mailto:inesdelgadolopez9@gmail.com)

Este trabajo ha obtenido el **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El jurado ha estado compuesto por: doña Iciar Alzaga Ruiz, don Gonzalo Blanco Montero, doña Carolina Blasco Jover, don Raúl Rojas Risco y don Íñigo Sagardoy de Simón. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

## Extracto

El empleo de sistemas algorítmicos automatizados en los procesos de selección de personal se encuentra cada vez más normalizado en todas las compañías, tanto a nivel nacional como internacional. Ante su imparable apogeo, y a fin de abordar los controvertidos desafíos éticos y de equidad que plantea su utilización, debemos adoptar medidas eficaces y fructíferas que garanticen los derechos fundamentales de las candidatas y candidatos. En la presente investigación, nos centraremos especialmente en examinar la potencial vulneración del derecho a la no discriminación e igualdad de oportunidades que, al igual que otros derechos fundamentales, puede verse con frecuencia amenazado por la opacidad de los algoritmos, la falta de transparencia en su funcionamiento o, simplemente, por la existencia de sesgos inherentes a los datos utilizados para entrenarlos.

Posteriormente, analizaremos los mecanismos jurídicos de defensa existentes en la actualidad con miras a que los individuos afectados puedan hacer valer sus derechos en el marco de los procesos de reclutamiento algorítmico. Enfocándonos, concretamente, en los instrumentos de tutela judicial y en el papel de la negociación colectiva en la implantación y uso de sistemas algorítmicos en la empresa, determinando si realmente la representación legal de las personas trabajadoras ostenta capacidad de negociación y diálogo en esta materia.

Todo ello lo estudiaremos teniendo especialmente presente el nuevo Reglamento europeo en materia de inteligencia artificial, que sin duda promete convertirse en una herramienta clave de cara a forjar una serie de límites a los sistemas algorítmicos en el ámbito de la empresa, incentivando una innovación responsable y consolidando al fin un marco legal uniforme en la materia a nivel europeo.

**Palabras clave:** algoritmos; discriminación; selección de personal; derechos fundamentales; negociación colectiva; riesgos; sanciones.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 06-09-2024 / Revisado: 20-10-2024 / Publicado: 07-11-2024

**Cómo citar:** Delgado López, I. (2024). El impacto de los sistemas algorítmicos en los procesos de selección de personal. Análisis jurídico-laboral a la luz del nuevo Reglamento europeo en materia de inteligencia artificial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 49-82. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22257>



# The impact of algorithmic systems in personnel selection processes. Analysis in the light of the new European Regulation on artificial intelligence

Inés Delgado López

Legal trainee in Ceca Magán Abogados (Madrid, Spain)

[inesdelgadolopez9@gmail.com](mailto:inesdelgadolopez9@gmail.com)

This paper has won the **runner-up prize** in the **Financial Studies 2024 Award** in the Labour and Social Security Law category. The jury members were: Ms. Iciar Alzaga Ruiz, Mr. Gonzalo Blanco Montero, Ms. Carolina Blasco Jover, Mr. Raúl Rojas Risco and Mr. Íñigo Sagardoy de Simón. The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

## Abstract

The use of automated algorithmic systems in personnel selection processes is becoming increasingly standardized in all companies, both nationally and internationally. In the face of its unstoppable apogee, and in order to address the controversial ethical and fairness challenges posed by its use, we must adopt effective and fruitful measures that guarantee the fundamental rights of candidates. In the present research, we will focus especially on examining the potential infringement of the right to non-discrimination and equal opportunity, which, like other fundamental rights, can often be threatened by the opacity of algorithms, the lack of transparency in their operation, or simply, by the existence of inherent biases in the data used to train them.

Subsequently, we will analyze the legal defense mechanisms currently in place to enable affected individuals to assert their rights in the context of algorithmic recruitment processes. Specifically, we will focus on the instruments of judicial protection and the role of collective bargaining in the implementation and use of algorithmic systems in the company, determining whether the legal representatives of the workers really have the capacity for negotiation and dialogue in this matter.

All this will be studied bearing in mind the new European Regulation on artificial intelligence, which undoubtedly promises to become the fundamental tool for forging a series of clear limits to algorithmic systems in the field of business, encouraging responsible innovation and finally consolidating a uniform legal framework on the subject at the European level.

**Keywords:** algorithms; discrimination; personnel selection; fundamental rights; collective bargaining; risks; sanctions.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 06-09-2024 / Revised: 20-10-2024 / Published: 07-11-2024

**Citation:** Delgado López, I. (2024). The impact of algorithmic systems in personnel selection processes. Analysis in the light of the new European Regulation on artificial intelligence. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 49-82. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22257>



## Sumario

1. Introducción
  2. Vulneración de derechos fundamentales en contextos de reclutamiento algorítmico
    - 2.1. Derecho a la no discriminación e igualdad de oportunidades
    - 2.2. Atención a los sesgos discriminatorios por razón de sexo, raza y discapacidad
  3. Comparativa entre la interpretación y puesta en práctica del derecho a la no discriminación en los procesos de selección algorítmicos vs. en otros escenarios jurídico-laborales. Análisis crítico
  4. Mecanismos de defensa y salvaguarda para los individuos afectados
    - 4.1. Papel de la representación legal de las personas trabajadoras. Estudio del artículo 64.4 d) del ET
    - 4.2. Tutela judicial, responsabilidad y régimen sancionador
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

En la actualidad, resulta innegable que la inteligencia artificial<sup>1</sup> (IA) se encuentra cada vez más instaurada en todos los sectores de la producción y de los servicios, de manera muy transversalizada. Poco a poco va incidiendo en las condiciones de trabajo y en el acceso al empleo, transformando radicalmente el panorama de recursos humanos en organizaciones de todos los tamaños y sectores. En vista de que las organizaciones se enfrentan a una creciente competencia por el talento humano, y necesitan optimizar sus procesos internos para adaptarse a un entorno empresarial cada vez más dinámico y digitalizado, el reclutamiento tecnológico se presenta como una solución prometedora para abordar estos desafíos, permitiendo a las empresas identificar y reclutar candidatos con habilidades y competencias específicas de manera más rápida y precisa que nunca antes, contribuyendo así a una mayor eficiencia. De hecho, según diversos estudios e informes sobre transformación digital impulsados en 2023, más del 16 % de las empresas españolas emplean algún tipo de herramienta de IA en sus procesos de selección<sup>2</sup>, o tienen previsto hacerlo en los próximos 12 meses. Este porcentaje se ha visto incrementado de manera significativa en los últimos años, pues en 2021, tan solo un 8 % de las empresas nacionales se servían de la IA en el reclutamiento de sus candidatos<sup>3</sup> (Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad –ONTSI–, 2023).

A este respecto, debemos distinguir entre la fase de reclutamiento, que alude al proceso de búsqueda, recolección e identificación de candidatos que encajan con la oferta y el puesto de trabajo (publicación de la oferta, proceso de filtrado de currículos, etc.), y la fase

---

<sup>1</sup> Con carácter previo a profundizar en la materia, debemos partir de la definición de «sistema de IA» que proporciona el nuevo reglamento recientemente consensuado a nivel europeo en materia de IA: la noción debe basarse en las características esenciales del *software* desde el punto de vista funcional, y particularmente en su capacidad para generar contenidos, predicciones, decisiones, recomendaciones u otra información que influya en el entorno con el que interactúa el sistema, con la pretensión de extraer conclusiones o tomar medidas en la dimensión física o virtual sobre la base de dichos algoritmos.

<sup>2</sup> Algunos ejemplos son Inditex, Decathlon, Natura, Amazon o Telefónica, entre otras muchas, que por defecto utilizan algoritmos de aprendizaje automático en la calificación y evaluación de las demandas de empleo.

<sup>3</sup> Debemos tener presente que los referidos porcentajes son tan solo orientativos, pues varían sustancialmente en función de una serie de parámetros, tales como el tamaño de la empresa (en las empresas grandes es más frecuente la utilización de este tipo de tecnología) o la comunidad autónoma en que dicha compañía se encuentre (Madrid es la que presenta una mayor concentración de empresas que emplean soluciones de IA).

de selección, que busca elegir al candidato o candidatos que mejor se ajustan a la empresa en un determinado momento, y generalmente engloba la celebración de entrevistas, el análisis e informe de los resultados obtenidos y la selección final de la persona candidata. Partiendo de esta distinción, podemos afirmar que, mientras que los sistemas algorítmicos pueden llegar a ser de gran utilidad a lo largo del proceso de reclutamiento, pues se encuentran provistos de los medios y herramientas necesarias para llevar a cabo el proceso de filtrado de los currículos de manera óptima y objetiva, en la selección resulta más pertinente la intervención de un profesional de recursos humanos que comprenda mejor las necesidades específicas del puesto de trabajo a cubrir y de la organización, y que sea capaz de evaluar al candidato en su conjunto de manera exhaustiva (examinando ciertos aspectos y habilidades como el pensamiento crítico, la creatividad, la empatía o la resolución de conflictos, que resultan difíciles de evaluar exclusivamente mediante algoritmos).

No obstante lo anterior, la utilización de estos sistemas despliega un singular impacto en un gran elenco de derechos fundamentales, tales como el derecho a la privacidad y protección de datos, el derecho a la no discriminación o incluso el derecho a la libertad de expresión de los candidatos, lo cual nos obliga a reflexionar críticamente y a explorar soluciones factibles y razonables a los dilemas jurídico-morales que dichos sistemas plantean.

## 2. Vulneración de derechos fundamentales en contextos de reclutamiento algorítmico

### 2.1. Derecho a la no discriminación e igualdad de oportunidades

Pese a la gran cantidad de derechos laborales que son susceptibles de verse afectados a lo largo de los procesos de selección de personal llevados a cabo mediante algoritmos, nos centraremos particularmente en el derecho a la no discriminación e igualdad de oportunidades de los candidatos; examinando, por un lado, los supuestos en que dichas herramientas algorítmicas pueden llegar a dictaminar una resolución discriminatoria, ya sea de forma directa o indirecta; y, por otro, si existe alguna posibilidad de paliar, en mayor o menor medida, tales efectos discriminatorios.

En primer lugar, conviene tener presente que el derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra amparado por el artículo 14 de la Constitución española (CE), consagrándose como un derecho fundamental. Como introducción al marco normativo existente en la materia, conviene traer a colación la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación<sup>4</sup>, que en su exposición de motivos reconoce «la igualdad de

---

<sup>4</sup> BOE de 13 de julio de 2022.

trato y no discriminación en el ámbito de la inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados»<sup>5</sup>. Además, su artículo 9, apartado primero, precisa una serie de garantías a fin de prevenir situaciones que puedan llegar a ser discriminatorias en lo que respecta a condiciones de trabajo de las personas trabajadoras por cuenta ajena, entendiendo discriminatorios todos aquellos criterios y sistemas de acceso al empleo, así como condiciones de trabajo, que sean susceptibles de producir situaciones de discriminación directa o indirecta por alguna de las causas previstas legalmente.

No obstante lo anterior, pese a que técnicamente cualquier indicio de discriminación directa o indirecta advertido por los responsables de un proceso de selección en cualquiera de sus fases debería ser automáticamente reprobado, esta contingencia se ve desafiada cuando no son los humanos, sino los sistemas algorítmicos, los que ostentan el control sobre la toma de decisiones en el proceso. De hecho, en el precepto no existe ninguna mención explícita a los modelos algorítmicos y a cómo la delegación absoluta de las funciones de reclutamiento en dichos algoritmos puede llegar a generar graves perjuicios a los candidatos.

En lo que respecta al enfoque jurídico-doctrinal en la materia objeto de debate, debemos tener presente que la doctrina no muestra uniformidad. Algunos autores se postulan a favor de estos nuevos mecanismos de IA, argumentando que «su uso permite garantizar que las contrataciones no se basen en corazonadas, impresiones o prejuicios» (Mercader Uguina, 2022, p. 20); mitigando de esta forma los impulsos humanos, muchas veces incontrolables<sup>6</sup>. Por otra parte, hay quienes advierten que «cada vez es más evidente que los sistemas de IA y los algoritmos no solo no eliminan por arte de magia las desigualdades existentes, sino que las reproducen e incluso las magnifican» (Ginès i Fabrellas, 2022). En cualquier caso, lo que resulta innegable es que diversos estudios demuestran no solamente que los sistemas automatizados son en general más precisos y más minuciosos que los seres humanos<sup>7</sup>, sino que, si se diseñan correctamente, producirán menos efectos discriminatorios que las decisiones tomadas por seres humanos, que en muchas ocasiones pueden llegar a exhibir una notable discriminación indirecta (Kleinberg *et al.*, 2017). Para garantizar la efectividad de estos sistemas, resulta imprescindible introducir correctamente los datos a partir de los

---

<sup>5</sup> No obstante, su articulado no alberga ninguna mención expresa a la igualdad de trato y no discriminación frente a las IA en su ámbito subjetivo; además, la exposición de motivos tiene, con carácter general, un valor simbólico.

<sup>6</sup> En este sentido, conviene traer a colación un estudio publicado por el Pew Research Center, que indica que el 40 % de las personas residentes en los Estados Unidos de América consideran que los ordenadores y los algoritmos son capaces de tomar decisiones sin sesgos. Para más información, consúltese el siguiente enlace: <https://www.theguardian.com/technology/2018/aug/29/coding-algorithms-frank-nalgos-program-danger>

<sup>7</sup> En un estudio realizado por el Instituto Adecco, quedó patente que la tasa de contratación entre los candidatos seleccionados por sistemas algorítmicos solía ser en torno al 25 %, en comparación con una tasa del 10 % para los candidatos seleccionados por reclutadores humanos. Para más información: <https://www.adecco.es/talento-y-formacion/algoritmos-para-mejorar-la-contratacion/>

cuales son entrenados, asegurando que su exactitud y rigor imposibilitan la eclosión de situaciones de discriminación; en cuanto el aire que respiren los algoritmos, los datos, se encuentre mínimamente viciado, las decisiones automatizadas resultantes se encontrarán, de igual manera, corrompidas (sesgos, discriminación, etc.). Y tampoco podemos descartar que el algoritmo pueda llegar a extraer conclusiones apresuradas y no reales durante la entrevista (cuando, por ejemplo, una persona se siente incómoda interrelacionándose con una máquina, y solo por ello el algoritmo ya lo asocia con «falta de habilidades sociales»); o que, debido a esa falta de procesamiento de información, el sistema de IA descarte de plano a la persona que padece ciertas deficiencias auditivas o visuales que le impiden reconocer con éxito lo que se está preguntando (Asquerino Lamparero, 2022). Por todo ello, debemos sopesar qué decisiones pueden dejarse en manos de algoritmos y qué datos pueden utilizarse y cuáles no, pues una tecnología altamente invasiva o discriminatoria como, por ejemplo, el reconocimiento facial o la detección de emociones en los procesos de selección no debería estar autorizada en el ámbito laboral. A este respecto, conviene poner de relieve que el nuevo Reglamento europeo en materia de IA se muestra especialmente restrictivo con la utilización de sistemas que impliquen el reconocimiento facial o de emociones de los individuos, solo habilitándolos en determinados supuestos y, en todo caso, estipulando una serie de obligaciones de transparencia a todas las personas físicas expuestas a él, tal y como dispone el artículo 52, apartado segundo.

Por otra parte, con la pretensión de realizar una evaluación exhaustiva que permita identificar las potenciales tendencias discriminatorias de los sistemas de IA en los procesos de contratación, cada empresa u organización debería implementar un plan de análisis y gestión de los riesgos de dichos sistemas<sup>8</sup>: ello implica, no solo comprender la naturaleza de los riesgos y sus características, sino también una consideración detallada de incertidumbres, fuentes de riesgo, consecuencias, probabilidades, eventos, escenarios, controles y su efectividad, por medio de técnicas cualitativas y cuantitativas<sup>9</sup>. Por ejemplo, se deben tener presentes factores como las fuentes de riesgos tangibles e intangibles, las amenazas y las oportunidades, las vulnerabilidades y las capacidades; los cambios en los contextos interno y externo; las consecuencias y sus impactos en los objetivos; las limitaciones de conocimiento y la confiabilidad de la información; y los sesgos, los supuestos y las creencias

---

<sup>8</sup> En el artículo 6 del nuevo Reglamento europeo en materia de IA, se articulan una serie de reglas de clasificación para los sistemas de IA de alto riesgo, así como el régimen de obligaciones impuesto a las empresas para prevenir las amenazas que pueden llegar a ocasionar este tipo de sistemas, sobre el que profundizaremos más adelante.

<sup>9</sup> Asimismo, resulta necesario enfatizar que las decisiones se deberían tomar teniendo en cuenta los riesgos cuyo tratamiento no es justificable en el plano económico, por ejemplo, riesgos severos (con consecuencias altamente negativas), pero raros (baja o muy baja probabilidad). Ante riesgos más generalizados y frecuentes, como discriminación por razón de sexo, raza, religión, etc., es requisito imperativo analizar dichos riesgos y tratar de mitigar sus potenciales efectos.

de las personas involucradas<sup>10</sup>. A fin de poder dilucidar, a raíz de todo ello, los riesgos que deberían clasificarse como inadmisibles<sup>11</sup>, es decir, todos aquellos que se utilizan para clasificar personas en función de su comportamiento social, estatus ético, etc. También los que se centran en insertar características sensibles o sistemas de reconocimiento de emociones, tal y como ya hemos referido. Y particularmente en los procesos de contratación, aquellos que emplean una serie de parámetros que permiten obtener información de salud, problemas físicos, voz, etc.

## 2.2. Atención a los sesgos discriminatorios por razón de sexo, raza y discapacidad

A continuación, vamos a exponer los principales sesgos discriminatorios que pueden estar presentes en los sistemas algorítmicos empleados en la toma de decisiones de los procesos de contratación, prestando especial atención a los que puedan aflorar por razón de sexo, raza y discapacidad, e ilustrando dichos sesgos con situaciones reales que han acaecido recientemente en empresas y organizaciones.

En primer lugar, conviene hacer referencia a los dos motivos principales por los cuales un algoritmo puede llegar a convertirse en discriminatorio: por un lado, porque quienes los programan lo hagan con la intención explícita de excluir del proceso a candidatos con ciertos rasgos sociodemográficos, tales como género, edad, origen, creencias, raza, etc. (sesgos en el diseño); o, por otro lado, porque el algoritmo se programa internamente para seleccionar una serie de atributos que, en la mayoría de los casos, se encuentran ligados a personas con determinados rasgos sociodemográficos (Rosàs, 2022).

En lo referido a sesgos por razón de sexo<sup>12</sup>, es bastante habitual observar cauces discriminatorios de tipo indirecto, incluso después de someter los algoritmos a varias revisiones. Algunos de los sesgos sexistas más comunes que emergen en la utilización de algoritmos son los siguientes:

- Reproducir la discriminación existente en los datos: por ejemplo, en caso de emplear datos estadísticos de los sueldos medios de hombres y mujeres para que un departamento de recursos humanos defina los sueldos de nuevos trabajadores

<sup>10</sup> Consúltense, para más información, la Norma ISO 31000: «Administración/Gestión de riesgos-Lineamientos guía», 2.ª ed., 2018-02. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/5454330/14491339/Norma.ISO.31000.2018.Espanol.pdf/cb482b2c-afd9-4699-b409-0732a5261486>

<sup>11</sup> En los cuales no existe ni debe existir índice de tolerancia.

<sup>12</sup> La prohibición de discriminación por razón de sexo se encuentra indirectamente recogida en el artículo 1 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

y trabajadoras, probablemente el sistema discriminará a las mujeres, ya que, estadísticamente, el sueldo de la mujer es ciertamente inferior al del hombre<sup>13</sup> (Aránguez Sánchez, 2022, p. 74). Otro ejemplo de un caso real es el del algoritmo de reclutamiento empleado por Amazon, que fue puesto en marcha en 2015 para analizar las candidaturas de sus ofertas de trabajo. El sistema descartaba automáticamente a las mujeres, porque había sido entrenado con los datos del organigrama de los empleados de Amazon, que reflejaba que el 85 % del personal eran hombres. Así pues, descartó, entre otras, la candidatura de una mujer por explicar que había formado parte de un club de ajedrez de mujeres (Rosàs, 2022). La explicación del sesgo sexista del algoritmo es que, en efecto, el sexo era un elemento predictivo trascendente para anticipar el éxito laboral de una persona, puesto que eso era lo que había ocurrido en los 10 años anteriores: una mujer con un currículum tan sobresaliente como el de un hombre tenía objetivamente menos posibilidades de triunfar en la empresa a largo plazo.

- Ignorar las variables correlativas: en este caso, nos referimos a la posibilidad de que algún otro elemento correlativo (diferente al sexo) valorado por el algoritmo se encuentre presente en mayor medida en los hombres o en las mujeres, conduciendo a un potencial impacto discriminatorio (Aránguez Sánchez, 2022, p. 76). En este contexto, un caso ampliamente conocido es el de Gild, una empresa que hace unos años optó por transformar los criterios de selección de uno de los perfiles más cotizados en Silicon Valley: las personas programadoras. En lugar de buscar únicamente titulados de las universidades más prestigiosas, Gild propuso añadir a la receta de selección el «capital social» de las personas candidatas, que incluía una gran cantidad de variables heterogéneas, tales como sus contribuciones a plataformas colaborativas como GitHub, el tono de sus tuits, los lugares en que quedaban con sus amistades o las webs que visitaban en su tiempo libre (Ginès i Fabrellas, 2022). Hasta 300 variables recopiladas de bases de datos públicas se consideraron para buscar a las personas programadoras con mayor potencial para las *start-ups* de Silicon Valley. Y en vista de que muchas de estas variables estaban relacionadas con actividades que se realizan durante el tiempo libre, comenzaron a aflorar sesgos discriminatorios, por ejemplo, hacia las mujeres programadoras, sobre las cuales sigue recayendo hoy en día la mayor parte de la carga doméstica<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Esta afirmación debe ser puntualizada, pues la brecha salarial es muy compleja y se explica por diversos factores (algunos de ellos estructurales) relacionados con la formación, la experiencia laboral, la maternidad y responsabilidades domésticas, etc. De cualquier modo, debemos analizar caso por caso, y no resulta pertinente profundizar en esta cuestión teniendo en cuenta la temática de la presente investigación.

<sup>14</sup> Este sería un claro ejemplo de discriminación indirecta.

- Cosificación sexual en los algoritmos y la IA: la visión de la mujer como objeto para uso sexual masculino está presente en múltiples sistemas de IA, incluso en los ideados para uso común (Siri, Alexa, Cortana, etc.). En este contexto, podemos enmarcar la asunción tradicional de que las mujeres son más débiles o que cuentan con una menor fuerza física. El Tribunal Constitucional (TC) ha refutado este argumento poniendo de manifiesto que:

[...] se trata de una percepción defectuosa, errónea o anacrónica, que responde más a un perjuicio infundado que a diferencias naturales o biológicas y conlleva una división sexista del trabajo. Por tanto, la radical exclusión de la mujer del acceso a aquellos trabajos, que objetivamente exigen para su correcto desarrollo un elevado esfuerzo físico, es inaceptable a la luz del art. 14 CE, cuya prohibición de discriminación por razón de sexo obliga, por el contrario, a adoptar un criterio neutro predicable por igual del hombre y la mujer, y a valorar individualmente la idoneidad de cada candidato para el adecuado cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 198/1996, de 3 de diciembre, Sala Primera, de 3 de enero de 1997).

Por otra parte, en lo que concierne a sesgos por razón de origen racial o étnico, podemos afirmar que a día de hoy resulta bastante frecuente que las decisiones finales adoptadas por los programas algorítmicos discriminen o perjudiquen a determinadas minorías étnicas y raciales, bien de forma deliberada (en la propia programación del algoritmo, incorporando apellidos típicos de una etnia concreta y censurando o reprobando tales apellidos), bien de forma automática<sup>15</sup> (mediante la utilización de grandes bases de datos, que reproducen los sesgos existentes en la sociedad de forma arraigada o consolidada) (De la Serna y Sáez, 2022, p. 2).

En este sentido, conviene traer a colación la ya referida Ley 3/2018, de 5 de diciembre, que en su artículo 9 alude a todas aquellas categorías de datos que tienen la consideración de especiales y, por ello, no bastará el solo consentimiento del afectado para su tratamiento, a fin de evitar situaciones discriminatorias<sup>16</sup> (Olarte Encabo, 2020, p. 85). Son todos aquellos datos «cuya finalidad principal sea identificar la ideología, afiliación sindical,

<sup>15</sup> Un caso muy sonado fue el del *chatbot* de Microsoft, *Tay*, creado para mantener conversaciones en redes sociales. A las pocas horas de su puesta en marcha ya proclamaba comentarios racistas y empleaba palabras procaces resultado de su aprendizaje empírico, fruto de la interacción con la especie humana (Álvarez García, 2023, p. 34).

<sup>16</sup> A este respecto, en el preámbulo del nuevo Reglamento europeo en materia de IA, se dispone que:

Con el fin de proteger los derechos de terceros frente a la discriminación que podría provocar el sesgo de los sistemas de IA, los proveedores deben ser capaces de tratar también categorías especiales de datos personales, como cuestión de interés público esencial, para garantizar que el sesgo de los sistemas de IA de alto riesgo se vigile, detecte y corrija.

religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico». Sin embargo, en el párrafo siguiente se levanta parcialmente la prohibición de dicho tratamiento, pues se decreta que se podrán considerar estos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (RGPD), «cuando así proceda». Es decir, existen una serie de excepciones y circunstancias enumeradas en el artículo 9.2 en las que sí se podrán tratar los referidos datos especiales, siempre y cuando proceda y resulte pertinente. Ello conduce a un panorama incierto y dicotómico en el que, por un lado, se anhela instaurar un régimen restrictivo en lo que respecta al tratamiento de datos especiales, por la singular vulnerabilidad que dichos datos poseen, pero al mismo tiempo se enumeran toda una serie de excepciones en el RGPD en las cuales el tratamiento y la gestión de dichos datos sí resultará legítimo<sup>17</sup>.

En línea con lo anterior, resulta pertinente hacer alusión a los estándares y patrones sugeridos por diversos organismos europeos e internacionales en lo que respecta a la utilización de sistemas algorítmicos y los eventuales sesgos discriminatorios que puedan reflejar por razón de raza o etnia. En vista de que el objeto principal de la investigación estriba en la discriminación algorítmica en el acceso al empleo, analizaremos primordialmente las directrices referidas a esta cuestión:

- Por un lado, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial considera que la elaboración algorítmica de perfiles atendiendo a factores como los códigos postales vinculados a zonas segregadas de las ciudades o la probabilidad de que un determinado grupo étnico cometa actividades delictivas intensifica sustancialmente los prejuicios y estereotipos sociales vinculados al origen racial o étnico. En el ámbito de los procesos de selección de personal, dicha elaboración de perfiles tan sesgada y desprovista de objetividad tendrá como principal consecuencia la exclusión del candidato en las primeras fases del proceso, al detectar su pertenencia a una etnia o raza particular.
- Por otro lado, el nuevo Reglamento europeo de IA (también conocido como «Ley de IA») determina en su anexo III que deben considerarse de alto riesgo:

<sup>17</sup> Entre otras, cabe reseñar las siguientes: a) cuando el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad y protección social. Aquí se podrían englobar, por ejemplo, todos aquellos supuestos en los que el tratamiento de datos personales es necesario en el seno de los procesos de contratación empresarial; b) cuando el tratamiento sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado para dar su consentimiento; c) cuando el tratamiento sea necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.

[...] los sistemas de IA usados para evaluar la calificación crediticia o solvencia de personas físicas<sup>18</sup>, ya que deciden si dichas personas pueden acceder a recursos financieros o servicios esenciales como la vivienda o la electricidad. Los sistemas de IA usados con este fin pueden discriminar a personas o grupos y perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo, por motivos de origen racial o étnico, discapacidad, edad u orientación sexual, o generar nuevas formas de efectos discriminatorios.

Dicho lo cual, resulta patente que asociar parámetros como la falta de recursos económicos o de solvencia con un determinado grupo étnico acentúa los prejuicios y estigmas sociales, y, nuevamente, en los procesos de contratación dichos colectivos pueden ver socavados sus derechos.

- Por último, resulta oportuno revelar los riesgos derivados de las nuevas tecnologías de reconocimiento facial y vigilancia, que permiten rastrear y controlar a determinados grupos demográficos. Este tipo de tecnologías, ampliamente utilizadas en controles de acceso, seguridad aeroportuaria, análisis forenses<sup>19</sup> y, cada vez más, en procesos de selección de personal, se encuentran forjadas de tal forma que identifican automáticamente a las personas en función de su geometría facial, lo que permitiría esbozar perfiles de personas sobre la base de motivos de discriminación como la raza, el color, el género, etc. Es decir, el algoritmo codifica automáticamente la imagen facial de una persona para compararla con los perfiles almacenados en el sistema y encontrar coincidencias, de tal forma que podría discriminar indirectamente al candidato por razón de su raza o etnia (De la Serna y Sáez, 2022, p. 2). Si bien existe todavía mucha incertidumbre acerca de cómo se va a aplicar e interpretar a nivel doctrinal y jurisprudencial el nuevo Reglamento en materia de IA, no podemos pasar por alto la prohibición del empleo de sistemas de reconocimiento facial contenida en el artículo 5.1 e): «se prohíbe el uso de sistemas de IA que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento

---

<sup>18</sup> Ciertamente, este precepto encuentra sus raíces en la Sentencia del Tribunal Distrito de La Haya (Rechtbank Den Haag) de 5 de febrero de 2020, en la que se cuestiona la licitud de un algoritmo (SyRI) que evalúa las características personales de los ciudadanos; concretamente, el riesgo de que cometan fraude en el campo de la Seguridad Social, Hacienda, etc. La decisión final del tribunal sostiene que, en el caso particular de SyRI, su implementación no ofrece garantías suficientes como para considerar que dicho sistema en concreto respeta el necesario juicio de proporcionalidad que debe superar toda injerencia en la privacidad de acuerdo con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; de ahí que en el nuevo Reglamento europeo en materia de IA se haya optado por esclarecer esta cuestión, calificando a los sistemas de IA de estas características como «de alto riesgo».

<sup>19</sup> En las referidas prácticas van a comenzar a imponerse restricciones muy significativas en lo que respecta al uso de sistemas de identificación biométrica en tiempo real; particularmente, cuando las prácticas se lleven a cabo para aplicaciones policiales o de orden público, si bien con excepciones (consúltese el título II del Reglamento europeo en materia de IA).

facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o de circuitos cerrados de televisión».

Para finalizar el presente epígrafe, realizaremos una breve síntesis de los sesgos discriminatorios por razón de discapacidad que pueden aflorar en el reclutamiento algorítmico. Tal y como comentábamos al principio del mismo, la Ley 15/2022, de 12 de julio, precisa en su artículo 6.1 a) el concepto de «discriminación directa», añadiendo que: «Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad». Bajo esta premisa, el precepto matiza que se deberán implementar las adaptaciones necesarias para proteger a las personas con discapacidad y facilitar su accesibilidad y participación, de tal forma que puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás. Esta garantía se encuentra igualmente recogida en el artículo 40 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre<sup>20</sup>, y en el artículo 15.2 de la Carta Social Europea revisada<sup>21</sup>, que compele a los Estados miembros firmantes<sup>22</sup> a promover el acceso al empleo de las personas discapacitadas mediante todas las medidas que incentiven a los empleadores a contratarlas y a amoldar las condiciones de trabajo a sus necesidades (Pérez Domínguez, 2022, p. 112). También encontramos en el artículo 5.1 b) del Reglamento de IA una flagrante prohibición de todos aquellos sistemas de IA que sean susceptibles de explotar:

[...] alguna de las vulnerabilidades de una persona derivadas de su edad o discapacidad, con el objetivo de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho grupo de un modo que provoque perjuicios considerables a esa persona o a otra.

No obstante lo anterior, la realidad práctica ha demostrado que resulta muy difícil implementar medidas eficaces y legítimas que faciliten la inserción de este colectivo en el ámbito laboral<sup>23</sup>. Este desafío se agrava en el seno del reclutamiento algorítmico, pues exige que las empresas tomen conciencia de la importancia de diseñar algoritmos equitativos y

<sup>20</sup> Que llama a los empresarios a adoptar las medidas pertinentes para la adaptación del puesto de trabajo en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, progresar a nivel profesional y acceder a la formación.

<sup>21</sup> Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE de 11 de junio de 2021).

<sup>22</sup> Entre ellos, España.

<sup>23</sup> Esta dificultad la experimentan sobre todo los más jóvenes en la búsqueda de su primer empleo, pues en muchas ocasiones siguen siendo injustamente discriminados por prejuicios no erradicados que asocian la discapacidad con la escasa productividad, dependencia o mayores costes para las empresas. En este sentido, diversos estudios realizados por la Fundación Adecco a jóvenes con certificado de discapacidad ponen de relieve que el 65 % de ellos se siente flagrantemente discriminado en su acceso al empleo. <https://fundacionadecco.org/azimut/65-los-jovenes-discapacidad-se-siente-doblemente-discriminado-acceso-al-empleo/>

que ofrezcan las mismas oportunidades a todos los candidatos, con independencia de sus circunstancias particulares. Tal y como ya hemos analizado, un algoritmo puede llegar a ser discriminatorio si los datos empleados para su entrenamiento contienen sesgos inherentes, pero también si el equipo de desarrollo del algoritmo carece de diversidad en términos de experiencia, perspectivas y antecedentes, o si se trata de optimizar el algoritmo para maximizar ciertos resultados<sup>24</sup> (ganancias, eficiencia, etc.). Al emplearse sistemas algorítmicos en un proceso de selección, tal discriminación puede llegar a evidenciarse por medio de las siguientes vías:

- Preguntas ilícitas: por ejemplo, que el sistema algorítmico pregunte al candidato en reiteradas ocasiones acerca de su discapacidad, si tales preguntas no están relacionadas con los requisitos del puesto.
- Falta de adaptaciones razonables: a saber, cuando una plataforma de reclutamiento en línea utiliza algoritmos para preseleccionar candidatos en función de determinados criterios, pero no proporciona opciones de accesibilidad para personas con discapacidades visuales o auditivas, como lectores de pantalla o formatos de texto alternativos (Wall, 2021). Ello supone, pues, una inmediata exclusión de estas personas del proceso de reclutamiento<sup>25</sup>.
- Pruebas de selección impertinentes: es decir, todas aquellas que no sean necesarias para evaluar las habilidades propias del puesto de trabajo, pero que excluyan a los candidatos con discapacidad debido a sus limitaciones.

A la luz de todo lo expuesto, merece ser objeto de examen la Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia de 31 de diciembre de 2020 (caso Deliveroo), en la cual se declaró discriminatorio el algoritmo *Frank* empleado por la empresa para determinar el *ranking* reputacional de los *riders*: dicho algoritmo establecía la prelación de personas trabajadoras a la hora de que estas pudieran reservar las sesiones de trabajo, en función de una serie de parámetros tales como la fiabilidad y la disponibilidad. El primero valora el número de veces en que una persona trabajadora no cumple con una sesión de trabajo previamente reservada; el segundo tiene en cuenta el número de ocasiones en que la persona trabajadora se encuentra disponible en los horarios de mayor demanda. Así pues, el tribunal verificó que tal sistema de puntuación generaba una discriminación indirecta hacia las personas

<sup>24</sup> Lo cual derivaría en una discriminación indirecta hacia ciertos colectivos.

<sup>25</sup> Debemos tener en cuenta que, generalmente, las personas con discapacidad se enfrentan a sustanciales problemas de accesibilidad al medio cibernético, por todas las dificultades que encuentran en los sitios web, en las herramientas y en las tecnologías que no están diseñadas y desarrolladas para que puedan usarlas sin mayor complicación. Esta brecha digital se pone de manifiesto, en particular, en los procesos de reclutamiento algorítmico, que en muchas ocasiones se llevan a cabo a través de medios digitales (Álvarez García, 2023, p. 32).

trabajadoras, pues el sistema algorítmico desincentivaba que estas pudieran ejercer su derecho de huelga o faltar de forma justificada al trabajo por causas médicas, tales como enfermedad, discapacidad, etc. (Pérez López, 2023, p. 201).

En vista de lo comentado, podemos afirmar que, si bien no se trata expresamente de un supuesto de discriminación en el acceso al empleo, sí constituye una actitud discriminatoria por parte de la empresa en las condiciones de trabajo, pues el algoritmo no solo impide el ejercicio por parte de las personas trabajadoras de sus derechos laborales esenciales (entre otros, la huelga), sino que también puede llegar a suscitar una discriminación indirecta hacia ciertos colectivos (personas que tengan mayor tendencia a enfermar, que tengan algún tipo de discapacidad y deban acudir a revisiones médicas con frecuencia, que de forma puntual tengan que llevar a cabo tareas de cuidado de un familiar, etc.)<sup>26</sup>. A propósito de esta sentencia, conviene tener presente que en el Reglamento europeo de IA se penaliza expresamente la utilización de sistemas de IA que evalúan o clasifican la fiabilidad de personas físicas durante un periodo determinado de tiempo atendiendo a su conducta social o a características personales o de su personalidad conocidas o predichas. Por ende, el reglamento trata de consolidar el precedente jurisprudencial que ya había fijado esta sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia. Los sistemas de estas características se consideran prácticas prohibidas de IA, cuyo incumplimiento conlleva aparejadas sanciones de gran calibre, contempladas en el título X, artículos 70 y siguientes, de la Ley de IA.

Teniendo presente todo lo expuesto, queda patente la necesidad de adoptar estrategias que posibiliten a las personas con discapacidad acceder cómodamente a las plataformas digitales y a los sistemas de IA, fomentando así su participación y reduciendo la brecha digital. Una de ellas podría ser la creación y el diseño de dispositivos inclusivos y amoldados a las capacidades de todos, implementando en los *softwares* los ajustes razonables necesarios para que las personas con discapacidad no se sientan discriminadas en el medio digital; y, especialmente, para que estas puedan participar en los procesos de selección llevados a cabo mediante algoritmos, que continúan siendo hoy en día fundamentalmente a través de medios digitales<sup>27</sup> (Álvarez García, 2023, p. 31).

<sup>26</sup> En este sentido, podemos afirmar que los referidos sesgos en la programación de la IA perpetúan discriminaciones ya existentes, pero también generan otras nuevas, lo cual nos obliga a permanecer alerta en todo momento, a fin de abordar de manera óptima y eficaz los escenarios discriminatorios que puedan emerger. Así lo conviene el Informe de la Organización Internacional del Trabajo aprobado en 2021, «Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo», que en su página 69 indica: «El uso de algoritmos puede, en algunos casos, exacerbar o amplificar sesgos preexistentes o crear otros nuevos».

<sup>27</sup> Algunos factores que explican la primacía de los medios digitales en el reclutamiento algorítmico son la accesibilidad global, la reducción de costes, la agilidad en el análisis de datos, etc. En la era de la digitalización del entorno laboral, este nuevo método de reclutamiento resultará cada vez más frecuente.

### 3. Comparativa entre la interpretación y puesta en práctica del derecho a la no discriminación en los procesos de selección algorítmicos vs. en otros escenarios jurídico-laborales. Análisis crítico

A fin de concluir con el análisis del impacto que ejercen los sistemas algorítmicos en los derechos fundamentales de los candidatos a lo largo del proceso de contratación, realizaremos una breve comparativa entre cómo se interpretan y aplican dichos derechos en los procesos de selección algorítmicos (centrándonos, particularmente, en el derecho a la no discriminación) y cómo se lleva a cabo esta misma dinámica en otros contextos y situaciones laborales que acontecen con frecuencia en el entorno empresarial; profundizando, de esta forma, en los desafíos reales y tangibles a los que nos enfrentamos en el seno de los procesos de reclutamiento algorítmico desde una perspectiva jurídico-laboral.

Primeramente, cabe recordar que, como ya hemos comentado anteriormente, es un derecho fundamental y esencial de las personas trabajadoras en todas sus vertientes a la luz de la CE, tal y como inferimos de su ostensible alcance y contenido técnico-jurídico: encontramos referencias del mismo en los artículos 1, 9.2, 14, 24.1 y 35.1 de la CE, entre otros. Además, el TC consagra en numerosas sentencias la prohibición de discriminación no solo directa, sino también indirecta, lo cual nos conduce a una gran certeza y seguridad jurídica en la mayor parte de escenarios laborales en que puedan acaecer contingencias o circunstancias discriminatorias. Resulta especialmente reseñable la STC 253/2004, de 22 de diciembre, ya que ilustra claramente la diferencia entre el principio de igualdad y el de no discriminación, y, al mismo tiempo, muestra un caso en que se ha producido una discriminación indirecta por razón de sexo.

En el supuesto, el TC resuelve una situación en la que a una trabajadora se le había denegado una prestación solicitada únicamente porque no pudo demostrar el periodo mínimo de cotización requerido por ley. Ello se debió a que, de acuerdo con el artículo 12.4.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en la redacción vigente en ese momento, tanto para estipular los periodos de cotización como para calcular la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, solo se debían tener en cuenta «exclusivamente las horas trabajadas» en los periodos en que se estuviera contratado a tiempo parcial. En esta sentencia, el tribunal emite un doble juicio: por un lado, declara que se viola el principio de igualdad, ya que, aunque pueda existir una justificación objetiva y razonable, no se respeta el principio de proporcionalidad al exigir a las personas trabajadoras a tiempo parcial periodos de actividad más prolongados para cumplir con los requisitos de acceso a las prestaciones. Por otro lado, se vulnera simultáneamente la prohibición de discriminación, ya que el sistema legal previsto constituye una discriminación indirecta por razón de sexo al ser mayoritariamente mujeres las que realizan una actividad a tiempo parcial (Nogueira Guastavino, 2012, p. 30).

Otra sentencia relevante en lo que respecta al derecho a la no discriminación, en este caso, aplicado al ámbito de los procesos de selección (tradicionales, sin intervención algorítmica alguna), es la del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 961/2017, de 25 de julio. En ella, el tribunal declara nulo un proceso de selección al considerar que la empresa había discriminado indirectamente a una candidata en la fase final, reconociendo su derecho a ocupar el puesto ofertado por la empresa.

En este sentido, la razón esgrimida por el tribunal radica en que el candidato y la candidata que llegaron a la selección final contaban con los mismos méritos y capacidades, si bien al encontrarse en una categoría profesional subrepresentada (tan solo el 41 % de las personas de dicha categoría eran mujeres), la compañía debería haber aplicado las medidas de igualdad contempladas en el artículo 37 de su propio convenio, optando así por seleccionar a la candidata con carácter prioritario frente al hombre. La sentencia enfatiza que: «Esta nueva forma de discriminar en nuestro siglo, indirecta y más sutil, se oculta muchas veces tras decisiones aparentemente neutras que discriminan por razones de género perpetuando por ejemplo la infrarepresentación de las mujeres en determinados puestos de trabajo».

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a la no discriminación también se pone de manifiesto en otras vertientes en contextos jurídico-laborales, tales como el origen racial o la discapacidad. En relación con esta última, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha recalcado en numerosas ocasiones que:

[...] el concepto de «ajustes razonables» debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las diferentes barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 11 de abril de 2013, asunto C-335/11, HK Danmark).

Además, el empresario queda obligado a adoptar las medidas adecuadas, eficaces y prácticas, para acondicionar el lugar y las condiciones de trabajo en función de la discapacidad, siempre y cuando tales medidas no le impongan una carga desproporcionada (en término de costes financieros, teniendo presente el tamaño de la empresa, el volumen total de negocios<sup>28</sup>, etc.).

Reflexionando sobre las sentencias examinadas, y sin pasar por alto otras muchas que han visto la luz en los últimos años en relación con esta materia<sup>29</sup>, podemos apreciar

<sup>28</sup> Así se establece en los incisos preliminares números 20 y 21 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.

<sup>29</sup> Véase, entre otras muchas, la STC 3/2007, de 15 de enero (también de gran interés en el ámbito de la discriminación indirecta).

visiblemente cómo la claridad interpretativa y el amparo dispensado por el TC en lo referente a la igualdad y no discriminación en diversos panoramas y cuestiones jurídico-laborales nos conduce a percibir y comprender una serie de directrices que nos permiten abordar óptimamente situaciones que involucran derechos laborales y constitucionales. Sin embargo, en el campo de los procesos de contratación algorítmica, existe todavía un vacío normativo y jurisprudencial que impide, en muchos sentidos, guiar y orientar a las compañías cuando se presentan casos de discriminación en cualquiera de las fases del proceso, debido a la existencia de sesgos algorítmicos que obstaculizan el desarrollo de un proceso selectivo justo, transparente, objetivo y honesto. Ante este escenario, y particularmente para prevenir los casos de discriminación indirecta<sup>30</sup>, resulta esencial desarrollar un entramado normativo que sea capaz de prevenir la eclosión de tales situaciones en el ámbito de contratación laboral, y dicho entramado deberá tomar como referencia, razonablemente, los parámetros ya anteriormente fijados por la jurisprudencia española y europea en esta materia, si bien extrapolándolos al seno de los procesos de selección por medio de algoritmos.

A modo de opinión particular, y sin perder de vista la complejidad y opacidad que caracteriza actualmente a los sistemas algorítmicos, resultará razonable que el nuevo entramado normativo en la materia priorice la rigurosidad y rigidez a la hora de catalogar las eventuales vulneraciones de derechos que puedan acaecer a lo largo de los procesos de contratación por medio de estas herramientas. Dicho de otra forma, el nuevo marco normativo deberá enfocar estos derechos fundamentales desde una óptica firme y restrictiva, con una política de tolerancia cero a la discriminación por cualquier causa o fundamento, y dispensar medidas de tutela a los afectados ante cualquier mínimo indicio o evidencia de discriminación que pueda producirse en el proceso de selección.

A fin de consolidar un marco normativo en el que prime una perspectiva rígida y severa, que no sea laxa ante transgresiones de derechos laborales esenciales amparándose en la opacidad de la red algorítmica, será esencial realizar pruebas exhaustivas de verificación y validación de los algoritmos, garantizando que no están sesgados y que no van a incurrir en ningún tipo de discriminación o exclusión arbitraria. Igualmente resultará imprescindible la realización de auditorías y evaluaciones regulares, que permitan controlar periódicamente la transparencia de los algoritmos y su adecuación a los estándares contemplados en el Reglamento europeo de IA. Por último, no debemos olvidar la importancia de concienciar y sensibilizar a los responsables de la toma de decisiones y los desarrolladores de algoritmos de los peligros y amenazas que entraña una incorrecta o abusiva utilización de las herramientas de contratación digitales, fomentando en cualquier caso el uso responsable y la supervisión humana.

---

<sup>30</sup> Que son los más susceptibles de aflorar en el empleo de sistemas algorítmicos, pues estos pueden utilizar variables correlacionadas con características protegidas para tomar decisiones, discriminando así a ciertos colectivos de manera inadvertida o indirecta.

## 4. Mecanismos de defensa y salvaguarda para los individuos afectados

### 4.1. Papel de la representación legal de las personas trabajadoras. Estudio del artículo 64.4 d) del ET

En vista de todos los potenciales sesgos discriminatorios que pueden aflorar en contextos de reclutamiento algorítmico, resulta oportuno abordar el papel de la representación legal de las personas trabajadoras a la hora de implantar el uso de sistemas algorítmicos en la empresa, y analizar su capacidad de negociación y diálogo en esta materia, pues pueden operar como un mecanismo de salvaguarda y protección de los derechos de los candidatos y, en general, de las personas trabajadoras de una empresa. Actualmente son pocos los convenios colectivos que efectivamente contienen alguna regulación sobre la IA, si bien se augura una creciente negociación en la materia en los próximos años, con la reciente aprobación de la nueva Ley de IA (Fernández Mejía, 2024).

En primer lugar, debemos recordar que todas las compañías, tengan o no representación legal de la plantilla, tienen que cumplir con su deber de información individual sobre las decisiones automatizadas sin intervención humana que afecten a las personas trabajadoras, las cuales están en posición de exigir tal información con base en los artículos 13.2 f), 14.2 g) y 15.1 h) del RGPD, en relación con su artículo 22. Adicionalmente, las empresas con representación legal de la plantilla deberán cumplir con la obligación de información colectiva, en el sentido del artículo 64.4 del ET. La redacción actual de dicho precepto viene dada por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre<sup>31</sup>, que introduce un nuevo apartado d) que establece:

4. El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a:

[...]

d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha señalado que la referencia conjunta a «parámetros, reglas e instrucciones» debe entenderse referida a la

---

<sup>31</sup> Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE de 29 de septiembre).

lógica, a las características de funcionamiento del algoritmo y a sus consecuencias. Dicho lo cual, la empresa deberá informar obligatoriamente acerca de la tipología de perfiles que elabora el algoritmo, las variables, reglas e instrucciones utilizadas, los parámetros empleados por el algoritmo para la toma de decisiones automatizadas, los datos de entrenamiento, las métricas de precisión o error en las tareas automatizadas de las personas en los distintos perfiles y las auditorías realizadas o la evaluación de impacto llevada a cabo por parte de la empresa<sup>32</sup>. Por añadidura, las compañías deberán notificar las concretas decisiones de gestión de personas que son tomadas mediante algoritmos, subsumiendo aquí las referidas a selección y contratación de personal; el tipo de tecnología empleada por el mismo; el concreto *software* o producto utilizado; y el grado de intervención humana cualificada en las decisiones adoptadas por medio de sistemas IA (Galdón Clavell *et al.*, 2022, p. 12).

Otra información fundamental que debe proporcionar la empresa es la relativa a las consecuencias que la decisión adoptada mediante algoritmos o sistemas de decisión automatizada puede tener sobre la persona, comunicando a la representación legal de las personas trabajadoras el posible impacto de dicha decisión en materia de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres (Zarza, 2022).

Habida cuenta de todos los mimbres que pivotan sobre este deber de información empresarial, brotan varias dudas: de un lado, conviene advertir del escaso número de empresas que cuentan con capacidad para desarrollar internamente su propio *software*, pues la mayoría se ven obligadas a operar conforme a productos adquiridos en el mercado, protegidos por las leyes de propiedad industrial e intelectual. Ante esta situación, resulta probable que, al menos parte de esa información, considerada como secreto empresarial (*know how* de la empresa), quede amparada por el artículo 1 de la Ley 1/2019, de secretos empresariales<sup>33</sup>. Ello podría erigirse como una barrera al deber por parte de la empresa de proporcionar ciertos datos acerca del programa utilizado, pues si bien se estipula como lícita la obtención de secretos empresariales por el legítimo derecho de la representación legal de las personas trabajadoras a ser informada y consultada<sup>34</sup>, se prevé una lógica resistencia empresarial a descomponer sus sistemas (Martínez, 2021). Dicho lo cual, será objeto de debate el análisis de las responsabilidades a las que queda expuesta la representación legal de la plantilla en caso de no mantener la confidencialidad profesional ante información de un gran valor económico; así como las responsabilidades contractuales que puede llegar a afrontar la empresa ante su proveedor de servicios de IA como resultado de la divulgación de datos esenciales de ese algoritmo.

<sup>32</sup> Para más información, consúltese la guía práctica rubricada «Información algorítmica en el ámbito laboral», publicada en mayo de 2022 por el Ministerio de Trabajo y Economía Social. Pese a estipular unas directrices que eran más que necesarias en el marco de los sistemas algorítmicos y de IA, no se debe perder de vista que dicho documento carece de naturaleza normativa.

<sup>33</sup> Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales (BOE de 21 de febrero).

<sup>34</sup> Véase el artículo 2 de la Ley 1/2019, rubricado «Obtención, utilización y revelación lícitas de secretos empresariales».

Si bien es cierto que la nueva Ley de IA articula alguna directriz respecto a la confidencialidad de la información empresarial, tampoco podemos extraer conclusiones muy firmes, pues tan solo señala de forma genérica en el artículo 78 que las autoridades nacionales y los organismos involucrados deberán respetar la confidencialidad de la información obtenida en el ejercicio de sus funciones, en particular en lo relativo a la información empresarial confidencial o los secretos comerciales de una persona física o jurídica. Será necesario un ulterior desarrollo jurisprudencial a fin de concretar si realmente los datos acerca del sistema algorítmico empleado por la compañía quedan amparados por el secreto empresarial o si, por el contrario, prima el derecho de la representación legal de las personas trabajadoras a ser informada al respecto siempre y en todo caso; resultará más probable que, en vista de lo estipulado en el Reglamento europeo de IA, prevalezca el segundo escenario.

De otro lado, se plantea la cuestión de si la obligación derivada del artículo 64.4 d) del ET podría llegar a exigir a las empresas la realización de una «auditoría algorítmica». No debería sorprender que, en la medida en que la transmisión de información en bruto bloquee el acceso a un mínimo nivel de transparencia sobre el funcionamiento del *software*, las compañías podrían estar obligadas a dar cuenta de los instrumentos de que se han provisto; ello colisionaría, nuevamente, con la información algorítmica que se encuentra blindada por la Ley de secretos empresariales (Beltrán de Heredia Ruiz, 2022).

Si bien la guía práctica aprobada por el Ministerio de Trabajo señaló que, con carácter general, no es obligatorio para las empresas la realización de dicha auditoría, el Reglamento europeo de IA contempla esta obligación en su anexo VII (inciso 5.3) para los proveedores de los sistemas de IA: prevé que el organismo notificado al respecto lleve a cabo auditorías periódicas para asegurarse de que el proveedor mantiene y aplica correctamente el sistema de gestión de la calidad, entregándole finalmente un informe de la auditoría. De hecho, en el seno de dichas auditorías, el organismo podrá efectuar más pruebas de los sistemas de IA para los que se hayan expedido certificados de la Unión de evaluación de la documentación técnica. La finalidad esencial de tales controles periódicos radica, por tanto, en asegurarse de que el proveedor cumple debidamente las condiciones del sistema de gestión de la calidad aprobado. Al margen de la controversia que suscita la realización de este tipo de auditorías periódicas, lo que está claro es que esta metodología de *compliance* algorítmica revela una mayor diligencia y compromiso en la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, como usuarias de los nuevos sistemas de IA.

El último interrogante que puede emerger del desglose del artículo 64.4 d) del ET es el relativo al plano temporal. Es decir, ¿con qué periodicidad debe la empresa notificar la referida información algorítmica?, ¿mensualmente?, ¿cada 6 meses?, ¿anualmente? La generalización que extraemos del precepto («con la periodicidad que proceda en cada caso») no basta para esclarecer en qué supuestos deberá exigirse una mayor periodicidad y en cuáles no. Resulta congruente pensar que, como mínimo, deberá informarse en el momento de la implantación del *software* y cuando se introduzca algún cambio que sea susceptible de modificar su funcionamiento, tal y como ya ha estipulado la guía práctica

sobre información algorítmica en el ámbito laboral publicada por el Ministerio de Trabajo. Sin embargo, y particularmente en los supuestos de instauración de algoritmos de aprendizaje profundo<sup>35</sup>, será frecuente que estos aprendan, cambien y evolucionen constantemente, viendo así perturbado su funcionamiento de forma vertiginosa; ello desencadenaría otro hándicap a la hora de determinar la periodicidad de la evaluación algorítmica de la empresa. Respecto a esta cuestión, el Reglamento europeo de IA tampoco clarifica el referido concepto de periodicidad, pues no invoca ninguna mención explícita a la periodicidad con que las revisiones y actualizaciones se deben comunicar a la representación de las personas trabajadoras. Debemos, pues, esperar a que se desarrolle jurisprudencialmente tal previsión.

El tenor normativo del artículo 64.4 d) se debe completar con el apartado 5 de este mismo precepto, que posee un particular interés teniendo en cuenta la temática de la presente investigación:

5. El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto.

Inferimos, pues, que la empresa tendrá que consultar e informar a la representación legal de las personas trabajadoras acerca de todas las decisiones que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la gestión de personas, la organización del trabajo y los contratos de trabajo.

Por otra parte, cabe traer a colación el artículo 10 de la Ley 15/2022, que contiene varias directrices relativas al acceso al empleo y contratación que deben ser tenidas en cuenta en el seno de la negociación colectiva. Por ejemplo, queda completamente prohibido que la negociación colectiva establezca cualquier tipo de limitación, segregación o exclusión para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección. Además, por medio de la negociación colectiva se podrán implementar medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley.

En esta línea, conviene referirnos brevemente al artículo 91 de la Ley 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que esboza una cláusula

---

<sup>35</sup> En este tipo de aprendizaje algorítmico se ven involucradas redes neuronales convolucionales, que no se ajustan en ningún caso a las reglas de «probabilidad». Al contrario, la arquitectura de la red tiene plena libertad para evolucionar por sí misma, generando grandes volúmenes de información y de predicciones muy precisas, por lo cual resulta mucho más difícil saber con exactitud cómo actúa internamente.

abierta: los convenios colectivos podrán articular garantías adicionales de los derechos relacionados con el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral. Si bien es cierto que el precepto no solventa el problema de la interpretación del artículo 64.4 d) del ET, sí que ofrece la posibilidad de reforzar las garantías digitales de las personas trabajadoras a través de la negociación colectiva<sup>36</sup>, previniendo y subsanando los eventuales atisbos de discriminación en el ámbito laboral y de acceso al empleo. En consecuencia, todas las empresas podrán hacer uso de esta herramienta para concretar, por ejemplo, la periodicidad de la evaluación de los sistemas algorítmicos, con la pretensión de garantizar que estos cumplen con los estándares éticos, legales y laborales (cada 6 meses/anualmente, etc.). También los sindicatos pueden negociar la provisión de formación, información y capacitación adecuadas para las personas trabajadoras sobre el funcionamiento de tales sistemas algorítmicos, así como sus derechos y responsabilidades en relación con estos nuevos sistemas IA<sup>37</sup>. A este respecto, cabe hacer referencia a la Guía para la negociación colectiva en materia de derechos digitales de Comisiones Obreras, que fue promulgada en 2021 a fin de proporcionar unas pautas básicas acerca del papel que debe desempeñar la negociación colectiva en relación con la utilización y el control de los sistemas algorítmicos en la empresa. Entre otras recomendaciones, resultan reseñables las siguientes:

- Crear un registro de algoritmos que especifique el tipo de algoritmos utilizados, sus funciones y posible repercusión laboral, al que tendrá acceso la representación legal de las personas trabajadoras.
- Limitar el uso de algoritmos en la gestión del empleo y de las relaciones laborales. Ello se podría verificar, por ejemplo, exigiendo el cumplimiento del principio de proporcionalidad y su triple test (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) para implementar dicha tecnología.
- Reforzar las garantías de las personas candidatas en los procesos de selección de personal frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, IA y, en particular, los previstos respecto del empleo de decisiones automatizadas.
- Prohibir el recurso de los algoritmos sin la supervisión humana para las decisiones de la compañía con repercusión sobre los candidatos a un empleo (Jalil Naji *et al.*, 2021).

<sup>36</sup> Tal y como ha quedado plasmado en el capítulo XVI del V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (dedicado a la transición tecnológica, digital y ecológica), «la negociación colectiva debe desempeñar un papel fundamental estableciendo criterios que garanticen un uso adecuado de la IA y sobre el desarrollo del deber de información periódica a la representación de los trabajadores».

<sup>37</sup> Ello se aplicaría, de igual manera, a los candidatos de un proceso de selección.

Finalmente, cabe plantearnos la cuestión de si existe una obligación legalmente consolidada de negociar el algoritmo con la representación legal de la plantilla. Pues bien, con carácter general, no existe tal obligación<sup>38</sup>, aun cuando es posible que el ET sea objeto de mejoras por la negociación colectiva, incorporando la obligación de la empresa no solo de informar, sino también de negociar con la representación de las personas trabajadoras las variables y parámetros del algoritmo que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimiento del empleo y la elaboración de perfiles<sup>39</sup> (Galdón Clavell *et al.*, 2022, p. 17).

## 4.2. Tutela judicial, responsabilidad y régimen sancionador

Además del papel que puede llegar a desempeñar la representación legal de las personas trabajadoras, resulta también esencial examinar los mecanismos de tutela judicial existentes para afrontar la eventual vulneración de derechos fundamentales por parte de herramientas de contratación de IA, pues son la principal estrategia de defensa de la que pueden hacer uso los candidatos. Actualmente, no encontramos demasiadas referencias en la normativa nacional<sup>40</sup> que vislumbren los pasos a seguir en caso de necesitar interponer una reclamación por la transgresión de un derecho fundamental en este tipo de supuestos, lo cual dificulta la tutela judicial efectiva<sup>41</sup> de la que todos los individuos deberían poder gozar sin ningún tipo de impedimento.

Primeramente, debemos partir de la premisa de que los eventuales incumplimientos en contextos de reclutamiento algorítmico serán susceptibles de generar consecuencias

---

<sup>38</sup> Tal y como extraemos de la guía práctica del Ministerio de Trabajo, ya anteriormente referida.

<sup>39</sup> También se contempla la opción de que el convenio pueda exigir realizar el test del uso responsable, en caso de que el uso de algoritmos sea susceptible de afectar al empleo.

<sup>40</sup> No encontramos ningún tipo de referencia a las garantías judiciales en contextos de reclutamiento algorítmico ni en la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) ni en la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. La única mención en esta última se encuentra en el artículo 16.1 c), si bien no hace alusión explícita al manejo de sistemas algorítmicos:

1. Son infracciones muy graves:

[...]

c) Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones.

<sup>41</sup> Recordemos que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental convenido en el artículo 24 de la CE y en el punto XXV de la Carta de los Derechos Digitales, que afirma que todas las personas tienen derecho a la tutela administrativa y judicial de sus derechos en los entornos digitales, y que los poderes públicos evaluarán las leyes administrativas y procesales vigentes a fin de examinar su adecuación al entorno digital y propondrán, en su caso, las reformas oportunas en garantía de los derechos digitales.

indemnizatorias desde una óptica resarcitoria (por la vulneración de uno o varios derechos fundamentales), y también sancionadora (desde un punto de vista administrativo, teniendo especialmente presente el régimen sancionador que precisamente prevé la nueva Ley de IA en su art. 99 y ss.). Esta doble óptica indemnizatoria se encuentra igualmente blindada por el inciso preliminar noveno de dicha ley, que contempla la posibilidad de seguir acudiendo a todos los derechos y vías de recurso que el derecho de la Unión confiere a todos aquellos individuos que puedan verse negativamente afectados por los sistemas de IA en uno u otro modo, entendiéndose, en cualquier caso, que el reglamento es un complemento al derecho vigente de la Unión. Y concretamente, en todo lo que respecta a reparación de posibles daños sufridos por los sujetos particulares, se deberá seguir atendiendo a lo dispuesto por la Directiva 85/374/CEE del Consejo<sup>42</sup>.

A fin de analizar este régimen sancionador desde un enfoque holístico, debemos tener presente que los sistemas de IA empleados en la contratación y selección de personal se encuentran calificados como «de alto riesgo», a la luz de lo establecido en el anexo III del Reglamento europeo de IA<sup>43</sup>. Ello implicará que los sujetos responsables en caso de desencadenarse incumplimientos podrán ser el fabricante, desarrollador del algoritmo (denominado «proveedor»<sup>44</sup>), y el empresario (como gestor de las relaciones laborales en la empresa y usuario de sistemas de IA)<sup>45</sup>. A continuación, abordaremos los supuestos de responsabilidad de ambos sujetos, las posibles vías judiciales de que disponen los individuos afectados para reclamar sus derechos y, finalmente, las sanciones que resultan aplicables a empresa y proveedor, dependiendo del supuesto.

En lo que respecta a la responsabilidad del proveedor, conviene aludir al inciso preliminar número 125 del Reglamento europeo de IA, que decreta: «el proveedor es quien, por norma general, debe llevar a cabo la evaluación de la conformidad de los sistemas de alto

<sup>42</sup> Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOUE de 7 de agosto de 1985).

<sup>43</sup> Además, tal y como dispone en su preámbulo, la iniciativa europea tiene como objetivo fundamental «evitar un efecto paralizante sobre el derecho a la libertad de expresión, y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como los derechos de defensa de los individuos», todo ello en el marco de los nuevos sistemas algorítmicos y de IA.

<sup>44</sup> En el inciso preliminar número 53 del proyecto reglamentario, se hace una especial mención a la responsabilidad del proveedor:

Conviene que una persona física o jurídica concreta, definida como el proveedor, asuma la responsabilidad asociada a la introducción en el mercado o puesta en servicio de un sistema de IA de alto riesgo, con independencia de si dicha persona física o jurídica es o no quien diseñó o desarrolló el sistema.

<sup>45</sup> El reglamento alude también en su capítulo III a las obligaciones de distribuidores e importadores (arts. 26 y 27), si bien lo hace de manera sucinta, sin hacer demasiado hincapié; atribuyendo, pues, la mayor parte de la responsabilidad al proveedor y, en menor medida, al usuario del sistema IA (en estos casos, la empresa).

riesgo bajo su propia responsabilidad». En este sentido, se disponen una serie de obligaciones para los proveedores en la sección tercera del capítulo III del reglamento (arts. 16 y ss.); resulta imprescindible hacer mención, entre otras, a la implantación y documentación de un sistema de gestión de riesgos, así como un sistema de gestión de calidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 17. Los proveedores deberán asegurarse de que los sistemas de IA de alto riesgo son sometidos al procedimiento de evaluación de la conformidad oportuno antes de su puesta en marcha o introducción en el mercado, adoptando las medidas correctoras necesarias si se percatan de que tal sistema no cumple con los requisitos establecidos en el capítulo II del reglamento. Y, por supuesto, notificarán a las autoridades nacionales los incumplimientos y riesgos que detecten y las acciones correctivas que se han emprendido en consecuencia.

En lo que respecta a la responsabilidad empresarial, podemos afirmar que, en los supuestos de sistemas algorítmicos empleados en la contratación de personal, la empresa asumirá el papel de «responsable del despliegue», por lo que tendrá atribuidas obligaciones tales como el control de datos de entrada en el sistema, vigilar su funcionamiento basándose en las instrucciones de uso (monitorización), guardar registros y cooperar con las autoridades cuando así proceda. En particular, la compañía deberá asegurarse de que el sistema en cuestión es supervisado por personas durante su uso que tengan la competencia, la formación y la autoridad necesarias para ello, a fin de minimizar los riesgos para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales (art. 26.2).

Además del control y la supervisión de los sistemas algorítmicos, debemos recordar que todas las empresas tienen la obligación de facilitar información sobre el uso de tales algoritmos y la toma de decisiones automatizadas a los candidatos de un proceso de selección y a las personas trabajadoras (con carácter previo al tratamiento de los datos), ex artículos 13.2 f), 14.2 g) y 15.1 h) del RGPD. Ello sumado a que todos los individuos tienen derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, al amparo del artículo 22.1 del RGPD. En este escenario, resulta evidente que, para poder reclamar la vulneración de sus derechos, los candidatos de un proceso de contratación deben tener consciencia de que están siendo evaluados por sistemas algorítmicos de estas características. Y, precisamente, se ha demostrado que una parte sustancial de las personas que participan en el proceso (en torno al 20-40 %<sup>46</sup>) no han sido advertidas acerca del empleo de algoritmos en la evaluación de sus perfiles. La *chief executive officer* (CEO) de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de Estados Unidos, Keith Sonderling, detalla: «Creo que una razón por la que no hemos visto más acciones o litigios privados en esta área se debe al hecho de que los candidatos no saben que están siendo calificados o evaluados por un ordenador» (Wall, 2021). Ello se convierte,

---

<sup>46</sup> Así lo han puesto de manifiesto diversos estudios, si bien es un porcentaje que puede variar según el tipo de industria, la transparencia de la empresa y la sensibilización de los candidatos sobre el uso de la tecnología en la contratación.

sin ninguna duda, en un claro hándicap a la hora de canalizar la interposición de demandas por violación de derechos fundamentales en el seno de la controversia.

Asimismo, podemos preguntarnos qué sucedería en caso de que la empresa se negara a proporcionar una explicación funcional en lenguaje común a la persona interesada que exigiera una explicación de por qué no ha sido seleccionada en el proceso, de tal forma que dicha persona pudiera entender bajo qué parámetros ha sido afectada por un modelo matemático de decisión<sup>47</sup>. Sobre esta cuestión versa la STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10, Galina Meister, en la cual el tribunal establece que si bien no existe un derecho a acceder a la información relativa a si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato, matiza que la negativa empresarial a facilitar esta información a aquel que reúne las condiciones enunciadas en el anuncio de contratación y cuya candidatura ha sido rechazada genera efectos en la tutela antidiscriminatoria. Ello debido a que la denegación puede considerarse un indicio de que la decisión empresarial se ha visto distorsionada por motivos discriminatorios. Por ende, en estos supuestos, el candidato podrá sin ninguna duda fundamentar una eventual demanda por discriminación algorítmica en el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo (Alameda Castillo, 2021, p. 44). No obstante lo cual, debemos recordar que subsiste una dificultad añadida a la hora de probar indicios discriminatorios en la decisión algorítmica, pues los procesos de decisión de estos algoritmos son opacos y muchas veces no es posible saber qué rasgos y qué factores han sido determinantes para el resultado ofrecido por el mecanismo automatizado. Ello dificulta, claro está, la tutela legal y judicial ante un eventual supuesto de discriminación algorítmica (Rivas Vallejo, 2022, p. 80).

Para finalizar el despliegue de obligaciones jurídico-sociales atribuibles a la empresa como sujeto, cabe realzar otra fundamental: el nombramiento de un delegado de protección de datos en los términos del artículo 34 de la Ley 3/2018 y del artículo 37 del RGPD. Esto es, existen diversas entidades que tienen el deber de designar a un profesional cualificado que actúe como interlocutor del encargado del tratamiento ante la AEPD y las autoridades autonómicas de protección de datos, siempre y cuando concurren determinadas circunstancias.

Compilando todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que, en supuestos de tutela frente a la discriminación o vulneración de un derecho fundamental<sup>48</sup> en contextos de

<sup>47</sup> El derecho de explicación del candidato no debe socavar, en la medida de lo posible, el secreto empresarial que protege al algoritmo.

<sup>48</sup> La exclusión del alcance de la jurisdicción social en estos casos queda patente en el artículo 2 f) de la LRJS, que establece el siguiente matiz:

Los órganos de la jurisdicción social [...] conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan:

[...]

f) Sobre tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a este, cuando la vulneración alegada tenga *conexión directa con la prestación de servicios*.

reclutamiento algorítmico, lo más pertinente será acudir al TC, presentando ante el mismo el correspondiente recurso de amparo contra la empresa en cuestión. Sin embargo, si los individuos detectan incumplimientos empresariales concernientes al control y la supervisión de los sistemas algorítmicos, razonablemente impugnarán tales incumplimientos vía jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como deducimos de lo dispuesto en el artículo 99 y siguientes del Reglamento europeo de IA, que decretan la imposición de multas administrativas a los sujetos transgresores (ya sea la empresa, el proveedor u otros órganos y organismos de la Unión).

Además, considerando lo dispuesto en la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA<sup>49</sup>, los candidatos del proceso de selección afectados deberán tener derecho a solicitar una indemnización adicional por los daños y perjuicios sufridos<sup>50</sup>, con cuantías que oscilan entre 1 y 2 millones de euros, con base en lo previsto en el artículo 5 de la resolución<sup>51</sup>. De hecho, encontramos algunas pautas más rigurosas acerca de cómo imputar la responsabilidad civil a la empresa en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial<sup>52</sup>. Por ejemplo, en el artículo 4 de la propuesta se establece que los órganos jurisdiccionales nacionales presumirán el nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos por el sistema de IA siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones. En este sentido, el artículo discierne entre las demandas por daños y perjuicios contra proveedores de sistemas de IA de alto riesgo y contra usuarios de sistemas de IA de alto riesgo, denotando particularidades en función de las obligaciones correspondientes a cada uno de ellos.

Como garantía judicial prevista a nivel nacional para personas trabajadoras y candidatas de procesos de reclutamiento algorítmico, a fin de que estas puedan hacer valer sus derechos frente a los incumplimientos empresariales, cabe destacar el mecanismo diseñado por la Ley 2/2023, de 20 de febrero: un canal interno de denuncia, cuya constitución resulta

---

De esta directriz normativa deducimos que no es posible alegar una violación de derechos fundamentales en los procesos de reclutamiento algorítmico y que esta quede subsumida en el ámbito de la jurisdicción social, pues acontece en una fase previa al inicio de la prestación laboral.

<sup>49</sup> No debemos olvidar que tal resolución carece de carácter vinculante, pues tan solo trata de esbozar una serie de recomendaciones para los Estados miembros en lo relativo a responsabilidad civil en materia de IA.

<sup>50</sup> El principio esencial acordado en la jurisprudencia es que la indemnización deberá ser en cualquier caso adecuada y proporcional al daño causado. Véase, para más información, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1999 (rec. 2085/1998).

<sup>51</sup> En caso de daños morales significativos que resulten en una pérdida económica comprobable o en daños a bienes, como podría ocurrir en escenarios de reclutamiento algorítmico, se indemnizará con un importe máximo de 1 millón de euros.

<sup>52</sup> Publicada el 28 de septiembre de 2022.

obligatoria en los supuestos especificados en el artículo 10 de la ley; este sistema interno de información tiene como misión principal posibilitar la comunicación de infracciones del derecho de la Unión Europea, así como acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. Será obligatorio para las personas físicas o jurídicas del sector privado que tengan contratadas 50 o más personas trabajadoras, así como para las personas jurídicas que actúen en el sector financiero o con obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, etc.<sup>53</sup> (Fernández y Hervás, 2023). Además, como hemos comentado, se trata de un canal interno que puede ser utilizado por cualquier persona trabajadora de la empresa, incluyendo las personas participantes en procesos de selección, tal y como inferimos de la exposición de motivos de la ley<sup>54</sup>. En el seno de los procesos de contratación, constituye una herramienta esencial para los candidatos, pues los habilita a denunciar todas aquellas infracciones en materia de protección de datos, vulneración de derechos fundamentales, situaciones de discriminación, etc., que puedan haber acaecido a lo largo del proceso (Pérez López, 2023, p. 198). A este respecto, y a fin de prevenir actuaciones abusivas por parte de la empresa, la ley recoge una serie de garantías y medidas de protección para todos aquellos sujetos que hagan uso de ese sistema de información, así como una prohibición de todos los actos que constituyan represalias contra los informantes<sup>55</sup>.

Finalmente, en lo que respecta a sanciones, debemos remitirnos al artículo 99 y siguientes de la Ley de IA, que estipula una serie de sanciones para proveedores y usuarios de sistemas IA que no se ciñan al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el reglamento. El referido precepto prevé multas administrativas que difieren en función de si el incumplimiento se ha producido en relación con una práctica prohibida de IA o si se ha producido en relación con un sistema de IA distinto de los mencionados en el artículo 5: en el primer caso, se fijan multas de hasta 35.000.000 de euros o, si el infractor es una empresa, de hasta el 7 % del volumen de negocio total anual mundial del ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior (apdo. tercero del precepto); en el segundo caso, se prevén multas de hasta 15.000.000 de euros o, si el infractor es una empresa, de hasta el 3 % de su volumen de negocios mundial total correspondiente al ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior (apdo. cuarto del precepto). Medidas sancionadoras similares se disponen en el artículo 83 del RGPD, apartados 2, 3, 4 y 5, lo cual demuestra una clara uniformidad legislativa en la materia.

<sup>53</sup> En ambos casos, previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras.

<sup>54</sup> En su exposición de motivos establece expresamente que la protección de la normativa se extiende a:

[...] todas aquellas personas que tienen vínculos profesionales o laborales con entidades tanto del sector público como del sector privado, aquellas que ya han finalizado su relación profesional, voluntarios, trabajadores en prácticas o en periodo de formación, y personas que participan en procesos de selección.

<sup>55</sup> Consúltese, para más información, los artículos 35 a 38 de la Ley 2/2023.

Además, en caso de que la empresa no cumpla con el mandato de designar a un delegado de protección de datos en los términos del artículo 34 de la Ley 3/2018 y del artículo 37 del RGPD, al ser una infracción grave, deberá afrontar una sanción consistente en 10 millones de euros, o una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía (art. 83.4 RGPD).

En definitiva, y teniendo en consideración todo lo examinado, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico clásico no está dotado, por el momento, de una plena eficacia y operatividad necesaria para hacer frente a las nuevas realidades tecnológicas, que escapan de las actuales construcciones jurídicas. Poco a poco se visualizan sutiles avances, con directrices sobre cómo abordar este nuevo panorama jurídico, tales como la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la IA, la nueva Ley europea en materia de IA o el anteproyecto de Ley para unas condiciones laborales transparentes y previsibles, pero todavía queda bastante camino por recorrer.

En vista del notable volumen, velocidad y variedad de datos empleados en cualquier proceso automatizado de contratación empresarial, cualquier sesgo introducido en el sistema magnificará y propagará rápidamente sus efectos, causando graves daños en detrimento de los candidatos afectados. Ante este escenario, resulta imprescindible inculcar valores morales y éticos a los sistemas de IA, especialmente en contextos de toma de decisiones con consecuencias importantes<sup>56</sup>, lo cual supone un reto considerable. Solo en la medida en que los investigadores y desarrolladores antepongan como prioridad las implicaciones éticas de las tecnologías de IA antes que la comodidad y practicidad que supone su implementación, lograremos evitar impactos sociales negativos y atenuar los efectos discriminatorios que pueden derivar de la aplicación de dichas tecnologías. Además, las todavía deficientes garantías judiciales existentes en la actualidad a la hora de lidiar con las decisiones automatizadas que emergen cada vez con más frecuencia en el ámbito de los procesos de contratación tampoco ayudan a proporcionar seguridad jurídica y fiabilidad; dos aspectos primordiales a la hora de incentivar la confianza poblacional en estos nuevos sistemas de IA.

## 5. Conclusiones

Tras haber analizado a lo largo de la presente investigación los múltiples desafíos y controversias que plantea actualmente el empleo de sistemas algorítmicos en los procesos de selección de personal, cabe concluir lo siguiente:

---

<sup>56</sup> Particularmente, en procesos de contratación de personal.

- Las herramientas de contratación digitales se postulan como una alternativa eficaz, precisa y equitativa a las técnicas tradicionales de selección de personal en las primeras fases del proceso, particularmente, en la fase de reclutamiento. Estos sistemas son valiosos a la hora de realizar los primeros cribados y filtrar currículums, pues permiten efectuar análisis predictivos más profundos y exhaustivos sobre los candidatos, ahorrando a las empresas tiempo y costes. En las fases finales del proceso de selección, sin embargo, resulta más apropiado apostar por la supervisión humana, pues tan solo los expertos y expertas en recursos humanos son capaces de interpretar y evaluar el lenguaje corporal, las habilidades de comunicación verbal y no verbal y, en general, la reacción del candidato ante determinadas situaciones únicas y excepcionales que requieren flexibilidad y dinamismo, y que son difícilmente evaluables por sistemas algorítmicos.
- Siempre que las empresas opten por utilizar herramientas de contratación algorítmica en sus procesos de selección, deberán asegurarse previamente de llevar a término un análisis minucioso de gestión de riesgos de dichas herramientas, a fin de identificar y corregir las potenciales tendencias discriminatorias que puedan aflorar a lo largo del proceso (por razón de sexo, raza, discapacidad, edad, etc.). Adicionalmente, a tenor del nuevo Reglamento europeo en materia de IA, y en vista de que los sistemas de IA empleados en la contratación y selección de personal son considerados como de alto riesgo, estas compañías deberán cumplir con un conjunto de obligaciones complementarias: controlar los datos de entrada en el sistema, vigilar su funcionamiento basándose en las instrucciones de uso, guardar registros o cooperar con las autoridades cuando así proceda. También deberán proporcionar a los candidatos del proceso, en caso de que lo soliciten, una explicación funcional y razonable acerca de por qué no han sido seleccionados, de tal forma que estén en disposición de entender bajo qué parámetros han sido afectados por un modelo matemático de decisión. Y, por supuesto, las empresas deberán nombrar a un delegado de protección de datos que actúe como interlocutor del encargado del tratamiento ante la AEPD.
- Teniendo presente lo anterior, y en vista de que tales garantías no impedirán, con frecuencia, la subsistencia de sesgos discriminatorios en los procesos de contratación algorítmica, resultará crucial dispensar un elenco de cauces legales y judiciales a las personas trabajadoras<sup>57</sup>, de tal forma que estas no queden indefensas ante la potencial vulneración de derechos fundamentales en que pueden incurrir los sistemas algorítmicos. Concretamente, se deberá realzar el papel de la representación legal de las personas trabajadoras, pues ostenta una gran influencia a la hora de exigir a la empresa información acerca de los parámetros, reglas e instrucciones sobre los que se cimientan los sistemas algorítmicos elegidos por la misma. También se deberá optimizar la dinámica de los mecanismos judiciales, a

<sup>57</sup> Incluyendo en este colectivo a los candidatos de los procesos de selección.

fin de que los individuos afectados puedan hacer valer sus derechos frente al tribunal competente en cada caso. En este sentido, debemos tener en cuenta que la jurisdicción competente diferirá en función de si ha existido vulneración de un derecho fundamental o si, por el contrario, se ha detectado un incumplimiento empresarial relativo al control y supervisión de las herramientas de contratación algorítmica.

- Atendiendo a todo lo comentado, resulta imprescindible enfatizar la importancia del Reglamento europeo de IA a nivel jurídico-laboral, pues forja un marco regulatorio integral a nivel europeo que permite: por un lado, clasificar los distintos sistemas de IA en función del riesgo que implican; por otro lado, fijar unos límites claros a fin de proteger los derechos fundamentales de los individuos y garantizar la confianza poblacional en esta nueva tecnología; y, finalmente, estipular una serie de obligaciones para los proveedores y usuarios de estos nuevos sistemas de IA, consolidando un marco de supervisión y aplicación por parte de las autoridades competentes en cada Estado miembro.
- En definitiva, podemos afirmar que la IA y los sistemas algorítmicos han venido para quedarse, y su utilización en los procesos de selección de personal por parte de las empresas será cada vez más habitual. Dado que se trata de una realidad jurídica novedosa, de gran alcance y envergadura, deberemos tomar medidas que permitan mantener un equilibrio entre la eficiencia tecnológica y el factor humano, minimizando los sesgos discriminatorios que puedan emerger en los procesos de contratación y, por supuesto, incentivando a las empresas a invertir en formación y adaptación continua que conduzca a aprovechar al máximo el potencial de los algoritmos en los referidos procesos.

## Referencias bibliográficas

Alameda Castillo, M. T. (2021). Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 159, 11-52.

Álvarez García, H. (2023). La discriminación algorítmica por razón de discapacidad. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 18, 15-39. <https://doi.org/10.46661/rev.int.pensampolit..8103>

Aránguez Sánchez, T. (2022). Sesgos sexistas de los algoritmos e inteligencia artificial. En

T. Aránguez Sánchez y O. Olariu (Coords.), *Algoritmos, teletrabajo y otros grandes temas del feminismo digital* (pp. 71-88). Dykinson.

Asquerino Lamparero, M. J. (10 de junio de 2022). Algoritmos, procesos de selección y reputación digital. Una mirada antidiscriminatoria. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos Retos del Mercado Laboral*. [https://grupo.us.es/iwpr/2022/06/10/algoritmos-procesos-de-seleccion-y-reputacion-digital-una-mirada-antidiscriminatoria/#\\_ftnref59](https://grupo.us.es/iwpr/2022/06/10/algoritmos-procesos-de-seleccion-y-reputacion-digital-una-mirada-antidiscriminatoria/#_ftnref59)

- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (1 de junio de 2022). Nadie da duros a cuatro pesetas (transparencia algorítmica y representantes de los trabajadores: el nuevo art. 64.4 d) ET). *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2022/06/01/nadie-da-duros-a-cuatro-pesetas-transparencia-algoritmica-y-representantes-de-los-trabajadores-el-nuevo-art-64-4-d-et/>
- Fernández, F. y Hervás, J. (2023). *Aspectos laborales de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. KPMG, Legal Alert. <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2023/02/legal-alert-aspectos-laborales-ley-2-2023-20-de-febrero.pdf>
- Fernández Mejía, T. (12 de abril de 2024). Reglamento de la inteligencia artificial y la negociación colectiva. *Audiolis*. <https://www.audiolis.com/blog/reglamento-inteligencia-artificial-negociacion-colectiva/>
- Galdón Clavell, G., Ginès i Fabrellas, A., Muñoz Ruiz, A. B., Sánchez Monedero, J. y Todolí Signes, A. (2022). *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*. Ministerio de Trabajo y Economía Social. [https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2022/100622-Guia\\_algoritmos.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2022/100622-Guia_algoritmos.pdf)
- Ginès i Fabrellas, A. (11 de mayo de 2022). ¿Por qué se hace necesario un debate sobre las decisiones de los algoritmos en el sector laboral? ESADE Do Better. <https://tekiosmag.com/2022/05/11/por-que-se-hace-necesario-un-debate-sobre-las-decisiones-de-los-algoritmos-en-el-sector-laboral-annagines-i-fabrellas-te-lo-cuenta/>
- Jalil Najj, M., Muñoz Ruiz, A. B. y Todolí Signes, A. (2021). *Guía para la negociación colectiva en materia de derechos digitales de CCOO*. <https://www.pv.ccoo.es/f5e225d35ddc46c32b466f06634138eb000053.pdf>
- Kleinberg, J., Lakkaraju, H., Leskovec, J., Ludwig, J. y Mullainathan, S. (2017). Human decisions and machine predictions. *The Quarterly Journal of Economics*, 133(1), 237-293. <https://doi.org/10.1093/qje/qjx032>
- Martínez, J. M. (10 de mayo de 2021). Algoritmos y representación legal de la plantilla. Del secreto empresarial... ¿a la cogobernanza? *Cuatrecasas. Blog de Derecho Laboral*. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/laboral/art/algoritmos-representacion-legal-plantilla-secreto-empresarial-cogobernanza>
- Mercader Uguina, J. R. (2022). *La gestión algorítmica del empleo. Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Nogueira Guastavino, M. (2012). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 25, 19-52. [https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/6170](https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/6170)
- Olarte Encabo, S. (2020). La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación. *Documentación Laboral*, 119, 79-98. [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N119/05-La-aplicación-de-la-inteligencia-artificial-a-los-procesos-de-selección-de-personal-y-ofertas-de-empleo-impacto-sobre-el-derecho-a-la-no-discriminación-\(Olarte-Encabo\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N119/05-La-aplicación-de-la-inteligencia-artificial-a-los-procesos-de-selección-de-personal-y-ofertas-de-empleo-impacto-sobre-el-derecho-a-la-no-discriminación-(Olarte-Encabo).pdf)
- ONTSI. (2023). *Uso de inteligencia artificial y big data en las empresas españolas*. [https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2023-02/Brújula\\_IA\\_Big\\_data\\_2023.pdf](https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2023-02/Brújula_IA_Big_data_2023.pdf)
- Pérez Domínguez, F. (2022). La prohibición de toda forma de discriminación en el empleo en la jurisprudencia del Comité Europeo

de Derechos Sociales derivada del procedimiento de reclamaciones colectivas. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 5, 109-147.

Pérez López, J. I. (2023). Inteligencia artificial y contratación laboral. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 7, 186-205. <https://doi.org/10.24310/rejls7202317557>

Rivas Vallejo, P. (2022). Sesgos de género en el uso de la inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 7(1), 52-83. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.04>

Rosàs, M. (6 de octubre de 2022). Algoritmos y discriminación de género en la selección de personal. *La Gestión Importa*. <http://lagestioimporta.cat/arees/algoritmos-y-discriminacion-de-genero-en-la-seleccion-de-personal/?lang=es>

Serna, C. de la y Sáez, J. (2022). *Inteligencia artificial, uso de algoritmos y sesgo étnico-racial. Impacto en la comunidad gitana*. Fundación Secretariado Gitano. <https://informesdiscriminacion.gitanos.org/a-fondo/inteligencia-artificial-uso-de-algoritmos-y-sesgo-étnico-racial-impacto-en-la-comunidad>

Wall, S. (26 de julio de 2021). La sutil discriminación de las IA de contratación contra la discapacidad. *MIT Technology Review*. <https://www.technologyreview.es//s/13562/la-sutil-discriminacion-de-las-ia-de-contratacion-contra-la-discapacidad>

Zarza, R. (13 de junio de 2022). *El Ministerio de Trabajo interpreta el alcance de las obligaciones empresariales de información sobre el uso de algoritmos*. Garrigues. [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/ministerio-trabajo-interpreta-alcance-obligaciones-empresariales-informacion-uso-algoritmos](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/ministerio-trabajo-interpreta-alcance-obligaciones-empresariales-informacion-uso-algoritmos)

# ¿Y ahora qué hacemos con el indefinido no fijo? Reacciones tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22

**Sara Rico Letosa**

*Profesora titular de Escuela Universitaria.  
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Zaragoza (España)*  
srico@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0002-6458-3685>

## Extracto

A pesar de los esfuerzos de la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, la trasposición a nuestro ordenamiento interno del contenido de la Directiva 1999/70/CE sigue siendo insuficiente en el ámbito del empleo público. Y esa carencia de medidas equivalentes a las contenidas en la cláusula 5 de la citada directiva es precisamente lo que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 reprocha a nuestro país. Descarta como medida adecuada la conversión del trabajador temporal, que ha sufrido el uso abusivo y sucesivo de la temporalidad, en indefinido no fijo, porque mantiene su situación de precariedad e irregularidad. Ni la celebración de procesos de estabilización, ni el abono de una compensación de 20 días de salario, ni la exigencia de responsabilidades, tal como están diseñadas en dicha norma, parecen cumplir los requisitos de ser medidas sancionadoras, disuasoras, resarcidoras y preventivas. Sin embargo, a falta de medidas equivalentes en el derecho nacional, considera medida adecuada la conversión automática de esos contratos temporales en fijos, quedando en manos de los tribunales españoles la aplicación de la misma. No obstante, la aplicación de esta medida se encuentra con la oposición de doctrina y jurisprudencia, porque pone en entredicho la aplicación de los principios constitucionales de acceso al empleo público. Es necesario que el legislador se ponga manos a la obra y dé solución a esta situación de inseguridad en la que su inacción nos coloca.

**Palabras clave:** empleo público temporal; igualdad, mérito y capacidad; indefinido no fijo; fijeza; trasposición Directiva 1999/70/CE.

Recibido: 16-05-2024 / Aceptado: 12-09-2024 / Publicado (en avance online): 03-10-2024

**Cómo citar:** Rico Letosa, S. (2024). ¿Y ahora qué hacemos con el indefinido no fijo? Reacciones tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 83-113. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22317>



# What should we do with the permanent non-regular? The reactions that are taking place following the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 February 2024, concerning cases C-59/22, C-110/22, and C-159/22

**Sara Rico Letosa**

*Senior lecturer in Labour and Social Security Law.*

*University of Zaragoza (Spain)*

srico@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0002-6458-3685>

## Abstract

Despite the efforts of Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, the transposition into our domestic law of the content of Directive 1999/70/EC remains insufficient in the field of public employment. And this lack of measures equivalent to those contained in clause 5 of the aforementioned directive is precisely what the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 February 2024 reproaches our country. It excludes as an appropriate measure the conversion of the temporary worker, who has suffered the abusive and successive use of the temporary use, into permanent non-regular, because he maintains his situation of precariousness and irregularity. Neither the holding of stabilization processes, nor the payment of compensation of 20 days' salary, nor the requirement of responsibilities, as designed in that standard, appear to meet the requirements of being sanctions measures, deterrents, compensators and preventive. The Spanish courts have the authority to convert these temporary contracts into fixed contracts automatically, which is considered an appropriate measure in the absence of equivalent measures in national law. The application of this measure is being opposed by doctrine and jurisprudence because it questions the application of the constitutional principles of access to public employment. The legislator must address the insecurity situation caused by his inaction and get to work to resolve it.

**Keywords:** temporary public employment; equality, merit, and ability; permanent non-regular; fixer worker; transposition Directive 1999/70/EC.

Received: 16-05-2024 / Accepted: 12-09-2024 / Published (online preview): 03-10-2024

**Citation:** Rico Letosa, S. (2024). What should we do with the permanent non-regular? The reactions that are taking place following the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 February 2024, concerning cases C-59/22, C-110/22, and C-159/22. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 83-113. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22317>



## Sumario

1. Introducción
  2. Igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral: aproximación a la cuestión
  3. Un paso decidido para la reducción de la temporalidad, pero una trasposición aún insuficiente de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE
  4. El penúltimo capítulo, por el momento, de la serie del trabajador indefinido no fijo
  5. ¿Y ahora qué?
    - 5.1. La fijeza no puede ser la solución
    - 5.2. Medidas alternativas y adecuadas a la cláusula 5
      - 5.2.1. Abono de indemnizaciones
      - 5.2.2. Convocatoria de procesos de estabilización
      - 5.2.3. Exigencia de responsabilidades
    - 5.3. ¿Fijeza automática como solución?
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

El régimen jurídico de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, fruto de la elaboración jurisprudencial, ya que es prácticamente inexistente a nivel normativo, presenta escollos nada fáciles de abordar, en particular, su falta de conformidad con el contenido de la Directiva 1999/70/CE (en adelante, la Directiva). Tras las sucesivas reprimendas de las instituciones europeas al Estado español, se van ofreciendo respuestas que, hasta ahora, han resultado insuficientes para abordar la complejidad de esta problemática figura.

En estas líneas se revisan los posibles efectos para la figura del trabajador no fijo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22 –MP vs. Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid–, C-110/22 –IP vs. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)– y C-159/22 –IK vs. Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid<sup>1</sup>–. Muchos de los aspectos que plantea no son novedosos, porque aparecían dispersos en su jurisprudencia anterior, pero sí lo es que abra puertas a nuevos interrogantes para los que nuestro ordenamiento sigue sin tener solución.

Hablar de indefinidos no fijos es hacerlo del uso abusivo o irregular de la temporalidad por el empleador Administración pública y de la imprescindible y compleja conciliación entre los principios de acceso al empleo público del derecho administrativo y el derecho a la estabilidad en el empleo del derecho del trabajo. Con esta STJUE se añade una nueva pieza al complejo tablero de juego del indefinido no fijo al plantearse la primacía del derecho de la Unión Europea (UE) sobre nuestra carta magna.

Dejando interesantes cuestiones prejudiciales sin responder, por considerarlas formalmente inadmisibles –y que invitan al planteamiento de otras futuras–, lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) le está recriminando a España es que sigue careciendo de medidas adecuadas para prevenir, disuadir y sancionar la utilización abusiva sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y que la conversión en fijos podría ser una medida adecuada.

---

<sup>1</sup> Tras la STJUE de 22 de febrero de 2024, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Madrid de 10 de abril de 2024 (núms. 317/2024, 318/2024 y 319/2024) resuelven los litigios origen de la cuestión prejudicial.

Antes de abordar estos aspectos, conviene no olvidar que el TJUE no es un intérprete del derecho interno español y que el juez nacional no es sino el juez comunitario encargado de aplicar el derecho de la UE. Es por ello por lo que le corresponde resolver los conflictos que se planteen en su aplicación, pudiendo recurrir al planteamiento de cuestión prejudicial para solicitarle al TJUE que precise una cuestión de interpretación del derecho de la Unión, a fin de poder comprobar la conformidad de la normativa nacional con este derecho y garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación europea, evitando interpretaciones divergentes en los distintos Estados. La respuesta ofrecida por el TJUE se produce en función del contenido de las cuestiones prejudiciales que se le plantean por los órganos jurisdiccionales nacionales remitentes. Y una vez más, en este caso, la solución del TJUE ha podido venir «orientada» (Terradillos Ormaetxea, 2024) por el meditado guion de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid remitente.

## 2. Igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral: aproximación a la cuestión

Como expresamente exige el artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público, tanto funcional como laboral, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el EBEP y en el resto del ordenamiento jurídico. Especial hincapié se hace en el caso del acceso al empleo público del personal laboral, pues, además, el artículo 11.3 del EBEP insiste en recordar esos mismos principios. Y, si de personal laboral temporal se trata, a los anteriores, añade el principio de celeridad, puesto que su contratación obedece a la atención de razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

La exigencia de estos principios en los procesos selectivos es congruente con la existencia de una Administración pública que sirve a los intereses generales con objetividad y eficacia (art. 103.1 Constitución española –CE–). Una Administración así es imprescindible para la realización de ese Estado social y democrático de derecho que nuestro país declara ser (art. 1 CE). Por ello, cuál sea el sistema de acceso al empleo público se convierte en pieza esencial para el cumplimiento de los mandatos constitucionales. Si la igualdad es un derecho fundamental de todos los ciudadanos, debe exigirse su respeto cuando de acceder al empleo público se trata. Si se pretende la objetividad y la eficacia en el servicio público, la selección de los empleados públicos a través de procesos imparciales habrá de guiarse por criterios de mérito y capacidad para captar a los mejores candidatos posibles. Es por ello por lo que la presencia de estos principios en los procesos selectivos de los empleados públicos previene del nepotismo y apuntala la neutralidad y la imparcialidad con las que debe regirse un Estado social y democrático de derecho (Ramos Moragues, 2011, p. 122).

Estos principios, que la ley exige en el acceso al empleo público, tienen un fundamento constitucional. En el caso de los funcionarios es el artículo 23.2 de la CE el que reconoce el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes; y el artículo 103.3 de la CE es el que encomienda a la ley la regulación del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. No obstante, se ha debatido cuál sea el concreto precepto constitucional que los fundamenta cuando se trata de la selección de personal laboral, puesto que la redacción literal de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE se refiere a la «función pública», pero no contiene referencia expresa alguna para el personal laboral. El escollo podría salvarse con una lectura generosa de la expresión «función pública» como equivalente a «empleo público», con lo cual quedarían incluidos los empleados públicos laborales (Ramos Moragues, 2011, p. 121). Sin embargo, tanto la UE como nuestro Tribunal Constitucional (TC)<sup>2</sup> dejan claro su apuesta por un concepto restringido de la expresión «función pública»<sup>3</sup>.

Nuestro TC considera que el artículo 23.2 de la CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, sin llegar a proyectarse este derecho fundamental sobre el personal laboral. No siendo aplicable el artículo 23.2 de la CE al personal laboral, la solución pasa por que la exigencia del principio de igualdad en el sistema de acceso al empleo público para este colectivo se deduzca del genérico derecho de igualdad del artículo 14 de la CE del que el derecho al acceso a la función pública sería una concreción<sup>4</sup>. En suma, bien a partir del artículo 23.2 de la CE o del artículo 14 de la CE, la igualdad estaría garantizada en el acceso con independencia del carácter funcional o laboral del personal afectado<sup>5</sup>.

Para el personal funcionario, el artículo 23.2 de la CE se conecta con el artículo 103.3 de la CE, y a la igualdad añade la exigencia de mérito y capacidad. En cuanto al anclaje constitucional del requerimiento de estos dos principios en el acceso al empleo público del personal laboral puede sostenerse que, si el artículo 23.2 de la CE está vinculado con el artículo 103.3 de la CE y es una concreción del genérico artículo 14 de la CE, este último también tiene que estar conectado con el artículo 103.3 de la CE (Roqueta Buj, 2019, p. 198; Vivero Serrano, 2009, p. 44). Con este razonamiento, toda la doctrina del TC sobre el artículo 103.3 de la CE sería aplicable al acceso al empleo público laboral. Incluso optando por un concepto restringido de función pública, la igualdad, mérito y capacidad en

<sup>2</sup> Son únicamente las llevadas a cabo por funcionarios públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 86/2004, de 28 de mayo).

<sup>3</sup> Por ejemplo, SSTJUE de 12 de febrero de 1974, asunto C-152/73, Sotgiu; 10 de septiembre de 2014, asunto C-270/2013, Haralambidis.

<sup>4</sup> SSTC 281/1993, de 27 de septiembre; 86/2004, de 10 de mayo; 128/2007, de 4 de junio.

<sup>5</sup> Las garantías que el artículo 23.2 de la CE dispensa a quienes acceden a las funciones públicas a través de una relación de servicio con la Administración pública de carácter estatutario se garantizan al personal laboral por el artículo 14 de la CE (STC 236/2015, de 19 de noviembre).

el acceso al empleo público laboral podría deducirse de los artículos 103.1 y 9.3 de la CE, esto es, con base en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Ramos Moragues, 2011, p. 123).

Para el Tribunal Supremo (TS), los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la CE son aplicables en la selección de los empleados públicos, tanto funcionarios como laborales, y, de estos últimos, sin distinguir entre fijos, indefinidos o temporales<sup>6</sup>. Argumenta que, por participar en el ejercicio de funciones públicas, aun de manera limitada, la selección del empleado público, al margen de sus peculiaridades, debe ser coherente con lo que es vocación de las Administraciones públicas: servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), y consecuencia de ello es que sus empleados sean seleccionados según criterios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 en relación con el art. 23.2 CE)<sup>7</sup>.

No obstante, la jurisprudencia admite divergencias entre el proceso de selección de empleados públicos permanentes y temporales<sup>8</sup>. Pese a que la participación en estos procesos se haga en régimen de libre concurrencia, el hecho de que el puesto de trabajo ofertado tenga una duración limitada en el tiempo puede ser un factor que desincentive a muchos ciudadanos, sobradamente capacitados, para optar al mismo. Asimismo, la demanda de celeridad, por la necesidad y urgencia para cubrir ese puesto de trabajo temporal, influye en los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los candidatos y así, aun cuando la selección del personal temporal debe respetar estos condicionamientos constitucionales de la actuación administrativa, y por ello producirse con respeto total a los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad, se exige menos rigor en la selección dado que con la misma se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, no susceptibles de cobertura previamente planificada (Vivero Serrano, 2009, p. 148).

### **3. Un paso decidido para la reducción de la temporalidad, pero una trasposición aún insuficiente de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE**

A estas alturas de la «película» sobra enumerar los motivos del exceso de temporalidad en nuestro mercado de trabajo, especial y dolorosamente elevada en el sector público. Situación que intenta atajarse a través de la publicación simultánea de dos normas que, a modo de maniobra envolvente, pretenden reducir drásticamente la temporalidad y evitar sus abusos,

<sup>6</sup> Por otras, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 18 de marzo de 1991 y de 12 de febrero de 2009.

<sup>7</sup> Por otras, *vid.* STS de 18 de marzo de 1998 (rec. 317/1997) y STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de julio de 2023 (rec. 7815/2020).

<sup>8</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de septiembre de 2002 (rec. 2738/1998) y STS de 25 de noviembre de 2021 (rec. 2337/2020).

tanto en el sector privado como en el público, intentando implantar las bases de lo que ha de ser una nueva cultura de nuestro mercado de trabajo (Terradillos Ormaetxea, 2024). Dejaremos a un lado 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, y nos centraremos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, destinada específicamente al empleo público temporal, tanto funcional como laboral. Las medidas introducidas por esta norma quieren responder a las demandas de las instituciones europeas para reducir la tasa de temporalidad, instaurar medidas efectivas y contundentes que disuadan y, en su caso, sancionar de forma clara el abuso de la temporalidad, dando así trasposición a la Directiva 1999/70/CE, en particular a su cláusula 5.

La Ley 20/2021, sin negar la necesidad de cierto volumen de empleo temporal en la Administración pública, y siempre que responda a razones objetivas, se plantea limitar la temporalidad a un 8 % de las plazas estructurales. Para conseguir este objetivo, entre otras novedades, incorpora la disposición adicional decimoséptima del EBEP que contiene distintas medidas para controlar la temporalidad en el empleo público, si bien, inexplicable y lamentablemente (Campos Daroca y Zafra Mata, 2022, p. 130), únicamente van a poder aplicarse hacia el futuro, esto es, a los empleados públicos laborales contratados o nombrados temporalmente tras la entrada en vigor de la Ley 20/2021 (disp. trans. segunda Ley 20/2021). Estas medidas pretenden ser sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, aunque no son suficientes para cumplir los objetivos que pretenden, quedándose, en muchos casos, en meras declaraciones programáticas de dudosa aplicación en la práctica.

Entre estas previsiones cabe destacar la obligación de las Administraciones públicas de evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y nombramientos de personal funcionario interino; la nulidad de pleno derecho de todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia como personal temporal; un régimen de compensaciones aplicable a funcionarios interinos y a laborales temporales en los supuestos de incumplimiento de estos plazos; y la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas.

En relación con estas últimas, y sin detenernos en otros antecedentes<sup>9</sup>, la disposición adicional decimoséptima.1 del EBEP hace responsables a las Administraciones públicas del cumplimiento de las previsiones sobre empleo temporal previstas en el EBEP y, en especial, les encomienda velar para evitar cualquier tipo de irregularidad. Y, a renglón seguido, la adicional decimoséptima.2 del EBEP dispone que las actuaciones irregulares en esta

---

<sup>9</sup> Como la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para 2017, o la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018.

materia por parte de los responsables públicos darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas.

Parte de la doctrina agradece el gesto del legislador, porque parece mostrar una actitud menos tolerante con la sistemática vulneración de las normas sobre selección y mantenimiento de la condición de empleado público temporal por muchas de nuestras Administraciones públicas (García Viña, 2022, p. 140). Mayoritariamente, sin embargo, las reacciones a estas medidas no son tan positivas y se entiende que son poco menos que papel mojado (Perchín Benito, 2022; Sala Franco, 2022, p. 65). Y es que pocas novedades cabe extraer de la lectura de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional decimoséptima del EBEP. En definitiva, lo que se le recuerda en este precepto a la Administración pública empleadora no es otra cosa que su obligación de cumplir con la normativa vigente en materia de contratación, igual que se le reclamaría a cualquier otro empresario para el que se presten servicios bajo dependencia y por cuenta ajena. Tratándose de la Administración pública, este recordatorio es superfluo, porque por imperativo constitucional la Administración siempre debería actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE), lo que incluye la legislación laboral y la normativa vigente en materia de acceso y permanencia en el empleo público.

Dado que su actividad ha de someterse al principio de legalidad, la Administración pública debería ser un empresario modelo y distinguirse por una actuación especialmente pulcra en esta materia. No obstante, el legislador parece que insiste en presuponer lo contrario, ya que le exige velar por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y en los nombramientos de personal funcionario interino. Y, a consecuencia de lo anterior, advertidas irregularidades en el cumplimiento de estas normas, estas darán lugar a las responsabilidades que procedan. Y aquí la norma se manifiesta tremendamente hueca y abierta, porque habla de «actuaciones irregulares» y de «cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino» no llegando a precisar qué actuación justificaría la exigencia de responsabilidad, ni a concretar a quién demandar estas responsabilidades ni el tipo de responsabilidad en la que podría incurrirse, remitiendo a la normativa vigente en cada Administración pública.

Aunque no se trata de una técnica novedosa para reducir a corto plazo la temporalidad en el empleo público<sup>10</sup>, otra de las grandes aportaciones de esta ley es la disposición de procesos de estabilización del empleo temporal, medida que, a diferencia de las anteriores, produciría efectos hacia el pasado y con la que se quiere paliar de manera inmediata la temporalidad ya existente. Con la Ley 20/2021 se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de las plazas de naturaleza estructural que, dotadas

---

<sup>10</sup> Pueden mencionarse precedentes como la disposición transitoria cuarta del EBEP o los procesos regulados en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017, y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018.

presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2020. Entre las mismas han de incluirse las plazas ocupadas por personal indefinido no fijo, decretado así por sentencia judicial firme<sup>11</sup>. Como urge comenzar a luchar contra la temporalidad, estos procesos deben finalizar antes del 31 de diciembre de 2024. Y para que las Administraciones públicas aseguren el cumplimiento de los plazos de ejecución se proponen medidas para agilizar su desarrollo, tales como la reducción de plazos, la digitalización de los procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio (disp. adic. cuarta Ley 20/2021). El sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un 40 % de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en fase de oposición (art. 2 Ley 20/2021).

A este se añade otro proceso de estabilización de carácter excepcional, del que se recalca se realizará una sola vez, cuyo proceso selectivo será el concurso y que habrá de incluir aquellas plazas ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016 (disp. adic. sexta Ley 20/2021). Sin embargo, poco después, el artículo 217 del Real Decreto-Ley 5/2023 autoriza un nuevo proceso de estabilización recurriendo de nuevo a esta medida, ya clásica en nuestro empleo público –por lo que, probablemente, no será el último– cuando de adelgazar radicalmente las tasas de temporalidad se trata.

Por si hubiera dudas, la propia exposición de motivos de la Ley 20/2021 se esfuerza en subrayar que en estos procesos de estabilización se garantizarán los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, con lo que trata de conciliar su cumplimiento con el efecto útil de la Directiva. Intenta justificarse trayendo a colación la doctrina del TC sobre el principio de igualdad en el acceso a los cargos y empleos públicos (art. 23.2 CE), que únicamente puede ser exceptuada por razones excepcionales y objetivas. Además, este acceso ha de ordenarse de manera igualitaria en la convocatoria mediante normas abstractas y generales con el fin de preservar la igualdad ante la ley de la ciudadanía, lo que obliga al legislador y a la Administración a elegir reglas fundadas en criterios objetivos y presididos por los cánones de mérito y capacidad que el artículo 103.3 de la CE dispone. Que se trate de una situación excepcional; que se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional, y que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango legal, son las condiciones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, han de darse para que no quepa apreciar infracción alguna del principio de igualdad de acceso a cargos y empleos públicos del artículo 23.2 de la CE.

---

<sup>11</sup> Incluidos por Resolución de la Secretaría General de la Función Pública sobre las orientaciones referidas a la ejecución de los procesos de estabilización del empleo temporal derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. También incluidos los profesores de religión (Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 31 de Barcelona de 21 de marzo de 2024).

Mayoritariamente, el intento de justificación de estos procesos no convence a la doctrina (Marín Alonso, 2022, p. 138) que duda de que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad (Cabeza Pereiro, 2023, p. 154). Pese a la literalidad de la norma, que se refiere al acceso libre y a la estabilización de «plazas», es previsible que estas indicaciones sobre el sistema de selección vayan a favorecer a aquellos empleados temporales que ya prestan servicios en la Administración pública. Se corre el riesgo de bordear el principio de igualdad priorizando mérito sobre capacidad, desnaturalizando estos principios y desprofesionalizando el empleo público (Baquero Aguilar, 2022a, p. 236), perjudicando a quienes pretendan el acceso por turno libre y creando un posible agravio comparativo con quienes accedieron a su empleo en la Administración pública tras someterse a procesos selectivos plenamente respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad (Baquero Aguilar, 2022b). Aunque, en contra, cabría argumentar que los potenciales beneficiarios de estos procesos «suaves» han sufrido largo tiempo las irregularidades o abusos de su Administración empleadora, que no ha convocado los oportunos procesos selectivos, y que podrían ser objeto de una discriminación indirecta por edad cuando pretendan acceder a un puesto fijo (Cabeza Pereiro, 2023, p. 160).

Esta norma piensa, asimismo, en la posibilidad de que el personal temporal que, estando en activo como tal, vea finalizada su relación con la Administración por no superar dichos procesos selectivos de estabilización. Y así prevé una compensación económica equivalente a 20 días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año, hasta un máximo de 12 mensualidades (art. 2.6 Ley 20/2021). Sin embargo, deja muy claro que la no participación en el proceso de los empleados temporales no da lugar a compensación económica en ningún caso, lo que se ha entendido que podría no ser muy conforme con el contenido de la Directiva 1999/70/CE. Por otra parte, las convocatorias de dichos procesos podrán prever la inclusión en bolsas de personal temporal específicas, o su integración en las ya existentes, de aquellos candidatos que, habiendo participado en el proceso selectivo y no habiendo superado este, hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente (disp. adic. cuarta Ley 20/2021). Medida que, no obstante, los situaría de nuevo en la temporalidad (Terradillos Ormaetxea, 2024).

#### 4. El penúltimo capítulo, por el momento, de la serie del trabajador indefinido no fijo

La STJUE de 22 de febrero de 2024 contesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Madrid en relación con tres litigios que tienen por protagonista al trabajador indefinido no fijo. Con ella se llega al penúltimo capítulo de esta interminable saga jurisprudencial a la que nos tiene abocados la inacción del legislador. La, por ahora, última sentencia del TJUE sobre el tema convierte a la figura del indefinido no fijo en «*trending topic*» y plantea múltiples interrogantes que son buena muestra de la insuficiente trasposición de la cláusula 5 de la Directiva a nuestra normativa de contratación laboral temporal en su aplicación al ámbito del empleo público.

Para poder beneficiarse de la protección de la mencionada cláusula 5 es preciso hallarse ante un trabajador con contrato de duración determinada que experimenta una situación abusiva consecuencia de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Por ello, lo primero que hace esta sentencia es comprobar si el trabajador indefinido no fijo puede considerarse «trabajador de duración determinada» en el sentido de las cláusulas 2 y 3 de la Directiva. A lo que responde afirmativamente –confirmando lo que ya había indicado en situaciones anteriores<sup>12</sup>– porque se trata de un trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado. El indefinido no fijo se distingue del trabajador fijo por que la duración del contrato del primero se limita por la materialización de un hecho o acontecimiento determinado: la cobertura o adjudicación definitiva de la plaza a quien haya superado el proceso selectivo convocado por la Administración para cubrir dicha plaza vacante. Así, y a diferencia de la del fijo, la extinción del contrato de indefinido no fijo se somete a causa específica, debiendo por ello la Administración empleadora cubrir la plaza ocupada por este trabajador por el procedimiento reglamentario, aplicando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Cubierta la plaza, el contrato se extingue, a no ser que sea el propio trabajador quien, tras participar en el proceso selectivo, sea el candidato seleccionado para la misma.

Una vez esto puntualizado, hay que determinar si en el concepto de «utilización sucesiva de contratos o de relaciones laborales de duración determinada» está incluida la situación del trabajador indefinido fijo, dado que de ello depende, insistimos, la aplicación de las medidas de la cláusula 5. En el caso del trabajador indefinido no fijo, este se convierte en tal tras un uso abusivo de la contratación temporal, entendiéndose un único contrato desde el inicio de esa contratación temporal. En este sentido, existía ya algún precedente en el que el TJUE había efectuado una interpretación generosa de la citada expresión<sup>13</sup>. Recuerda que, aunque corresponde a los Estados miembros o interlocutores sociales determinar cuándo los contratos o relaciones laborales de duración determinada son sucesivos, su margen de apreciación no puede ser ilimitado ni su interpretación restrictiva, porque podría dar lugar a abusos, poniendo en peligro el objeto, la finalidad y la efectividad de la Directiva<sup>14</sup>. Si bien es cierto que en los casos origen de las cuestiones prejudiciales estamos ante un único contrato de indefinido no fijo –en puridad no ha habido sucesión de contratos–, este contrato carece de fecha determinada de extinción, supeditándose su extinción a la cobertura de dicha plaza por el procedimiento reglamentario. Dado que la permanencia en la condición de

<sup>12</sup> Por ejemplo, Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, Marta León vs. Ayuntamiento de Huétor Vega.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, en la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, IMIDRA.

<sup>14</sup> STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez.

indefinido no fijo es debida a la falta de cumplimiento por parte de la Administración pública de convocar un proceso selectivo, obligación legal que ha ido aplazando sucesivamente a lo largo de los años, el TJUE asimila esas prórrogas automáticas del contrato del indefinido no fijo a la tácita renovación o celebración de sucesivos contratos de duración determinada.

Sentado lo anterior, cabe recordar que la cláusula 5 exige a los Estados miembros que sus normativas nacionales contemplen medidas, efectivas y equivalentes a las que en la misma se enumeran, para prevenir utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, que garanticen la protección de los trabajadores. De no contar con ellas, introducirán una o varias de las siguientes: razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada o el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. Sin embargo, la cláusula 5 no es incondicional ni lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal interno.

Realmente, la Directiva no está imponiendo al Estado miembro ninguna medida concreta, pero sí que cuente con alguna de ellas para prevenir y sancionar estos abusos, eliminando las consecuencias del incumplimiento del derecho de la UE. Esto es, la cláusula 5 persigue la prevención de los abusos en la utilización sucesiva de contratos temporales ofreciendo a los Estados gran margen de actuación, ya que pueden recurrir a alguna de las medidas allí enumeradas o a medidas internas equivalentes.

Obviamente, convertir a los trabajadores temporales en fijos le parece al TJUE una medida equivalente a las de la cláusula 5 por ser la estabilidad laboral la que mayor protección ofrece a los trabajadores<sup>15</sup>. Cambiando el criterio seguido en la STJUE del asunto IMIDRA, ahora entiende que el reconocimiento de la fijeza sanciona efectivamente la utilización abusiva y sucesiva de la contratación temporal, a diferencia de la conversión en indefinido no fijo que no cabe considerar medida equivalente dado que mantiene en situación de temporalidad y precariedad al trabajador objeto del abuso (Martí Millás, 2024). La conversión en indefinido no fijo nos sitúa ante un contrato de duración determinada que reemplaza a otros contratos temporales (Barrachina Andrés, 2024), dado que:

[...] prolonga en el tiempo una situación que nunca debió producirse ya que mantiene como empleado público a una persona que no cumple con los principios de igualdad, mérito y capacidad; legaliza una contratación de origen fraudulenta; atenta contra el interés general; y no tiene en cuenta que habrá que echar mano de recursos públicos para hacer frente al pago de la indemnización correspondiente (Arrieta Idiakez, 2020, p. 48).

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, en SSTJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez; 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18, M. V. y otros.

Pero la cláusula 5 no obliga a los Estados miembros a convertir en fijos los contratos temporales, ni tampoco indica ninguna otra sanción específica, porque corresponde a los Estados miembros adoptar medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias para garantizar la plena eficacia del derecho de la UE, sancionando el abuso y eliminando las consecuencias de la infracción en el caso de utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales.

El TJUE analiza si el pago de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el máximo de 12 mensualidades, a todo trabajador cuyo empresario haya utilizado abusivamente contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, es una medida equivalente a las que contiene la cláusula 5, por ser proporcionada, efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de la Directiva<sup>16</sup>. Esa indemnización, además de ser la que se concede por nuestro ordenamiento laboral en casos de despido objetivo procedente (art. 53 Estatuto de los Trabajadores –ET–), es la que se viene reconociendo cuando los indefinidos no fijos cesan por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupan –y en el cese por amortización del puesto de trabajo ocupado por estos trabajadores–. Y es la compensación que recoge el artículo 2.6 de la Ley 20/2021 cuando el personal laboral temporal, que no superase el proceso selectivo de estabilización, viera ocupada su plaza por otro candidato y finalizado su contrato de trabajo. Asimismo, es el módulo compensatorio que escoge la disposición adicional decimoséptima.4 del EBEP ante el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia del personal laboral temporal, para los contratos celebrados a partir de su entrada en vigor.

Para el TJUE, esta indemnización no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5, para prevenir los abusos de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, porque se abona sin tener en cuenta el carácter legítimo o abusivo de la utilización de los contratos de duración determinada, como se indicaba ya en el asunto IMIDRA. Y es que, en el caso del despido objetivo procedente, trata de paliar el perjuicio que experimenta el trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo por una decisión de su empresario fundada en una causa que el propio ordenamiento laboral ampara (art. 53.1 ET). Sin embargo, no es medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia del derecho de la UE, porque de reconocerse a los indefinidos no fijos, que vean extinguidos sus contratos de trabajo, se podría estar indemnizando el daño causado al trabajador por la finalización de su contrato, pero no se estaría sancionando la actuación abusiva de la Administración pública en el uso del empleo temporal. Si bien el TJUE rechaza esta medida por no distinguir entre el «uso legítimo o abusivo de estos contratos y porque carece de efectos disuasorios sobre la Administración pública», habría que matizar que eso no sería cierto del todo, porque la indemnización por finalización del contrato temporal (art. 49.1 c) ET) o es inexistente o tan solo es de 12 días de salario (Guzmán *et al.*, 2024).

<sup>16</sup> STJUE de 13 de enero de 2022, asunto C-282/19, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania.

En relación con la convocatoria de procesos selectivos, entre otras, en la STJUE de 19 de marzo de 2020, asunto Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez, había considerado que la existencia de procesos de selección que tuviesen por objeto la provisión definitiva de las plazas siempre que se llevasen a cabo en los plazos establecidos podía considerarse como medida equivalente para la Directiva. Y es que las Administraciones públicas están obligadas a convocar oportunamente los correspondientes procesos de selección o promoción para cobertura de vacantes a fin de incorporar a su plantilla de trabajadores fijos a quienes los superen, cumpliendo así los principios de igualdad, mérito y capacidad, siendo inadmisibles la demora en proceder a la cobertura de las plazas, que supone, asimismo, contravenir frontalmente el principio de estabilidad en el empleo, y ello incluso tratándose de trabajadores indefinidos no fijos, dado que también se trataría de contratos temporales.

Ahora se le pregunta por la convocatoria de procesos de estabilización de empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de plazas ocupadas por trabajadores temporales. Estos procesos pretenden reducir el uso sucesivo de contrataciones temporales por las Administraciones públicas, sin sacrificar los principios de igualdad, libre competencia, publicidad, mérito y capacidad. Permiten a los trabajadores temporales, contratados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones laborales de duración determinada, participar en dichas convocatorias y así intentar conseguir la ansiada estabilidad en el empleo. De no superar el proceso selectivo, tendrían derecho a una indemnización de 20 días de salario, por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades. El TJUE tampoco considera a estos procesos excepcionales de estabilización medida preventiva, disuasoria y sancionadora, equivalente a las de la cláusula 5, ya que, al ser de libre competencia, a los mismos pueden presentarse, además de las víctimas del abuso, cualquier otro ciudadano que desee participar en ellos, con independencia de cualquier consideración en relación con el carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada. Luego su resultado es incierto para el empleado público temporal.

Igualmente, debe responder si la exigencia de responsabilidades a las Administraciones públicas, responsables de esas sucesivas contrataciones temporales abusivas, es equivalente a las medidas recogidas en la cláusula 5. Entiende que unas disposiciones nacionales que exigen responsabilidades a las Administraciones públicas, de conformidad con la normativa de cada una de esas Administraciones, ante actuaciones irregulares de las mismas en materia de utilización sucesiva de contratos de duración determinada, no son efectivas ni disuasorias. Señala que las citadas normas españolas no definen qué entender por «actuaciones irregulares» y son imprecisas para permitir la imposición de sanciones o la imputación de responsabilidades que cumplan con los principios de tipicidad y certeza. Asimismo, no concretan las responsabilidades que se pueden exigir, limitándose a efectuar una remisión a la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas, que no puede identificarse. De hecho, al TJUE no le consta que se haya exigido nunca responsabilidad alguna a las Administraciones públicas por celebrar sucesivos contratos de duración determinada. Esto es, las citadas normas españolas tienen tal grado de ambigüedad y abstracción que no pueden compararse con el mecanismo italiano de responsabilidad

de las Administraciones que, junto con otras medidas efectivas y disuasorias, sí fue declarado adecuado para fundamentar la conformidad de la norma italiana con tal cláusula 5. Este mecanismo impone a las Administraciones públicas la obligación de recuperar de los responsables los importes abonados a los trabajadores afectados en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de la normativa de selección o contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave<sup>17</sup>.

La serie de los indefinidos no fijos no termina aquí. A las cuestiones prejudiciales pendientes de resolver sobre el mismo tema, anteriores a la publicación de la STJUE de 22 de febrero de 2024, se están añadiendo otras posteriores a la misma en las que, básicamente, se pide al TJUE que aclare cómo garantizar la plena eficacia de la cláusula 5 a través de la interpretación de nuestro derecho interno. Esto es, cómo conciliarla con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

## 5. ¿Y ahora qué?

Desde su nacimiento, la figura del indefinido no fijo de plantilla ha estado rodeada de polémica. Hasta ahora, el TJUE consideraba que la conversión del trabajador temporal en indefinido no fijo era una medida equivalente a las propuestas en la cláusula 5. Sin embargo, esta solución es un parche, porque no termina con la condición de temporalidad del trabajador afectado y, por lo tanto, sigue encontrándose en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE. Se propone la fijeza automática del trabajador temporal víctima del abuso del fraude o de las irregularidades en la contratación por su Administración pública, como medida acorde, dentro de nuestro ordenamiento, con la cláusula 5. Esta quizás sea la mayor novedad de la «penúltima» sentencia del TJUE sobre el tema.

Es más, el TJUE insiste en que el principio de interpretación conforme requiere de los tribunales nacionales que, tomando en consideración todo su derecho interno, garanticen dentro de sus competencias la plena efectividad de la directiva de que se trate, ofreciendo una solución conforme con el objetivo por esta perseguido. Así, en este caso, el tribunal español debe interpretar y aplicar las disposiciones pertinentes en el derecho interno, en la medida de lo posible y cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, para sancionar debidamente el abuso y eliminar las consecuencias del incumplimiento de esa directiva europea. Y, en este sentido, y esto es

---

<sup>17</sup> Vid. STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro. Este mecanismo, recogido en el artículo 36.5 y 6 del Decreto legislativo número 165/2001 del ordenamiento italiano, dispone además que esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. Asimismo, las Administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los 3 años posteriores a la infracción.

lo llamativo, el TJUE invita al tribunal interno a plantearse la interpretación de determinados preceptos de la CE de conformidad con la cláusula 5 para conseguir una solución conforme con el objetivo de esta. Por tanto, si la conversión en fijos de los indefinidos no fijos puede ser una medida acorde a la cláusula 5 para prevenir y sancionar abusos, los tribunales nacionales deberían considerar modificar la interpretación de la jurisprudencia del TS, si esta es una interpretación de las disposiciones de la CE incompatible con la cláusula 5. Esto es, si teníamos poco con el complejo equilibrio entre la aplicación del principio de estabilidad en el empleo del derecho del trabajo y el respeto de los principios de acceso al empleo público del derecho administrativo, ahora se plantea la primacía del derecho de la UE sobre nuestra CE en esta materia.

Luego, de esta STJUE de 22 de febrero de 2024, hay que destacar la reclamación que se hace al legislador para que disponga las medidas adecuadas para evitar y sancionar el abuso en la temporalidad y el enorme arbitrio que otorga a jueces y tribunales para determinar y establecer las medidas sancionadoras aplicables en cada caso, más acordes con la cláusula 5, dado que, mientras nuestro ordenamiento interno carezca de esas medidas adecuadas, esta decisión queda en sus manos (Vivero Serrano, 2024).

Lejos de los titulares sensacionalistas de ciertos medios de comunicación que han proclamado la conversión inmediata a fijos de los empleados públicos indefinidos no fijos, se llama a la calma a los tribunales nacionales, porque el TJUE no está diciendo que haya que convertir obligatoriamente en fijos a los indefinidos no fijos. Contagiarse de la euforia del momento y decidir lo más efectista tomando esta decisión (Guzmán *et al.*, 2024; Martí Millás, 2024) podría no ser conforme ni a nuestra CE ni a nuestra legalidad ordinaria, «provocando un efecto llamada que colapsaría los sobresaturados juzgados y tribunales de lo social» (Vivero Serrano, 2024). A día de hoy, comienzan a conocerse resoluciones de nuestros tribunales internos tras la STJUE de 22 de febrero de 2024 y sus contradictorias respuestas generan, inevitablemente, inseguridad jurídica.

## 5.1. La fijeza no puede ser la solución

Que la fijeza plena no puede ser la solución es la opinión predominante en los tribunales, y ello aun admitiendo que la calificación de indefinido no fijo no da respuesta adecuada a la cláusula 5, ya que, como sucede con los interinos por vacante, el reconocimiento como tal no está sujeto a plazo máximo alguno. Consideran inadmisibles que después de tantos años de prestación de servicios se siga teniendo un contrato temporal –lo que podría haberse evitado mediante la actuación de la Inspección de Trabajo a fin de evitar que se produjera esa contratación totalmente irregular, sancionándose oportunamente mediante las medidas adecuadas–.

Se recuerda que el juez no puede crear derecho, únicamente aplicarlo, y, en este caso, no existe amparo legal para el reconocimiento de la condición de fijo de plantilla, porque, pese a las irregularidades, el fraude de ley o al abuso en la contratación temporal, únicamente se ha participado en un proceso de selección para la cobertura de una plaza temporal. Nos encontramos ante el insalvable obstáculo de que el acceso a esa situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la CE. Y la fijeza automática implicaría la no exigencia de un proceso selectivo<sup>18</sup> pudiendo hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede a tal situación mediante los procesos de selección correspondientes. De ahí que siempre haya que buscar una medida alternativa ante el incumplimiento por la entidad empleadora, cuando forme parte del sector público, de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE.

Siguiendo la doctrina del TS, apuntan que el proceso de selección convocado para la cobertura temporal de una plaza, cuando esa contratación ha incurrido en fraude de ley, no debe desembocar en fijeza. Es imposible reconocer la fijeza a través de procesos de selección temporal –y tampoco si se ha convocado una plaza que desde el origen era estructural y se ha participado en el proceso selectivo (STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024, rec. 775/2022)–.

Cuestión distinta sería que el trabajador que demanda esa relación laboral fija haya participado en el proceso de selección oportuno y lo haya superado aprobando la convocatoria, aunque sin obtener plaza, pues en tal caso ese obstáculo desaparecería y no existiría impedimento alguno para que, incluso sin haber prestado servicios durante un periodo de tiempo inusitadamente largo, obtuviera la fijeza pretendida (STS de 25 de noviembre de 2021, rec. 2337/2020).

En relación con cuál deba ser el ordenamiento prioritario, se sostiene<sup>19</sup> que, en realidad, la STJUE de 22 de febrero de 2024 resuelve cuestiones que eluden la doctrina constitucional sobre el acceso al empleo público. El marco constitucional se convierte en un límite difícilmente superable para declarar la fijeza, máxime cuando la citada sentencia no afirma en ningún momento, de forma categórica, que esa deba ser la solución al abuso. Tal conversión es contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la CE, en su interpretación por el TS, e implica un conflicto entre la CE y la Directiva. En relación con el personal laboral, los principios de acceso al empleo público son un mandato derivado del artículo 14 de la CE, cuya vis atractiva reduce el ámbito de aplicación de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE. En estos procesos selectivos está en juego el artículo 14 de la CE y, por tanto, el tribunal interno no puede corregir la doctrina del TC. Lo que, obviamente, se erige en un obstáculo insuperable para acabar declarando la fijeza. Y es que el derecho de la UE no prevalece

<sup>18</sup> En contra de la STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez.

<sup>19</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022).

sobre la CE<sup>20</sup> y, producida la integración, debe destacarse que la CE no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquella, si bien la CE exige que el ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos. Concluyen indicando que la plasticidad del indefinido no fijo presenta mil variantes y todo por lo infranqueable del artículo 14 de la CE y porque esta figura, a pesar de lagunas y conflictos jurídicos, en ese marco constitucional, hasta la fecha es la «única» herramienta al alcance de los tribunales para dar una mínima respuesta a estos trabajadores temporales<sup>21</sup>.

La no fijeza es también la respuesta defendida mayoritariamente en la doctrina laboralista (Arrieta Idiákez, 2024b) para quien la conversión en fijo del indefinido no fijo se produciría sin haber superado previamente un proceso selectivo con presencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino fruto de la irregularidad o abuso en la temporalidad de su empleadora, lo que violentaría el artículo 14 de la CE al existir fijos que se han convertido en tales por superar un proceso en el que sí se han sometido a esos principios (Martí Millás, 2024). Y es que, aun entendiendo que el TC no exija con tanta intensidad el respeto de los principios de mérito y capacidad en la selección del personal laboral, sí que exige el cumplimiento del principio constitucional de igualdad y este podría vulnerarse si se opta por la fijeza automática (Barrachina Andrés, 2024). Pese a que la STJUE de 22 de febrero de 2024 pretenda persuadirnos de otra cosa –inducida por el TSJ de Madrid que plantea las cuestiones prejudiciales–, tanto el TC (STC 236/2015) como el TS (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de julio de 2023, rec. 7815/2020) exigen el respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad a laborales como a funcionarios (Casas Baamonde, 2024; Vivero Serrano, 2024). La declaración de fijeza sería una interpretación *contra legem* del derecho español vigente (Vivero Serrano, 2024) –incluso *contra constitutionem* (Casas Baamonde, 2024)– y colisiona con los citados principios, por lo que la primacía del derecho de la UE sobre nuestro ordenamiento interno no puede pasar por alto la CE (Moreno Brenes, 2024).

## 5.2. Medidas alternativas y adecuadas a la cláusula 5

Si la conversión automática en fijo queda descartada como opción, hay que buscar otra medida de las existentes en nuestro ordenamiento interno que reúna todas las exigencias de las medidas propuestas en la cláusula 5. Reconociendo la primacía del derecho de la UE, debería llevarse a cabo una interpretación conforme para que la Directiva conserve su efecto útil sin suponer, necesariamente, el dejar de aplicar nuestra carta magna. En sentencias como la

<sup>20</sup> En la STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022) se argumenta, con distintas declaraciones del TC, que el derecho de la Unión, tanto el originario como el derivado, no prevalece jerárquicamente sobre la CE (Declaración TC 1/1992, de 1 de julio).

<sup>21</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022).

STJUE de 19 de marzo de 2020, asunto Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez, el TJUE considera que nuestro ordenamiento cuenta con medidas equivalentes a las propuestas en la cláusula 5, por lo que, quizás, no se trataría tanto de la ausencia de estas, sino de hacerlas efectivas.

### 5.2.1. Abono de indemnizaciones

Se ha creído que resultaría menos traumático que la fijeza (Guzmán *et al.*, 2024) la extinción automática del contrato y el reconocimiento de una indemnización que, para garantizar la plena eficacia de la cláusula 5, ha de sancionar debidamente el abuso, ser efectiva, proporcionada y lo bastante disuasoria –diferenciando, además, el carácter legítimo o abusivo de la utilización del contrato temporal–. Esta medida ya está contemplada en nuestro ordenamiento y no supone una interpretación *contra legem* de la CE (Terradillos Ormaetxea, 2024).

Dado que para el TJUE el abono de la indemnización de los 20 días se revela manifiestamente insuficiente, la concesión al afectado de una indemnización en superior cuantía, destinada a compensar los daños que le ha ocasionado el uso abusivo de una relación de empleo de duración determinada, podría ser una medida efectiva y apropiada, ya que permitiría sancionar la infracción de la Administración. De este modo se garantizaría la protección del trabajador temporal víctima del abuso, cumpliendo con la finalidad resarcitoria del daño sufrido; y, además, se erradicaría este tipo de comportamientos en el empleador Administración pública, desempeñando una función preventiva al estimular la puesta en marcha de mecanismos que eviten el mantenimiento prolongado en el tiempo de situaciones manifiestamente contrarias al ordenamiento comunitario (STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2023, rec. 304/2023).

Se piensa que esta cuantía indemnizatoria superior podría ser la de 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades. Este monto indemnizatorio es el que se reconoce en los supuestos en los que el despido se califica como improcedente, bien por inexistencia de una justa causa que legitime la decisión empresarial de poner fin a la relación laboral o bien por la falta de respeto a los requisitos formales para proceder con ese despido (art. 56 ET). También es la indemnización que se reconoce en los supuestos del artículo 50 del ET en los que el trabajador solicita al juez la extinción de la relación laboral tras incumplimiento grave por el empresario de sus obligaciones contractuales. Esta cuantía sí que permitiría tener en cuenta la conducta irregular de la Administración pública y se diferenciaría de los supuestos de lícita extinción, que es lo que echa en cara la STJUE al Estado español. Con la indemnización por despido improcedente:

[...] el recurso abusivo a la contratación temporal se trataría como la extinción irregular de un contrato de trabajo. Con ello se daría respuesta a la crítica de que nuestro ordenamiento es indiferente a la existencia de abusos en la contratación. Tendríamos una alternativa a la consolidación generalizada de los indefinidos no fijos como fijos sin procesos selectivos sujetos a criterios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que es la verdadera amenaza de esta sentencia (Guzmán *et al.*, 2024).

No obstante, seguiría siendo insuficiente abonar una compensación equivalente a la indemnización por despido improcedente, porque no estamos ante un mero incumplimiento de las reglas que justifican una extinción contractual unilateral por decisión empresarial. La conducta incumplidora tiene un cariz más grave, ya que se trata, en estos supuestos, de una Administración pública empleadora que ha vulnerado los principios de acceso al empleo público laboral. Estaríamos hablando de que la indemnización, además de proporcionada, ha de ser efectiva y disuasoria (Arrieta Idiakez, 2024b). Más coherente con lo señalado por el TJUE<sup>22</sup> resultaría una indemnización de 33 días por el incumplimiento grave de las obligaciones de la Administración pública como empresario laboral (arts. 50.1 c) y 50.2 ET y 70 EBEP) a la que se añadiría otra indemnización no tasada –y siempre que el afectado no hubiera sido cómplice en la irregularidad que lo convierte en indefinido no fijo (Yagüe Blanco, 2024)– para la reparación íntegra del daño (STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024):

[...] por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado y/o pérdida del acceso al empleo público; y ello a pesar de que la persona que haya sufrido abuso por parte de la Administración pública y que haya prorrogado indebidamente su situación, se haya beneficiado de esa prórroga que ha podido ser deseada incluso instada y perseguida por el propio interesado o sus representantes sindicales (Terradillos Ormaetxea, 2024).

Dada la dimensión sancionadora, reparadora y disuasoria, como referente orientativo parece adecuado, razonable y proporcionado acudir al importe de la sanción pecuniaria del artículo 40.1 c) bis de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS), para actuaciones empresariales calificadas como de faltas graves del artículo 7.2 de la LISOS, esto es, la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales y contratos de duración determinada. Así se propone, por ejemplo, en la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2023 (rec. 304/2023), el reconocimiento al trabajador temporal afectado de una indemnización adicional de 10.000 euros, si bien, en este caso, se añade a la indemnización de 20 días de salario.

## 5.2.2. Convocatoria de procesos de estabilización

Para el TJUE –asunto Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez–, la convocatoria de procesos selectivos para la cobertura definitiva de la plaza asociada a la condición de indefinido no fijo, respetando los plazos para convocar los procesos selectivos, puede ser medida adecuada para evitar el abuso. Entonces no es tanto la ausencia de medidas, sino la carencia de herramientas para vigilar su cumplimiento, que «debería corresponder a los órganos de fiscalización administrativos y a los órganos judiciales» (Moreno Brenes, 2024).

<sup>22</sup> Por otras, STJUE de 13 de enero de 2022, asunto C-282/19, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania.

En cuanto a la celebración de los procesos selectivos de estabilización de la Ley 20/2021 –con los que se persigue el difícil equilibrio entre el respeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad con la cláusula 5–, al TJUE no le parece una medida adecuada, porque, al poder participar cualquier ciudadano, el indefinido no fijo no tiene garantizado que, presentándose a la convocatoria, obtenga la fijeza –suponiendo la finalización de su relación laboral–. Mas la medida no es indiferente al abuso que ha sufrido el trabajador temporal, porque se le da un trato favorable que no va a proporcionarse al resto de candidatos que libremente concurren a esa convocatoria. En este punto, cabe preguntarse si lo que insinúa entonces el TJUE es la especificidad de las convocatorias, esto es, que solo pueda participar el personal afectado por el abuso o si únicamente puedan presentarse a la convocatoria de estabilización de la plaza que vienen ocupando temporalmente (Barrachina Andrés, 2024; Terradillos Ormaetxea, 2024). De ser así, asombra el desconocimiento del TJUE de nuestro modelo de empleo público, porque, precisamente, lo que nuestra CE exige es la libre concurrencia en las convocatorias de empleo público –para que en las mismas puedan participar todos los ciudadanos en condiciones de igualdad– y resulta ser una lógica consecuencia para la garantía del mérito y la capacidad, que los empleados temporales pierdan sus trabajos en el empleo público de no superar las pruebas selectivas (Moreno Brenes, 2024).

Igualmente queda por aclarar la compatibilidad con la cláusula 5 de la situación del trabajador temporal al que, pese a haber sufrido el abuso y la irregularidad del comportamiento anormal de la Administración, no se le reconoce derecho a compensación o reparación alguna porque no se ha presentado al proceso selectivo de estabilización (art. 2.6 Ley 20/2021) (Arrieta Idiakez, 2024a). O incluso la situación del trabajador temporal que se convierte en fijo tras el proceso de selección –como podía haberse convertido en fijo cualquier otro ciudadano que libremente se presentase al proceso selectivo– y que no recibe indemnización alguna, aun a pesar de que la estabilización no es una sanción para la Administración pública ni resarce al afectado de los perjuicios sufridos por el abuso –y para la que se propone una indemnización por incumplimiento de las obligaciones de su empleadora (Terradillos Ormaetxea, 2024), de hecho, ya hay alguna sentencia que en estos supuestos está reconociendo 5.001 €, equivalente a una sanción en grado máximo de la infracción grave de transgresión de la normativa de contratación (SJS núm. 2 de Granollers 77/2024, de 22 de marzo)–. O si se ajusta a la cláusula 5 la compensación de 20 días para el trabajador temporal que se presenta al proceso selectivo de estabilización y no lo supera porque «sin resarcimiento o sanción equivalente [...] el abuso previo queda inmune» (Beltrán de Heredia Ruiz, 2023).

### 5.2.3. Exigencia de responsabilidades

Más que de una alternativa, creemos que ha de considerarse como una medida complementaria a todas las soluciones anteriormente analizadas, porque resultan incompletas si no se termina exigiendo responsabilidades a los causantes últimos de estas situaciones abusivas. Es más, de haberlas exigido a tiempo, probablemente no se habría llegado al escandaloso nivel actual de abuso en nuestro empleo público temporal.

El TJUE no descarta totalmente la exigencia de responsabilidades como medida adecuada para cumplir con los objetivos y finalidades de la Directiva. No obstante, reprocha que lo establecido, por ejemplo, en la disposición adicional decimoséptima.1 y 2 del EBEP se queda en un mero brindis al sol, ya que ni es efectivo ni disuasorio para garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria. Para que lo fuese debería concretar los «mecanismos efectivos para exigir esta responsabilidad a las autoridades o empleados públicos que de forma artificial alargan la relación de servicios o laboral» (Vivero Serrano, 2024). La disposición adicional decimoséptima.2 del EBEP se refiere a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas. En la actualidad, y a falta de desarrollo de esa disposición adicional, nuestro ordenamiento carece de medios específicos para exigirlos, por lo que, mientras se espera a que la normativa detalle las responsabilidades a exigir, los supuestos concretos que las activan y los sujetos a quien reclamarlas, habrá de acudir a los mecanismos ordinarios que se contemplan para los empleados y responsables públicos.

Difícil sería exigir responsabilidad política al responsable político que ha sido indiferente al abuso de la temporalidad en su Administración, la ha consentido o incluso la ha fomentado. Aunque no siempre, lo habitual es que los representantes políticos se sucedan en el tiempo, por lo que exigir este tipo de responsabilidad a quien es probable que ya no esté en la política activa se reputa poco factible.

Dejando a un lado las eventuales responsabilidades políticas, podría pensarse también en la responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos responsables de la celebración de esos contratos temporales abusivos o irregulares. En este sentido, el artículo 94.1 del EBEP dispone que las Administraciones públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos. Concretamente, esta conducta de incumplimiento de la normativa de acceso y permanencia en el empleo público podría tener encaje en una infracción muy grave del artículo 95.2 d) del EBEP –«la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos»– y como tal infracción muy grave podría incluso ser sancionada, aunque lo estimamos inaudito, con el despido disciplinario de ese trabajador público (art. 96.1 EBEP).

A esta exigencia de responsabilidad disciplinaria, el EBEP anuda la posible exigencia de responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de estos incumplimientos de sus deberes profesionales, por acción u omisión. La responsabilidad penal «tiene carácter punitivo y está encaminada a castigar y buscar retribución» (Bueno Armijo, 2023); aunque tal vez sería exagerado requerirla al empleado público responsable (Sala Franco, 2022, p. 65).

Los trabajadores temporales, víctimas del abuso o de la irregularidad de la actuación administrativa, podrán exigir la reparación de los daños causados por la conducta infractora, por acción u omisión, del empleado o autoridad pública responsable de su contratación. Esto es, a la Administración pública responsable podrá exigírsele responsabilidad

patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración (art. 106.2 CE) y aquí no cabría argumentar falta de concreción de la norma para no exigir responsabilidades a la Administración pública, porque su regulación es suficientemente completa en la norma administrativa (Martí Millás, 2024).

La responsabilidad patrimonial «no tiene por objeto sancionar, sino restituir los daños causados por los empleados públicos» (Bueno Armijo, 2023). Para ello, los particulares –en este caso, empleados públicos laborales afectados por el abuso o la irregularidad en la contratación temporal– exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio (art. 36.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público). La Administración pública, tras haber indemnizado a los lesionados, podría ejercer la acción de regreso (art. 36.2 Ley 40/2015) contra el responsable último causante de la situación de abuso a un empleado público laboral y que, al ser posterior y justamente indemnizado, ha causado un daño a las arcas públicas. Esta medida, aunque, sin duda, resultaría efectiva para disuadir de estas conductas a los responsables de la gestión de recursos humanos en la Administración pública (Arrieta Idiákez, 2024b), será difícil de adoptarse en la práctica, porque exige que se haya incurrido en dolo, culpa o negligencia graves.

Y precisamente de esa práctica se constata que las Administraciones públicas no ejercen esta acción de regreso contra sus empleados públicos, lo que ha sido criticado, porque, además de ser beneficioso para las arcas públicas, tendría un perjuicio personal que fomentaría e incentivaría una mayor diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de los empleados públicos (De Miguel Beriain, 2017). Es una quimera que podamos ver medidas del tipo de que las Administraciones públicas estén obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del daño sufrido debido a la interacción de las disposiciones relativas a la selección, o de que en los procedimientos judiciales sea obligatoria la constitución de la legitimación pasiva demandándolos como responsables solidarios (STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024, rec. 775/2022). Aun contando con mecanismos para su exigencia, nuestra sociedad tiene bastante interiorizado que los responsables y/o empleados públicos habitualmente salen impunes de los daños que ocasionan.

### 5.3. ¿Fijeza automática como solución?

Aunque se considere un paso más en el desmantelamiento de los principios constitucionales de mérito y capacidad, probablemente por el desconocimiento en Europa de nuestro sistema de empleo público (Moreno Brenes, 2024), la fijeza sería la medida óptima por resultar semejante a las contenidas en la cláusula 5 para prevenir, sancionar o disuadir de la utilización abusiva de sucesivas contrataciones o relaciones laborales temporales y es la solución más deseable desde el punto de vista del protector derecho del trabajo.

La fijeza como solución, en los supuestos en los que el indefinido no fijo proviene de una situación abusiva sufrida por un trabajador temporal que ha accedido a su puesto de trabajo temporal tras un proceso selectivo –incluso a una plaza temporal–, en el que se hayan respetado los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, cuenta con mayores apoyos. Así, en algún supuesto, aunque en el sector público, se ha reconocido la fijeza cuando el empleado laboral temporal afectado por la irregularidad o los abusos ha superado previamente un proceso selectivo para una plaza fija, sin obtener plaza –así, en la STS de 16 de noviembre de 2021, rec. 3245/2019, aunque se resuelve en contrario en la STS de 8 de noviembre de 2023, rec. 3499/2022<sup>23</sup>–. Del mismo modo, también debería bastar, para que se produjese la conversión en fijo, que el trabajador temporal hubiese superado un proceso selectivo en el que estuviesen presentes los principios de igualdad, mérito y capacidad, aunque fuese para una plaza temporal (Costa Reyes, 2023). Se reconoce tanto por el TC como jurisprudencialmente que no es necesario que estos principios se manifiesten con el mismo rigor en los procesos selectivos a puestos de trabajo temporales, pero no niega que estén presentes y que se respeten. Y, al no exigir un mínimo, la presencia, aunque con menor intensidad que para un puesto de fijo, debería ser suficiente para cumplir el requisito constitucional en estas situaciones de abuso e irregularidad. Esta solución permitiría conciliar el cumplimiento de nuestra CE con el de la Directiva y resultaría lo más favorable desde el punto de vista del derecho del trabajo, ya que con ello se procura la defensa de la estabilidad en el empleo, que también tendría un fundamento constitucional (art. 35 CE).

No obstante, se ha señalado que a esta medida le faltaría el carácter sancionador, exigido por la cláusula 5, porque no causa penalidad en la persona responsable de la conducta infractora, bien algún perjuicio económico –como en el caso de las multas–, bien en su esfera personal –privándola de algún derecho–; pero nunca ha de afectar o «repercutir en la esfera de los derechos e intereses subjetivos de la víctima [...] de la persona que ha sufrido las consecuencias de la conducta ilícita». En el caso de la opción por la fijeza, aunque no cumple con estos requisitos, porque la Administración infractora no sufre realmente un menoscabo económico, sin embargo, favorece al trabajador afectado por el incumplimiento empresarial –«lo que no ocurre con el resto de sanciones que nuestro ordenamiento jurídico prevé»– (Barrachina Andrés, 2024)<sup>24</sup>.

Tras la STJUE de 22 de febrero de 2024, aunque minoritarias, algunas resoluciones judiciales apuestan por la fijeza automática como sanción al abuso, alegando la preeminencia

<sup>23</sup> La fijeza, limitada a la unidad productiva transmitida, se contempla en reversión de servicios públicos (STS de 28 de enero de 2022, rec. 3781/2020, siguiendo la STJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Correia Moreira).

<sup>24</sup> Con la declaración automática de la fijeza, la Administración evita los costes de organizar un proceso selectivo o de formar a los nuevos empleados públicos seleccionados. Asimismo, no se incrementa el gasto público, porque venían percibiendo ya sus retribuciones como empleados temporales (Barrachina Andrés, 2024).

del derecho de la UE sobre nuestra CE (STSJ del País Vasco de 22 de abril de 2024, rec. 229/2024; SJS núm. 14 de Sevilla de 27 de febrero de 2024, rec. 667/2023). Se señala que a pesar de que nuestros tribunales han intentado cumplir con la cláusula 5, dando respuesta a las situaciones de uso abusivo de la temporalidad sin violentar el artículo 103 de la CE, hay que cambiar el criterio jurisprudencial, porque nuestra legislación sigue careciendo de medidas adecuadas a lo exigido por la Directiva. Ni el abono de una indemnización de 20 días/año, ni las medidas de estabilización, ni la conversión en indefinido no fijo satisfacen los fines de esta, puesto que da lugar a una nueva relación laboral de duración determinada, sometida a terminación incierta cuando la Administración decida dar cobertura definitiva al puesto. De hecho, salvo la indemnización establecida por el TS en estos supuestos, no habría diferencia con el contrato de interinidad por vacante, que también se extinguiría por la misma causa. Concluyen que, no existiendo sanciones suficientemente efectivas para castigar el abuso de la utilización fraudulenta y abusiva de la temporalidad de las Administraciones públicas (SJS núm. 26 de Madrid de 23 de febrero de 2024, rec. 199/2023), hasta que el legislador no arbitre una solución conforme con la normativa europea y con los principios constitucionales, y a falta de otra medida en nuestro derecho, teniendo en cuenta la primacía del derecho de la UE y el carácter preferente de su aplicación, ha de sancionarse con el reconocimiento de la fijeza.

Resulta interesante la defensa de la fijeza que se hace desde uno de los votos particulares de las SSTSJ de Madrid de 10 de abril de 2024, en concreto en la STSJ de Madrid número 317/2024 –del magistrado López Parada–, y que señala la existencia de interpretaciones contradictorias del TS y del TC sobre la aplicación del artículo 23.2 de la CE al empleado público laboral. Entiende que tras la STJUE de 22 de febrero de 2024 de tratarse de un contrato temporal en el que la aplicación de la norma laboral determine la declaración de fijeza, el principio de especialidad de la ley administrativa (art. 55.1 EBEP) dará lugar a su declaración como indefinido no fijo, si con la declaración de fijeza se violentan los principios de igualdad, mérito y capacidad exigidos por esa norma administrativa. Sin embargo, los supuestos que tengan encaje en la cláusula 5 se resolverán conforme a esta, porque su aplicación ha de ser preferente sobre la norma interna en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión.

Recuerda que la contradicción entre la ley nacional y la Directiva tiene un alcance legal y deriva de una concreta interpretación jurisprudencial, por lo que perfectamente puede ser resuelta mediante el principio de interpretación conforme. El conflicto entre la norma administrativa y la laboral en relación con el reconocimiento de la fijeza –base de la doctrina jurisprudencial del TS– no debe resolverse conforme al principio de *lex specialis*, sino con base en el principio de interpretación conforme, dando prioridad a la aplicación de la Directiva. Existiendo interpretaciones divergentes de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE, si una de ellas evita el conflicto con la Directiva, ha de optarse por esa interpretación compatible con el derecho de la UE, sin que sea relevante jurídicamente que la norma sujeta al principio de interpretación conforme sea la propia CE. Con este razonamiento se defiende la fijeza y ello no ocasionaría conflicto entre nuestra CE y el derecho europeo. Por otra parte, opina que se está ante una relación jurídica vertical, en la que la aplicación de la

Directiva se alega por un ciudadano frente a un poder público y este, como parte del Estado español, no puede prevalerse de su incumplimiento en la incorporación de la misma al derecho nacional.

Por otra parte, para ese voto particular, si esos principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad se deben aplicar al acceso al empleo público, no es fácil explicar que puedan producirse supuestos en los que numerosos trabajadores, sin haber superado procesos selectivos, prestan servicios para la Administración durante muchos años, de forma continuada o mediante contratos encadenados. Es difícil defender que tales empleados no hayan demostrado capacidad para su trabajo tras todos esos años de servicios, en ocasiones en puestos técnicos o de responsabilidad. Estas personas han podido acceder a empleos públicos de tan larga duración fuera de todo procedimiento selectivo que cumpla con los principios de igualdad, mérito y capacidad, porque la legislación y jurisprudencia han permitido que el acceso a las contrataciones temporales se lleve a cabo sin respetar esos principios, pese a que no hay nada en las normas que los formulan, sean de rango constitucional o legal, que excluya su aplicación al acceso al empleo público temporal. Quizás la solución radica en aplicar los indicados principios a la contratación de personal temporal, como parece que debiera hacerse, así no se generaría ningún conflicto entre los mismos y el principio de estabilidad en el empleo.

## 6. Conclusiones

Lejos de la mente del TS presagiar, en aquel momento, que su nueva creación fuese a originar tal cúmulo de problemas a los gestores de los recursos humanos en las Administraciones públicas y, por supuesto, a los trabajadores temporales afectados, que han mantenido su situación de precariedad. Es muy probable que, cuando concibió la figura del indefinido no fijo, lo hizo pensando en cómo salir mínimamente airoso del choque entre los principios medulares del ordenamiento laboral y del derecho administrativo. Tal vez ese nacimiento no debería haberse producido y ya, desde el primer momento, debería haberse optado por la nulidad de tales contratos temporales irregulares. Precisamente eso es lo que vuelve a proponerse para extinguir a esta figura haciendo prevalecer los principios constitucionales: una nulidad indemnizada adecuada para resarcir los daños y perjuicios causados al trabajador –siempre que no haya mala fe del mismo (Yagüe Blanco, 2024)– y disuasoria, por ejemplo, en cuantía equivalente al despido objetivo (Selma Penalva, 2023, pp. 405-407).

Una vez nacido, el indefinido no fijo, que no deja de ser un trabajador temporal y sigue estando, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, puede obtener la protección que dispensa su cláusula 5. La STJUE de 22 de febrero de 2024 denuncia que nuestro ordenamiento interno carece de medidas equivalentes a las incluidas en dicha cláusula 5 y sostiene que la declaración de fijeza resultaría medida equivalente, adecuada, proporcionada, efectiva, disuasoria y sancionadora y garantizaría el efecto útil de la misma.

Mayoritariamente, doctrina y jurisprudencia patrias rechazan la conversión automática en fijos de los indefinidos no fijos, porque tal solución choca frontalmente con el necesario respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad y, además, podría derivar hacia la desprofesionalización y pérdida de imparcialidad del empleo público, creando un agravio comparativo con los empleados públicos funcionarios. Ahora bien, si se descarta la fijeza, habría que extinguir el contrato de trabajo e indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la persona trabajadora que se ha visto afectada por la situación abusiva e irregular. En este caso será fundamental determinar la cuantía que deba alcanzar tal indemnización para que sea sancionadora, proporcionada, efectiva y disuasora, esto es, para que resulte adecuada a la cláusula 5. Esta opción, quizás la más conservadora y la menos perturbadora, plantea el problema de su coste, ya que va a suponer una carga muy pesada para las siempre maltrechas arcas públicas y, probablemente, inasumible para muchas Administraciones públicas.

Pensar en procesos de estabilización masivos es una solución que no convence demasiado. Ni a los que en libre competencia participan en dichos procesos suaves, ni a muchos de los ya empleados públicos, porque entienden que se produce una rebaja de los requisitos de acceso al empleo público que generará, entre otros problemas, agravios comparativos y devaluación profesional. Ni a los indefinidos no fijos que han sufrido el abuso y que, pese al favorable trato, no tienen garantizada la estabilidad. Obsérvese que se está diciendo que la convocatoria de estos procesos no es medida adecuada o equivalente a las de la cláusula 5, pero en la actualidad todos esos procesos selectivos, ya convocados, siguen celebrándose.

El TJUE y nuestros tribunales internos acusan la falta de exigencia de responsabilidades a los políticos y gestores públicos por el uso abusivo de la temporalidad en el empleo. El papel lo aguanta todo, pero descendiendo a la realidad de nuestras Administraciones públicas se comprueba que el abuso o la irregularidad en la temporalidad pocas veces responde a actuaciones torticeras de sus políticos o responsables de contratación.

Las políticas de recortes, y, principalmente, la normativa presupuestaria han impedido a los entes públicos la captación de personal fijo. No pudiendo inhibirse en el servicio al interés general, por imperativo constitucional, se han visto abocados masivamente a «bordear» la legalidad recurriendo a la contratación temporal. Ahí tenemos el origen de la mayoría de los indefinidos no fijos: las limitaciones en las tasas de reposición y la imposibilidad de poder convocar en plazo procesos selectivos. El régimen de responsabilidades que desarrolle la disposición adicional decimoséptima del EBEP –aunque parece no haber mucho interés en ello– deberá tener en cuenta que, en determinadas circunstancias, ha sido el cumplimiento de la norma el que ha llevado a la Administración, como mal menor, al incumplimiento de otras, generando toda una legión de trabajadores temporales, víctimas de la endiablada tesitura en que las políticas fiscales la han colocado.

Las medidas de la Ley 20/2021 reducirán significativamente el número de indefinidos no fijos surgidos de un abuso o irregularidad en la contratación temporal. Al menos transitoriamente, la fijeza podría aceptarse como solución más acorde con el principio de estabilidad en el empleo, e incluso como económicamente más viable –aunque la adecuación con la cláusula 5 exija indemnizar por el tiempo que el trabajador convertido en fijo estuvo sufriendo el abuso y la irregularidad–. En realidad, no puede decirse que en el acceso al empleo temporal no se cumplan unos mínimos de igualdad, mérito y capacidad y la normativa tampoco precisa en qué «dosis» son válidos para adquirir la fijeza. Además, en estos casos, suelen acreditarse inusual y/o injustificadamente largas carreras al servicio de la Administración, por lo que podrían entenderse convalidados *a posteriori*. Quizás es hora de hacer esta interpretación de nuestro ordenamiento interno, que agrada a los ojos del TJUE, e intentar pasar página resolviendo uno de los muchos problemas a los que se enfrentan las Administraciones públicas.

En definitiva, ante el goteo continuo de sentencias y el aluvión de comentarios doctrinales a favor y en contra de la fijeza, hay que reclamar al legislador que con urgencia tome medidas para proporcionar una solución conforme con la cláusula 5. Hasta ahora ha faltado voluntad política para acabar con la temporalidad en nuestras Administraciones y, aunque hay que reconocer que no es tarea sencilla y que la solución, muy probablemente, no será pacífica, es inadmisibles seguir saturando a nuestros tribunales y dificultando la ya muy complicada gestión del empleo público.

## Referencias bibliográficas

- Arrieta Idiákez, F. J. (2020). El empleo temporal en las Administraciones públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 43, 41-72. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21784>
- Arrieta Idiákez, F. J. (5 de marzo de 2024a). Contextualización y consideraciones sobre la posibilidad de convertir en fijos a empleados públicos temporales como consecuencia de la temporalidad irregular y abusiva padecida (parte I). *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2024/03/contextualizacion-y-consideraciones-sobre-la-posibilidad-de-convertir-en-fijos-a-los-empleados-publicos-temporales-como-consecuencia-de-la-temporalidad-irregular-y-abusiva-padecida-parte-i/>
- Arrieta Idiákez, F. J. (6 de marzo de 2024b). Contextualización y consideraciones sobre la posibilidad de convertir en fijos a empleados públicos temporales como consecuencia de la temporalidad irregular y abusiva padecida (parte II). *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2024/03/contextualizacion-y-consideraciones-sobre-la-posibilidad-de-convertir-en-fijos-a-los-empleados-publicos-temporales-como-consecuencia-de-la-temporalidad-irregular-y-abusiva-padecida-parte-ii/>

- Baquero Aguilar, J. (2022a). *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*. Laborum.
- Baquero Aguilar, J. (2022b). La temporalidad en las Administraciones públicas: ¿un problema «aún/no» resuelto? Comentario crítico al Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción temporal del empleo público. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 61.
- Barrachina Andrés, A. M. (2024). A vueltas con la fijeza del personal temporal: comentarios a la Sentencia TJUE de 22 de febrero de 2024. *Diario La Ley*. [https://diariolaley.laley.next.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEADWOQWvDMAyFf019KQzHoeTkS9sdCmOMLoxdVUdLzFzLs-ys-fftGioQ6Ekf7-mnYI56vBU7Yey30TZlcsGQtsgJNIXrr4aC4iVXK62zxV VgQvbZtM5I90qcKVCOKzTdf9Kz9jDxdrFGVx3S8yFSOQzsi23eIO8US\\_rzD7EYqnuIe8-vphsM-fWsq0rTE7NWNmAeyHHzEWWJMfpxfsvKMkn30BiNaSa9XYegJON1UiN-yeb\\_fv9YFEUcoelCAcXhEQkphOVOQz-46ET-sTvEAmSpjsPoPhNi0gCcbAAA=WKE](https://diariolaley.laley.next.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEADWOQWvDMAyFf019KQzHoeTkS9sdCmOMLoxdVUdLzFzLs-ys-fftGioQ6Ekf7-mnYI56vBU7Yey30TZlcsGQtsgJNIXrr4aC4iVXK62zxV VgQvbZtM5I90qcKVCOKzTdf9Kz9jDxdrFGVx3S8yFSOQzsi23eIO8US_rzD7EYqnuIe8-vphsM-fWsq0rTE7NWNmAeyHHzEWWJMfpxfsvKMkn30BiNaSa9XYegJON1UiN-yeb_fv9YFEUcoelCAcXhEQkphOVOQz-46ET-sTvEAmSpjsPoPhNi0gCcbAAA=WKE)
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (10 de octubre de 2023). Si me estabilizo según la Ley 20/2021, ¿tengo derecho a una indemnización? *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2023/10/10/si-me-estabilizo-segun-la-ley-20-2021-tengo-derecho-a-una-indemnizacion/>
- Bueno Armijo, A. (2023). La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos en Europa. Una propuesta de concepto y de garantías mínimas comunes. *Revista General de Derecho Administrativo*, 64.
- Cabeza Pereiro, J. (2023). Particularidades de los procesos suaves de estabilización del personal laboral. En M. E. Cuadros Garrido y A. Selma Penalva (Dir.<sup>as</sup>), *La contratación laboral en la Administración pública. Vicisitudes y patologías* (pp. 139-164). Colex.
- Campos Daroca, J. M. y Zafra Mata, D. (2022). *Consolidación y estabilización del empleo público temporal*. Wolters Kluwer.
- Casas Baamonde, M. E. (2024). Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y derecho de la Unión. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2. [https://doi.org/10.55104/RJL\\_00511](https://doi.org/10.55104/RJL_00511)
- Costa Reyes, A. (2023). Contratación laboral temporal irregular en la Administración pública. El rayo que no cesa. A propósito de las reformas de 2021 y la jurisprudencia del TS: desde el indefinido no fijo al fijo. *Revista de Derecho Social*, 103, 13-36.
- García Viña, J. (2022). *La nueva regulación laboral. Comentarios a la reforma laboral 2021 y 2022*. Atelier.
- Guzmán, M. E., Calvo, J. y Rodríguez Piñero, M. (27 de febrero de 2024). El tribunal de justicia da otro susto con los interinos. *Periscopio Fiscal y Legal*. PwC Tax & Legal. <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/el-tribunal-de-justicia-nos-da-otro-susto-con-los-interinos/>
- Marín Alonso, I. (2022). La cuadratura del círculo del empleo público en las reformas de 2021: de la reordenación contractual y el establecimiento de límites al abuso en la contratación temporal a la estabilización del personal y el impulso de la negociación colectiva. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 2, 106-150. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i02.04>
- Martí Millás, G. (8 de marzo de 2024). *Los indefinidos no fijos, de momento, no pasan a ser fijos con la sentencia del TJUE*. EIDerecho.com. <https://elderecho.com/los-indefinidos-no-fijos-de-momento-no-pasan-a-ser-fijos-con-la-sentencia-del-tjue>

- Miguel Beriain, I. de. (2017). La responsabilidad de los empleados públicos por el incumplimiento de sus funciones. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 43, 41-68. [https://www.jcyl.es/web/jcyl/Administracion Publica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/\\_/1284752925752/Redaccion](https://www.jcyl.es/web/jcyl/Administracion Publica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284752925752/Redaccion)
- Moreno Brenes, P. (2024). Fijos/temporales en el empleo público: el derecho de la UE no puede desplazar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. A propósito de la STJUE de 22 de febrero de 2024, sobre personal indefinido no fijo. *Diario La Ley*, 10475.
- Perchín Benito, N. (2022). La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas emergentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. *Diario La Ley*, 10075.
- Ramos Moragues, F. (2011). *El personal laboral de las Administraciones públicas*. La Ley-Wolters Kluwer.
- Roqueta Buj, R. (2019). El acceso al empleo público: principios rectores, requisitos de acceso y sistemas selectivos. En A. A. Blasco Pellicer y M. López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público* (pp. 197-242). Tirant lo Blanch.
- Sala Franco, T. (2022). *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*. Tirant lo Blanch.
- Selma Penalva, A. (2023). ¿El fin del contrato indefinido no fijo? En M. E. Cuadros Garrido y A. Selma Penalva (Dir.<sup>as</sup>), *La contratación laboral en la Administración pública. Vicesitudes y patologías* (pp. 381-410). Colex.
- Terradillos Ormaetxea, E. (5 de marzo de 2024). *Una propuesta sobre el cumplimiento de la doctrina de la STJUE (Sala 6.ª) de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22), relativa a la contratación temporal abusiva en el empleo público*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/una-propuesta-sobre-el-cumplimiento-de-la-doctrina-de-la-stjue-de-22-de-febrero-de-2024/>
- Vivero Serrano, J. B. (2009). *El acceso al empleo público laboral*. Tirant lo Blanch.
- Vivero Serrano, J. B. (29 de febrero de 2024). *La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE: ¿y ahora qué?* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-temporalidad-abusiva-en-el-sector-publico-ante-el-tjue-y-ahora-que/>
- Yagüe Blanco, S. (2024). El «indefinido no fijo de plantilla»: estado actual y perspectivas tras la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 112.

**Sara Rico Letosa.** Profesora titular de Escuela Universitaria de la Universidad de Zaragoza en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://orcid.org/0000-0002-6458-3685>



# Doctrina del paréntesis y cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente de un trabajador autónomo

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 1021/2024, de 16 de julio**

**Faustino Cavas Martínez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Murcia (España)*

cavas@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-2111-0693>

## Extracto

No procede aplicar la doctrina del paréntesis para excluir en la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente de un trabajador autónomo el periodo en que había percibido una prestación de incapacidad permanente anterior, sin obligación de cotizar. Para evitar situaciones de infraprotección por causas no imputables a los beneficiarios, debería acometerse una reforma normativa que extendiera al colectivo de personas trabajadoras por cuenta propia el sistema de integración de lagunas de cotización previsto para los trabajadores por cuenta ajena.

**Palabras clave:** incapacidad permanente; trabajo autónomo; paréntesis; lagunas de cotización; protección social; igualdad de trato; convergencia entre regímenes.

Recibido: 07-10-2024 / Aceptado: 08-10-2024 / Publicado: 07-11-2024

**Cómo citar:** Cavas Martínez, F. (2024). Doctrina del paréntesis y cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente de un trabajador autónomo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1021/2024, de 16 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 115-123. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.24117>

# Doctrine of parentheses and calculation of the regulatory base of the permanent disability pension of a self-employed worker

Commentary on Supreme Court Ruling 1021/2024,  
of 16 July

**Faustino Cavas Martínez**

*Professor of Labour and Social Security Law.*

*University of Murcia (Spain)*

[cavas@um.es](mailto:cavas@um.es) | <https://orcid.org/0000-0002-2111-0693>

## Abstract

It is not appropriate to apply the doctrine of parentheses to exclude from the regulatory base of the permanent disability pension of a self-employed worker the period in which he had received a previous permanent disability benefit, without the obligation to contribute. To avoid situations of underprotection for reasons not attributable to the beneficiaries, a regulatory reform should be undertaken that would extend to the group of self-employed workers the system of integration of contribution gaps provided for employed workers.

**Keywords:** permanent disability; self-employment; parenthesis; integration of contribution gaps; social protection; equal treatment; convergence between regimes.

Received: 07-10-2024 / Accepted: 08-10-2024 / Published: 07-11-2024

**Citation:** Cavas Martínez, F. (2024). Doctrine of parentheses and calculation of the regulatory base of the permanent disability pension of a self-employed worker. Commentary on Supreme Court Ruling 1021/2024, of 16 July. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 115-123. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.24117>

## 1. La fijación de la base reguladora en la incapacidad permanente

El nivel contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social, en tanto que mecanismo sustitutivo de las rentas generadas por el trabajo, se erige, como no podía ser de otra manera, sobre un armazón de normas que regula y condiciona el acceso a las distintas prestaciones del sistema, exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos. Entre estos, además de los actos de encuadramiento y la concurrencia del hecho causante o activación de la contingencia, adquiere singular protagonismo la cotización, que es tenida en cuenta tanto para decidir si se tiene derecho a la prestación (cuando esta deriva de contingencia común) como para determinar el importe de la misma.

Centrándonos en el supuesto de la incapacidad permanente (IP) derivada de enfermedad común, la base reguladora de la pensión será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante ([art. 197.1 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)). Esta misma regla resultará de aplicación en el supuesto de incapacidad permanente absoluta (IPA) o gran invalidez (GI) derivada de accidente no laboral sin alta ni situación asimilada ([art. 197.3 LGSS](#)).

Esta regla general se completa con otras: 1.<sup>a</sup> Las bases correspondientes a los 24 meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computarán en su valor nominal. 2.<sup>a</sup> Las restantes bases de cotización (más alejadas en el tiempo, erosionadas por el normal aumento del índice de precios al consumo –IPC–) se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el IPC desde los meses a que aquellas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el periodo de bases no actualizables a que se refiere la regla anterior. 3.<sup>a</sup> Cuando el periodo de carencia genérica exigido sea inferior a 8 años, se promediarán bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el periodo mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los 24 meses inmediatamente anteriores al mes previo a aquel en que se produzca el hecho causante. 4.<sup>a</sup> Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 % de dicha base mínima. En los supuestos en que, en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mismo, procederá la integración por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la

base de cotización correspondiente al primer periodo no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada, en cuyo caso la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

La LGSS dispone en su [artículo 318 c\)](#) que las reglas anteriores serán de aplicación en el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), salvo el mecanismo de integración de lagunas. Es aquí donde adquiere relevancia la cuestión relativa a si, ante la imposibilidad de colmar esas lagunas, puede recurrirse a la doctrina del paréntesis para neutralizar los periodos sin cotización en la base reguladora de un trabajador autónomo que solicita la IP, a fin de no resultar perjudicado.

## 2. Supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento

En muchas ocasiones, antes de que se reconozca formalmente la situación incapacitante, la persona interesada ha atravesado etapas (cuya duración puede llegar a ser considerable) durante las cuales no ha cotizado a la Seguridad Social, sencillamente porque era legalmente imposible.

En el supuesto conocido por la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS\) 1021/2024, de 16 de julio](#), de la que ha sido ponente el magistrado Juan Molins García-Atance, el debate litigioso radica en determinar si se aplica la doctrina del paréntesis para calcular la base reguladora de la pensión de IPA derivada de enfermedad común de un trabajador autónomo que había estado en situación de IPA con anterioridad, periodo de tiempo durante el cual no cotizó a la Seguridad Social. Esa primera pensión de IPA, que el autónomo recibió durante 2 años y 4 meses, fue objeto de revisión por mejoría. Al solicitar posteriormente una segunda pensión de IPA (también por enfermedad común), la entidad gestora aplicó para el cálculo de la base reguladora la fórmula prevista en el [artículo 197.1 de la LGSS](#), teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas en los 96 meses anteriores, sin extraer de dicho cómputo el periodo correspondiente a la primera situación de IPA en que no se cotizó. Esos vacíos de cotización, ni fueron omitidos en la base reguladora ni se integraron con bases mínimas, al no proceder la integración de lagunas en el RETA.

Ante este panorama (que conlleva una sensible merma en el valor económico de la pensión de IPA reconocida), el beneficiario solicita, primero en vía administrativa y después judicialmente, el reconocimiento de una base reguladora superior, aplicando para ello la teoría jurisprudencial del paréntesis, esto es, interesa que se excluya de los 8 años considerados para el cálculo de la base reguladora de la segunda pensión, como periodo «neutro», el lapso temporal en que percibió la primera pensión de IPA. La sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) formuló recurso de suplicación, el cual fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia 3403/2021, de 22 de junio (rec. 1961/2021), que confirmó la sentencia de instancia (con un voto particular), argumentando que se trata de un supuesto evidentemente

perjudicial para el beneficiario, que no le resulta a él imputable y, ante la extensa duración (más de 2 años) de la situación de IPA, aplica la teoría del paréntesis al tiempo en el que el beneficiario percibió la primera pensión de IPA por razones de equidad y a la vista del vacío normativo existente, remitiendo a soluciones jurídicas diseñadas para supuestos similares y, en particular, a la extinta invalidez provisional.

El INSS interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, esgrimiendo un único motivo en el que denuncia infracción del [artículo 197.4 de la LGSS](#). Invoca para ello como resolución de contraste la [STS de 20 de septiembre de 2011 \(rec. 4097/2010\)](#), la cual sostiene que la doctrina del paréntesis solo puede aplicarse a las situaciones de invalidez provisional y a las prórrogas del [artículo 131 bis.2 de la LGSS de 1994](#) (periodo de prórroga de la incapacidad temporal agotada y en espera de calificar la incapacidad, durante el que no subsiste la obligación de cotizar), sin que pueda extenderse a otros supuestos diferentes.

La Sala 4.<sup>a</sup> constata que existe una diferencia entre ambos pleitos, pues mientras en la sentencia recurrida se trata de un trabajador autónomo (sin que el [art. 197.4 LGSS](#) se aplique en el RETA), en la referencial la litis se refiere a un trabajador por cuenta ajena. Pero esta diferencia no excluye la concurrencia del presupuesto de contradicción, a la vista de la doctrina contenida en la [STS de 11 de octubre de 2004 \(rec. 5086/2003\)](#), que negó la aplicación de la doctrina del paréntesis a un supuesto semejante al de autos. Argumenta la sala que el hecho de que se reconozca la pensión en el RETA o en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS) no supone una diferencia relevante a efectos de la controversia litigiosa, que pretende delimitar el alcance de la doctrina del paréntesis.

### 3. Cuestiones clave determinantes de la resolución

La [sentencia objeto de este breve comentario](#) realiza un completo resumen sobre el alcance y finalidad de la doctrina del paréntesis. Esta doctrina surgió originalmente como un mecanismo interpretativo, acuñado por la jurisprudencia y asumido por algunas resoluciones administrativas, con el propósito de facilitar el cumplimiento del requisito de carencia específica (exigencia de periodos de cotización dentro de determinado lapso temporal inmediatamente anterior al hecho causante) necesario para acceder a algunas prestaciones. Conforme a la misma, cuya aparición se remonta a la [STS de 29 de mayo de 1992 \(rec. 1996/1991\)](#), ha de aislarse y neutralizarse el tiempo durante el cual concurren circunstancias que dificultaron o impidieron la cotización a la Seguridad Social, por motivos ajenos a la voluntad del beneficiario. Ello supone que el ámbito temporal dentro del cual hay que buscar las cotizaciones precisas hay que aumentarlo en el tiempo («hacia el pasado») tanto cuanto dure tal paréntesis ([Sempere Navarro, 2003](#)).

Numerosas sentencias han resuelto litigios en los que se ha solicitado la aplicación de la doctrina del paréntesis a efectos del cumplimiento del periodo de carencia específica. Entre

las más modernas, cabe citar la [STS 173/2018, de 20 de febrero](#), y la [STS 940/2018, de 30 de octubre](#). En estas sentencias se sintetiza la doctrina jurisprudencial sobre el paréntesis, en los siguientes términos: 1) No cabe, en ningún caso, la reducción de los periodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias. 2) El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo, lo cual permite entender que, desde la aprobación de la Constitución, existe una laguna legal que debe ser integrada. 3) Los tiempos excluidos del periodo computable son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. Como tales se han considerado: a) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, porque esta situación acredita el «*animus laborandi*», o lo que es igual, como señaló la [STS de 26 de mayo de 2003 \(rec. 2334/2002\)](#), «la voluntad de no apartarse del mundo laboral»; b) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar; c) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez, en que tampoco se cotiza; d) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral cuando el recluso ha mostrado durante él su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales; e) la existencia comprobada de una grave enfermedad «que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta». 4) Por igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia un «interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo», que no es revelador de esa «voluntad de apartarse del mundo laboral». Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación. 5) La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta la vida activa del asegurado, su «carretera de seguro», y también, en su caso, la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal.

La más reciente [STS 495/2023, de 11 de julio](#), resolvió que para la determinación del periodo de 10 años de los que obtener el periodo de carencia específico exigido para el reconocimiento de una pensión de IPA o GI, cuando se accede desde la situación de jubilación anticipada –que no puede considerarse situación de alta o asimilada–, no procede aplicar la doctrina del paréntesis, pues la misma actúa en supuestos en que el cese de la obligación de cotizar como determinante del periodo de carencia se produce estando el sujeto en situación de alta o asimilada; además, a efectos del cumplimiento del periodo de carencia para el reconocimiento de la IP, debe estarse al momento de la solicitud de la prestación, no a la fecha en que se jubiló anticipadamente. El Tribunal Supremo (TS) insiste en que la doctrina del paréntesis, acuñada inicialmente por la jurisprudencia, entra en juego en supuestos en los que, desde la situación de alta o asimilada al alta, existiendo déficits de cotización previos por causas ajenas a la voluntad del sujeto, pero no desconectadas de su

voluntad de estar presente en el mercado laboral, se ha permitido que esos espacios de ausencia de cotización sean sorteados para arrancar el cómputo del periodo de carencia desde el momento en que cesó la obligación de cotizar, criterios que después trasladó el legislador a la normativa aplicable.

Si bien la doctrina del paréntesis surgió asociada a la interpretación del [artículo 140.4 de la LGSS de 1994](#), con el propósito de facilitar la acreditación del periodo de carencia específica, a partir de la [STS de 7 de febrero de 2000 \(rec. 109/1999\)](#), dictada en Sala General, las cosas van a dar un giro imprevisto, pues en tal resolución se sostiene, tras varios intentos fallidos, que, cuando dentro del plazo anterior al hecho causante contemplado en el [artículo 140 de la LGSS de 1994](#) haya existido algún periodo durante el cual no existiera obligación de cotizar (como la invalidez provisional), la base reguladora debía calcularse a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que eximió el deber de cotizar, lo que equivalía a la adopción de la explicada doctrina del paréntesis en la determinación de la base reguladora de la pensión por IP (solución que, ciertamente, resultaba más favorable al interés del beneficiario), pese al tenor del [artículo 140.4 de la LGSS de 1994](#) (que establecía sin paliativos la integración de los vacíos de cotización existentes en la base reguladora con bases mínimas). En suma, el mismo criterio flexible que hizo nacer la doctrina del paréntesis para solucionar el problema de la carencia específica se declaró aplicable en materia de base reguladora de la pensión de IP, lo que suponía una palmaria desvirtuación del sistema de cálculo diseñado por la ley. Esta doctrina se extendió después a supuestos de paro o desempleo involuntario cuando no existía obligación de cotizar a cargo del Instituto Nacional de Empleo.

Esa extensión doctrinal acabó siendo rectificada por la [STS \(Pleno\) de 1 de octubre de 2002 \(rec. 3666/2001\)](#), que volvió al criterio tradicionalmente mantenido por la sala, sin perjuicio de mantener la aplicación de la citada doctrina para los supuestos de invalidez provisional y para las prórrogas del subsidio de incapacidad temporal (en los que no existe obligación de cotizar). Argumenta el TS que otras incidencias en el periodo de empleo como la incapacidad temporal o el paro involuntario no se deben resolver de acuerdo con el criterio del paréntesis, sino que quedan dentro de la regla general. En otro caso:

[...] la regla del art. 140.4 de la LGSS quedaría sin aplicación práctica alguna [...], contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la base reguladora (FD 3.º).

El criterio de la Sala 4.<sup>a</sup>, como era de esperar, ha sido inmediatamente seguido por otras muchas sentencias, igualmente dictadas en unificación. En ellas se sostiene que la doctrina del paréntesis no se puede aplicar para el cálculo de la base reguladora de la prestación: entre otras, [STS de 16 de mayo de 2002 \(rec. 1904/2011\)](#), que denegó la aplicación de la doctrina del paréntesis para calcular la base reguladora de la pensión de viudedad; [STS de](#)

[11 de octubre de 2004 \(rec. 5086/2003\)](#), que denegó la aplicación de la doctrina del paréntesis a un trabajador autónomo que había estado de baja por incapacidad laboral transitoria y fue declarado en situación de IP no definitiva (por lo que dejó de cotizar durante 5 años), considerando que la base reguladora de la posterior pensión de IP total no podía excluir ese periodo al no ser de aplicación en el RETA lo dispuesto en el [artículo 140.4 de la LGSS de 1994](#); o SSTS 361/2022, de 26 de abril, [1010/2020, de 18 de noviembre](#), 1011/2020, de 18 de noviembre, y 1013/2020, de 18 de noviembre, que rechazaron la aplicación de la doctrina del paréntesis al cálculo de la base reguladora de la pensión de IP cuando el beneficiario había percibido anteriormente pensiones de jubilación anticipada, por lo que no había cotizado durante esos espacios temporales.

La única diferencia con el supuesto ahora examinado por la Sala 4.<sup>a</sup> es que, salvo en el supuesto citado de la [STS de 11 de octubre de 2004](#), se trataba de trabajadores del RGSS, por lo que esos lapsos temporales se integraron con las bases mínimas de cotización ([art. 197.4 LGSS](#)); integración de lagunas que está excluida en el RETA por el vigente [artículo 318 c\) de la LGSS](#). Con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta, en este régimen debe aplicarse la regla general contenida en el [artículo 197.1 de la LGSS](#) para calcular la base reguladora de la pensión. No obstante, aún cabría plantearse si una interpretación en equidad podría conducir a aplicar subsidiariamente la doctrina del paréntesis a los trabajadores autónomos con descubiertos en su carrera de seguro por causas a ellos inimputables. Se trataría entonces de incluir en la base reguladora mensualidades de cotización anteriores a los 8 últimos años. Esta opción es descartada expresamente por el TS, argumentando que:

[...] dicha exclusión normativa no puede conducir a que se haga de mejor derecho a los trabajadores del RETA que a los trabajadores del RGSS, lo que sucedería si los trabajadores por cuenta ajena integrasen esos vacíos con las bases mínimas mientras que, respecto de los trabajadores autónomos, en virtud de la doctrina del paréntesis, esos periodos se considerasen «neutros» y se computasen las cotizaciones de un periodo anterior a los 8 años previos al hecho causante. Bastaría con que alguna o algunas de esas cotizaciones anteriores fuera superior a las cotizaciones mínimas, para que estos trabajadores del RETA percibiesen pensiones superiores a las que hubieran percibido si hubieran sido trabajadores del RGSS y se les hubieran aplicado las bases mínimas (FD 4.º 3).

## 4. Valoración crítica

La Sala 4.<sup>a</sup> se ha ratificado en su postura contraria (desde el giro doctrinal operado por la [STS de 1 de octubre de 2002](#)) a extender la doctrina del paréntesis, acuñada por la jurisprudencia para facilitar el cumplimiento del requisito de carencia específica (y, por tanto, el acceso a la prestación), al supuesto de cálculo de la base reguladora de una pensión, en

este caso, de IP. La sala hace hincapié en que lo discutido no es la concurrencia del periodo de carencia para el devengo de la pensión, sino la aplicación de la doctrina del paréntesis al cálculo de la base reguladora (con el propósito de mejorar la pensión resultante), que es un supuesto distinto. Y resuelve que, con la única salvedad de las situaciones de invalidez provisional (ya inexistente) y de prórroga de efectos de una incapacidad temporal agotada, los lapsos temporales sin cotización no se neutralizan, entran en el cómputo de la base reguladora de la pensión, sin perjuicio de que actúe el mecanismo de integración de lagunas previsto en el [artículo 197.4 de la LGSS](#) para los trabajadores del RGSS.

El problema es que, a diferencia de lo que acontece en el RGSS, en el RETA la inaplicación de la doctrina del paréntesis a la determinación de la base reguladora de la pensión no se ve compensada con una fórmula equivalente a la recogida en el [artículo 197.4 de la LGSS](#) para la IP (o en el [209.1 b\) LGSS](#) para la pensión de jubilación), con una única excepción que ha introducido el [Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo](#), en el [artículo 322 de la LGSS](#): si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación aparecieran, con posterioridad a la extinción de la prestación económica por cese de actividad, periodos durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, se integrarán las lagunas de cotización de los siguientes 6 meses de cada uno de dichos periodos con la base mínima de la tabla general del RETA. Salvo este excepcional supuesto, manifiestamente insuficiente y con entrada en vigor postergada hasta el 1 de enero de 2026, el resultado es una flagrante discriminación para los trabajadores autónomos que hubieran sufrido interrupciones en su carrera de seguro, los cuales, a la hora de calcular el importe de sus pensiones, no se verán favorecidos por la aplicación de ninguno de esos dos mecanismos correctores (paréntesis, integración de lagunas).

Dado que la formulación jurisprudencial sobre el alcance aplicativo de la doctrina del paréntesis es una tesis ya muy consolidada y perfectamente congruente con el conjunto del sistema protector y, más específicamente, con lo dispuesto en el tantas veces citado [artículo 197.4 de la LGSS](#), en mi opinión, lo que urge es una reforma normativa que extienda al RETA –como ya ocurrió en 2023 con los empleados y empleadas de hogar– la aplicación del sistema de integración de lagunas previsto en aquel precepto, al menos en aquellas situaciones que evidencien una conducta del trabajador autónomo reveladora de su involuntariedad de abandonar la cotización a la Seguridad Social.

# Límites de las facultades de interpretación de las Comisiones paritarias de los convenios colectivos

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 1032/2024, de 17 de julio**

**Juan Carlos García Quiñones**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad Complutense de Madrid (España)*

[juancarlosgarciaquinones@der.ucm.es](mailto:juancarlosgarciaquinones@der.ucm.es) | <https://orcid.org/0000-0001-5958-5793>

## Extracto

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2024 desestima el recurso de casación (rec. 265/2022), en relación con la facultad interpretativa de la Comisión paritaria del convenio colectivo, para concluir que la Comisión paritaria de aplicación, interpretación y vigilancia no se ha excedido del ámbito atribuido a sus competencias. La problemática que subyace bajo el conflicto jurídico suscitado son los límites de las facultades de interpretación de las Comisiones paritarias de los convenios colectivos, por el espacio difuso que separa en ocasiones la delimitación entre las funciones de administración y negociación del convenio. Sobre todo, cuando semejante labor debe acometerse, como sucede siempre con cada pronunciamiento judicial, considerando las especificidades que incorpora cada supuesto concreto. Circunstancia esta que complica sobremanera cualquier división en abstracto entre esas funciones de administración y negociación del convenio colectivo.

**Palabras clave:** negociación colectiva; convenio colectivo; Comisión paritaria; funciones de administración y negociación del convenio colectivo; retribución; salarios; paga por objetivos.

Recibido: 09-10-2024 / Aceptado: 11-10-2024 / Publicado: 07-11-2024

**Cómo citar:** García Quiñones, J. C. (2024). Límites de las facultades de interpretación de las Comisiones paritarias de los convenios colectivos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1032/2024, de 17 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 124-132. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.24125>

# Limits to the powers of interpretation of the joint Committees of collective agreements

Commentary on Supreme Court Ruling 1032/2024,  
of 17 July

**Juan Carlos García Quiñones**

*Senior lecturer in Labour and Social Security Law.*

*Complutense University of Madrid (Spain)*

[juancarlosgarciaquinones@der.ucm.es](mailto:juancarlosgarciaquinones@der.ucm.es) | <https://orcid.org/0000-0001-5958-5793>

## Abstract

The Supreme Court Ruling of July 17, 2024, dismisses the appeal (rec. 265/2022), in relation to the interpretative power of the joint Commission of the collective agreement, to conclude that the joint Commission of application, interpretation and monitoring has not exceeded the scope attributed to its powers. The problem that underlies the legal conflict that arose is the limits of the powers of interpretation of the joint Committees of collective agreements, due to the diffuse space that sometimes separates the delimitation between the functions of administration and negotiation of the agreement. Above all, when such a task must be undertaken, as always happens with each judicial ruling, considering the specificities that each specific case incorporates. This circumstance greatly complicates any abstract division between these functions of administration and negotiation of the collective agreement.

**Keywords:** collective bargaining; collective agreement; joint Commission; functions of administration and negotiation of the collective agreement; remuneration; wages; pay for objectives.

Received: 09-10-2024 / Accepted: 11-10-2024 / Published: 07-11-2024

**Citation:** García Quiñones, J. C. (2024). Limits to the powers of interpretation of the joint Committees of collective agreements. Commentary on Supreme Court Ruling 1032/2024, of 17 July. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 124-132. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.24125>

## 1. Marco normativo

Con la referencia del supuesto que resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1032/2024, de 17 de julio, sobre los límites de las facultades interpretativas de las Comisiones paritarias de los convenios colectivos, deben traerse a colación, en primer lugar, los artículos 85.3 y 91.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). En efecto, ubicado dentro del título III, «De la negociación colectiva y de los convenios colectivos», capítulo I, «Disposiciones generales», sección 1.ª, «Naturaleza y efectos de los convenios», el artículo 85 del ET, bajo la rúbrica de «Contenido», dispone en su número 3 que:

Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refieren los apartados anteriores, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente:

[...]

e) Designación de una Comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta Comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.

Más adelante, el artículo 91 del mismo texto legal, respecto a la «Aplicación e interpretación del convenio colectivo», señala en su número 1 que: «Sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción social, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la Comisión paritaria de los mismos».

Por su parte, el [Convenio colectivo de la empresa T-Systems ITC Iberia, SAU](#) (BOE de 3 de junio de 2019), para la constitución de la Comisión paritaria, establece en su artículo 10 que:

Se acuerda constituir una Comisión paritaria como órgano encargado de resolver las cuestiones que se deriven de la aplicación, interpretación y vigilancia del cumplimiento de lo acordado en el presente convenio, en el plazo de 30 días naturales desde su entrada en vigor.

Esta Comisión estará compuesta, de una parte, por seis miembros designados por la empresa y, de otra, por seis miembros designados por la representación de las secciones sindicales que han firmado el presente convenio, repartidos proporcionalmente en función de la representatividad que ostenten en el momento de constitución de la misma.

Y después, en relación con la materia controvertida que ha requerido la intervención de la Comisión paritaria, el artículo 44 del convenio citado señala sobre la «paga vinculada a objetivos» que:

Se establece una «paga vinculada a objetivos (PVO)» de carácter extraordinaria y no consolidable, que será abonada en cada uno de los años 2019, 2020 y 2021. El importe de la referida PVO podrá alcanzar como máximo la cuantía equivalente al 1,25 % de la «masa salarial anual (MS)» de la plantilla en activo en la empresa al 31 de diciembre del año correspondiente.

El importe de la PVO se distribuirá linealmente entre todas las personas trabajadoras en activo en la empresa a 31 de diciembre del año correspondiente y que continúen en activo en el momento del pago de la PVO, proporcionalmente al tiempo trabajado en el año de devengo.

## 2. Supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento

Con el referente de lo dispuesto en este último precepto convencional, la Comisión paritaria interpreta que el pago proporcional de los objetivos previsto en el párrafo segundo del artículo 44 del [convenio](#) se refiere a las personas trabajadoras que se hayan incorporado a la empresa tras el inicio del año natural o a aquellas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la finalización del mismo, pero en ningún caso afecta a las personas trabajadoras cuyo tiempo de trabajo sea inferior con motivo de los derechos reconocidos en el [artículo 37 del ET](#) y en el artículo 62 y anexo VI del [convenio](#), ni a aquellas que tengan el contrato suspendido por las causas indicadas en los [apartados c\), d\) y e\) del artículo 45.1 del ET](#) ni a aquellas que se encuentran incluidas en el [artículo 48.4 del ET](#). A partir de las referencias legales y convencionales transcritas en el epígrafe anterior, la cuestión suscitada en el procedimiento de conflicto colectivo que resuelve la [STS de 17 de julio de 2024](#) se centra, precisamente, en determinar si procede la nulidad de los acuerdos alcanzados por la Comisión paritaria en relación con el artículo 44 del [convenio colectivo](#), por entender que su interpretación excede de las facultades que se le han atribuido a la misma, suponiendo más una negociación y un nuevo redactado del artículo 44 de la norma convencional que una interpretación o aplicación del mismo. Interrogante que resuelve en sentido negativo la [sentencia citada](#), por los argumentos que exponemos a continuación, desestimando el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 21 de julio de 2022, en los autos núm. 201/2022, seguidos a instancia de FI-USO contra la empresa T-Systems ITC Iberia, SAU, y otros sobre conflicto colectivo.

### 3. Cuestiones clave determinantes de la resolución

Para la fundamentación del fallo, la [STS de 17 de julio de 2024](#) tiene en cuenta, en primer lugar, la jurisprudencia emanada de pronunciamientos pretéritos del Alto Tribunal, cuando subraya con carácter general que:

[...] las competencias de las Comisiones paritarias no se extienden a funciones de naturaleza negociadora cuyo ejercicio implica una acción normativa típica en la medida en que suponen una modificación de lo pactado, con la lógica consecuencia de que cualquier acto emanado de aquellas modificando el contenido del convenio habría de ser declarado nulo (STS de 18 de febrero de 2020, rec. 65/2009).

Del mismo modo que señala cómo:

[...] resulta consustancial a la actuación de las Comisiones paritarias que asuman funciones de interpretación, aplicación o administración de los convenios colectivos que deben limitarse a ello sin que, por el contrario, estén facultadas para sustituir la actuación de las Comisiones negociadoras de los convenios y, en consecuencia, puedan renegociar lo pactado (STS de 30 de noviembre de 2022, rec. 29/2020).

Semejante doctrina sirve así para separar claramente las competencias de las Comisiones paritarias, distinguiendo, por un lado, las funciones de negociación del convenio, incompatibles con el cometido que pertenece a las mismas; y las funciones de interpretación, aplicación y administración de los convenios, por otro lado, cuyo desempeño sí resulta acorde con las competencias que les son propias. Separación clara e incontrovertible sobre ambas tipologías de funciones que la [STS de 17 de julio de 2024](#) pone en relación con el supuesto que resuelve, para afirmar la legalidad de los acuerdos adoptados por la Comisión paritaria. Conclusión que sustenta sobre la base de los razonamientos siguientes:

- Del contenido dispuesto en el artículo 44 del [convenio colectivo](#) no cabe inferir ninguna otra interpretación que aquella a la que ha llegado la Comisión paritaria, en relación con que las personas trabajadoras cuyo tiempo de trabajo sea inferior al año del devengo con motivo de los derechos reconocidos en el [artículo 37 del ET](#) y en el artículo 62 del [convenio](#) («Reducción de jornada por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave») o en el anexo VI del mismo («Tabla de permisos retribuidos»), o tengan el contrato suspendido por las causas indicadas en los [apartados c\), d\) y e\) del artículo 45.1 del ET](#) o se encuentren incluidas en el [artículo 48.4](#) del texto legal referido (permiso por nacimiento o cuidado de hijo) devengan el concepto retributivo en cuestión como si su prestación de servicios hubiese sido a tiempo completo o sin la suspensión de servicios provocada por los citados permisos.

- La interpretación realizada por la Comisión paritaria se ciñe estrictamente a la naturaleza de esos permisos; permisos de conciliación de la vida personal y familiar, cuya dimensión constitucional ligada a la no discriminación por razón de sexo impide que su ejercicio ocasione un perjuicio a las personas trabajadoras que los solicitan y disfrutan.
- La Comisión paritaria se ha limitado a enumerar los supuestos legales de permisos retribuidos vinculados a los derechos de conciliación personal y familiar, con cita del [artículo 37 del ET](#), el artículo 62 del [convenio](#), así como la tabla de permisos retribuidos del anexo VI del [convenio](#), coincidentes con los contenidos en los dos preceptos anteriores.
- La interpretación que realizó la Comisión paritaria excluyendo a dichas personas trabajadoras y, por el contrario, especificando que el abono proporcional se refiere a aquellas personas trabajadoras que se hayan incorporado a la empresa tras el inicio del año natural o aquellas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la finalización del mismo no añade o crea derechos nuevos o excluye los existentes, sino que se limita a una interpretación acorde con la legalidad vigente, incluida en ella la jurisprudencia tanto estatal como internacional relativa a esos permisos retribuidos, sin que pueda afirmarse que se haya excedido de la mera aplicación o interpretación de la norma.

## 4. Valoración crítica

Como planteamiento inicial, la [STS de 17 de julio de 2024](#) constituye una buena ocasión para reivindicar la importancia del papel que ostentan las Comisiones paritarias en el marco de la negociación colectiva. De manera que, con carácter previo, resulta oportuno esbozar siquiera brevemente algunas ideas básicas vinculadas con las mismas en aras de reafirmar esa significación. Reflexiones a las que ha sido sensible tradicionalmente la doctrina laboralista. Para centrarnos acto seguido sobre uno de sus temas clásicos, a partir de una distinción nítida, con refrendo jurisprudencial como se ha visto, entre las funciones de negociación, por un lado, y las funciones de interpretación, aplicación o administración del convenio, por otro lado. Y, de este modo, abordar entonces con mayor criterio la controversia concreta que resuelve la [sentencia citada](#). En este sentido, la figura de la Comisión paritaria constituye una institución de arraigo universal en el campo de las relaciones laborales, en tanto la negociación colectiva se reivindica como un proceso que no concluye con la estipulación y firma del pacto, sino que por el contrario se prolonga y extiende durante toda la vigencia de este (Valdés Dal-Ré). Del mismo modo que la Comisión paritaria cumple además una doble función, como es garantizar una administración pactada del convenio, al tiempo que refuerza los hábitos negociales de los sujetos colectivos (Valdés Dal-Ré). Máxime considerando el carácter relativamente estático de nuestro sistema de negociación colectiva de reparar en el hecho de que la negociación tiene lugar a intervalos

periódicos, en momentos concretos y mediante Comisiones formalizadas (Alfonso Mellado). A partir de aquí, el proceso progresivo de institucionalización de las Comisiones paritarias ha producido importantes consecuencias de índole práctica en la conformación y desarrollo de nuestro sistema de relaciones laborales. Con dos consecuencias tangibles, primero, garantizando la presencia de ese componente dinámico de la negociación colectiva, ejerciendo como instrumento de adaptación y cierre de los contenidos normativos pactados a la realidad cambiante. Y, en segundo lugar, reivindicándose como lugar idóneo para la experimentación y desarrollo de fórmulas autónomas de solución de los conflictos laborales colectivos. Con agudeza se ha dicho que el convenio colectivo constituye un producto «semielaborado», como un conjunto de reglas que precisa ser cerrado con carácter previo a su concreción a la realidad, cuya materialización se obtiene con el auxilio de las actividades de «interpretación y aplicación» (Valdés Dal-Ré). Funciones típicas, como se sabe, de las Comisiones paritarias, por más que semejantes nociones resultan, en efecto, muy imprecisas en el contexto del lenguaje jurídico, de manera que su formulación concreta en cada supuesto es luego materia continua de controversia, como acredita la existencia de numerosas sentencias judiciales. No en vano se ha indicado que la firma del convenio pone fin al conflicto, pero solo de manera transitoria, posponiéndose a una fase posterior su solución definitiva (Valdés Dal-Ré).

Por su parte, entrando ya específicamente en esa delimitación entre funciones de administración y negociación, la diferencia entre ambas, dentro de las competencias de la Comisión paritaria, constituye como se anticipaba una materia «clásica», cuya precisión concreta está en el origen de numerosos pronunciamientos, tanto en la órbita doctrinal como en la jurisprudencia. Para una delimitación de ambos conceptos, se ha entendido que la administración del convenio se refiere a todas las cuestiones de aplicación o de interpretación del mismo y a la adaptación de sus contenidos a problemas no previstos en el convenio o según datos objetivos y prefijados, en línea con una actuación interna dirigida a actualizar la voluntad contractual expresada en el convenio. De manera que la Comisión paritaria, cuando desarrolla esta actividad, se convierte en un instrumento de aplicación funcional posterior al acuerdo, pero en estrecha relación con el mismo (González Ortega). Como posición de principio, la actividad de las Comisiones paritarias persigue así completar el convenio sin innovarlo ni retocar su contenido normativo, de igual forma que la interpretación y aplicación del convenio constituyen las funciones genuinas de las mismas (Alemán Páez y Rodríguez Crespo). Mientras que la jurisprudencia aprecia la existencia de facultades negociadoras cuando el conflicto se suscita en relación con la modificación de las condiciones pactadas, introduciendo nuevas reglas o normas para regular las relaciones laborales en cuanto a las condiciones de trabajo aplicables (González Ortega). Exégesis que puede abordarse a partir de un criterio dual, combinando un análisis pormenorizado de cada competencia junto con un examen que incida en la vertiente orgánica de la propia Comisión paritaria. A este respecto, con buen criterio se ha especificado que lo importante para calificar una determinada actividad de la Comisión paritaria como de negociación y no solo de administración del convenio es, precisamente, su virtualidad innovadora del ordenamiento convencional

(González Ortega). Sea como fuere, como evidencia la atención doctrinal y jurisprudencial dispensada a la materia, esa diferenciación entre administración y negociación en el marco de las competencias de la Comisión paritaria resulta difícil de concretar en muchos casos, una vez que la calificación, como ha tenido ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional ([Sentencia 39/1986, de 31 de marzo](#)), no depende del nombre asignado a las competencias, ni tampoco únicamente del contenido de las mismas, sino sobre todo de la función real que cumplen las decisiones de la Comisión paritaria en el contexto del convenio colectivo.

En este orden de cosas, también, para que la Comisión paritaria aparezca dotada de las herramientas de funcionamiento a efectos de poder «asegurar» su eficiencia, debe partirse de un presupuesto cuya consecución no resulta en absoluto fácil, como es que las propias partes del convenio, sin abstraerse de su interés particular, tengan una conciencia claramente favorable a la función trascendente que puede y debe cumplir la Comisión paritaria. Concienciación que puede traducirse, por ejemplo, en una llamada a la responsabilidad de las mismas para no impugnar la solución dada por la Comisión paritaria en una hipótesis concreta, únicamente porque el sentido de semejante solución no satisfaga los anhelos de alguna de las partes que suscribieron el convenio, reservando esa impugnación ante los tribunales para aquellos supuestos controvertidos desde el punto de vista jurídico. Siempre, claro está, preservando el debido equilibrio, de forma que la actuación de la Comisión paritaria no puede servir tampoco para desincentivar el acceso a la tutela judicial, máxime si semejante resultado se busca desde la imposición y no desde el convencimiento. Al tiempo que también a nivel macro, cualquier predisposición favorable a concebir la Comisión paritaria como instrumento útil y eficaz para consensuar soluciones pactadas concilia mal con la incorporación de cualesquiera elementos de imposición, activándose una suerte de resistencia natural. Es por ello por lo que las exigencias del legislador, en su proyección sobre las Comisiones paritarias, deberían limitarse a verificar de una manera efectiva su existencia, mas sin tratar de condicionar bajo cualquier fórmula imperativa un determinado resultado. En definitiva, convencer y no imponer. Cosa distinta es que después, a nivel micro, en cada controversia concreta no pueda pedirse a las partes que renuncien a su legítimo interés particular en favor del funcionamiento de una determinada institución, condicionando en un sentido u otro bajo ese supuesto interés general su decisión de acudir a la jurisdicción, una vez se haya pronunciado la Comisión paritaria acerca de la cuestión controvertida.

Poniendo en relación todas las cuestiones comentadas con el supuesto controvertido que resuelve la [STS de 17 de julio de 2024](#), en línea con la doctrina que emana de la misma, coincidimos con el Alto Tribunal al interpretar que los acuerdos alcanzados en relación con el artículo 44 del [convenio](#) por la Comisión paritaria entran claramente dentro de las facultades atribuidas a la misma, como Comisión paritaria de aplicación, interpretación y vigilancia del convenio, dentro de los márgenes atribuidos de interpretación o aplicación, sin que supongan una negociación ni tampoco un nuevo redactado del precepto convencional citado. De manera que, con la referencia del supuesto analizado, entendemos que la solución dada por la [sentencia citada](#) es, precisamente, la que hace honor en este caso a la importancia y la significación de la Comisión paritaria, enlazando con las reflexiones señaladas al comienzo

de este epígrafe, validando judicialmente el acuerdo alcanzado con anterioridad por la Comisión paritaria. En segundo lugar, como derivación directa de lo anterior, la respuesta judicial a la controversia analizada es también la más acorde y respetuosa con esa distinción nítida, aceptada por la jurisprudencia, entre las funciones de negociación y de interpretación, aplicación o administración del convenio. Incorpora, además, la [sentencia analizada](#) un interés adicional, motivado por el refrendo que hace asimismo de la sentencia recurrida (SAN de 21 de julio de 2022), también respecto a la imposición de una multa a la parte demandante por haber incurrido en temeridad procesal, confirmando que el sindicato formuló su demanda, no con la finalidad loable de velar por los intereses de las personas trabajadoras ya protegidas con la interpretación dada al artículo 44 del [convenio](#) por la Comisión paritaria, sino con el objetivo de recuperar un protagonismo sindical que no detenta por no suscribir el convenio colectivo. Cuestión que enlaza directamente con las reflexiones comentadas en líneas anteriores acerca de los peligros de instrumentalización que acechan en este caso sobre las Comisiones paritarias, de manera tal vez más acusada a como sucede respecto de otras instituciones del derecho del trabajo. Resulta consustancial entonces la labor de los tribunales para preservar su integridad en cada supuesto, conjurando los peligros derivados de esa especial «tentación instrumentalizadora», de modo que el legítimo interés de parte desde su conexión directa con la tutela judicial efectiva no acabe derivando en temeridad procesal. Afirmación esta que alcanza así todo su valor cuando se proyecta sobre las distintas cuestiones que afectan a la Comisión paritaria.

# Compatibilidad en el sector público de un contrato fijo discontinuo con otros contratos de trabajo en los periodos de inactividad

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1164/2024, de 1 de julio**

**Xavier Boltaina Bosch**

*Profesor de los Estudios de Derecho y Ciencia Política.  
Universitat Oberta de Catalunya (España)*

*Directivo público profesional, especialidad en recursos humanos  
xboltaina@uoc.edu | <http://orcid.org/0000-0002-7650-6513>*

## Extracto

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1164/2024, de 1 de julio, ha declarado que es posible la compatibilidad en la prestación de servicios entre un trabajo principal en el sector público, con carácter fijo discontinuo, y otro segundo puesto de trabajo también en el sector público, con carácter temporal, en los periodos de no prestación de servicios por inactividad.

**Palabras clave:** trabajo fijo discontinuo; Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades; personal al servicio de la Administración pública; periodo de inactividad; compatibilidad de servicios; empleo público.

Recibido: 29-09-2024 / Aceptado: 30-09-2024 / Publicado: 07-11-2024

**Cómo citar:** Boltaina Bosch, X. (2024). Compatibilidad en el sector público de un contrato fijo discontinuo con otros contratos de trabajo en los periodos de inactividad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1164/2024, de 1 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 133-141. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.24087>

# Compatibility in the public sector of a discontinuous permanent contract with other employment contracts during periods of inactivity

Commentary on Supreme Court Ruling,  
Contentious-Administrative Chamber, 1164/2024, of 1 July

**Xavier Boltaina Bosch**

*Lecturer in the Studies of Law and Political Science.*

*Universitat Oberta de Catalunya (Spain)*

*Professional public manager, specialising in human resources*

[xboltaina@uoc.edu](mailto:xboltaina@uoc.edu) | <http://orcid.org/0000-0002-7650-6513>

## Abstract

The Ruling of the Supreme Court, Contentious-Administrative Chamber, 1164/2024, of 1 July, has declared that it is possible to be compatible in the provision of services between a main job in the public sector, on a permanent discontinuous basis, with another second job also in the public sector, on a temporary basis, during periods of non-provision of services due to inactivity.

**Keywords:** discontinuous permanent employment; Law 53/1984, of 26 December, on incompatibilities; staff in the service of the public Administration; period of inactivity; compatibility of services; public employment.

Received: 29-09-2024 / Accepted: 30-09-2024 / Published: 07-11-2024

**Citation:** Boltaina Bosch, X. (2024). Compatibility in the public sector of a discontinuous permanent contract with other employment contracts during periods of inactivity. Commentary on Supreme Court Ruling, Contentious-Administrative Chamber, 1164/2024, of 1 July. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 133-141. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.24087>

## 1. Marco normativo

La cuestión resuelta por el Tribunal Supremo (TS) nace de un recurso de casación para unificación de doctrina frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia (rec. 446/2020) que se fijó en los siguientes términos en la admisión:

Determinar si el periodo de inactividad laboral en las relaciones laborales del personal temporal discontinuo debe considerarse como desempeño de actividad en el sector público y, como tal, sujeto en consecuencia al régimen de incompatibilidades regulado en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

La norma fundamental que se tiene en cuenta es la referida [Ley 53/1984](#) (en lo sucesivo, LI) y específicamente el [artículo 1](#) de la misma; igualmente, el [artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), que regula el trabajo fijo discontinuo. Aunque la sentencia no la cita –por referirse a un supuesto previo a la reforma laboral de 2021–, debería tenerse presente igualmente la [disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley \(RDL\) 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, que en este aspecto se refiere al trabajo fijo discontinuo en el sector público, vigente plenamente, aunque no ha sido incorporado al texto del ET y, finalmente, en cuanto al régimen de la Seguridad Social, a los artículos [262.1](#) y [267.1 d\)](#) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS).

## 2. Supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento

La Sentencia del TS ([STS](#)), [Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de julio de 2024](#), deriva de dos resoluciones previas: la Sentencia inicial del Juzgado Contencioso-Administrativo (JCA) número 3 de Pontevedra de 30 de septiembre de 2020 y la posterior Sentencia en recurso de apelación del TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de enero de 2022 (rec. 446/2020).

El litigio, en vía contenciosa, afectaba a un trabajador con vínculo laboral; el trabajador, como empleo principal, mantenía un contrato fijo discontinuo de carácter temporal en el servicio de prevención y defensa contra incendios forestales de la Xunta de Galicia y solicitó,

en sus periodos de inactividad, poder trabajar, temporalmente, en un determinado *concello* (ayuntamiento) de Galicia, como peón de la brigada de repoblación forestal.

Un elemento que puede crear confusión de la lectura de la [STS](#) es que se refiere constantemente a que el trabajador fijo discontinuo mantenía un contrato temporal, lo cual es aparentemente contradictorio. Hemos de deducir que este trabajador ocupaba un puesto de fijo discontinuo mediante contrato de interinidad en plaza vacante, según el fundamento de derecho primero, al señalar que el contrato principal tenía una duración «desde la fecha del contrato y mientras no fuese cubierto, se reconvirtiera o se amortizase por los procedimientos legalmente previstos».

El trabajador referido, bombero forestal de la Xunta de Galicia, solicitó poder, en su periodo de inactividad, compatibilizar su vínculo con un trabajo temporal de peón de brigada en un *concello* gallego. La Xunta denegó la compatibilidad con base en que el trabajador percibiría dos retribuciones en el sector público, sin que pudiera insertarse en alguna de las excepciones de la [LI](#).

La Sentencia de 30 de septiembre de 2020 del JCA número 3 resolvió que si bien en la situación de fijo discontinuo no hay ruptura del contrato, sino suspensión, lo cierto es que la «inactividad» implica que no hay doble retribución al mismo tiempo, por cuanto el trabajador se encuentra en situación de desempleo (arts. [262.1](#) y [267.1 d](#)) LGSS): «al no existir en los periodos requeridos una actividad efectiva real ni una contraprestación dineraria, no se daría el supuesto prohibido por la norma», siendo también fundamental que no se comprometiera la imparcialidad en el desempeño del puesto principal durante ese trabajo en periodo de inactividad. Tal ruptura del compromiso, para el juez, no se daba.

La Sentencia del TSJ (STSJ) de Galicia de 26 de enero de 2022 consideró que el periodo de inactividad no implica una suspensión del contrato de trabajo, sino exclusivamente la obligación de no trabajar y no percibir la retribución, por cuanto el ET no considera la inactividad como una causa de suspensión, estando el contrato plenamente en vigor. Al rechazar que haya una suspensión contractual y aunque el trabajador se sitúa en situación de desempleo, se computa ese periodo a los efectos de antigüedad ([STS de 1 de febrero de 2021, rec. 4073/2018](#), también [art. 16 ET](#)), por lo que se rechazó en el caso estudiado la compatibilidad, al tratarse de una «relación laboral vigente y produciendo efectos como el referido al cómputo de los periodos de inactividad a efectos de antigüedad».

Por ello, tal como hemos expuesto, el TS consideró acertado dar trámite al recurso de casación para «determinar si el periodo de inactividad laboral en las relaciones laborales del personal temporal discontinuo debe considerarse como desempeño de actividad en el sector público y, como tal, sujeto en consecuencia al régimen de incompatibilidades [...]». La [STS de 1 de julio de 2024](#) resuelve el conflicto jurídico objeto de este «diálogo con la jurisprudencia».

### 3. Cuestiones clave determinantes de la resolución

Hemos detectado dos cuestiones que se deben tener muy presentes, accesorias, pero también significativas: en primer término, que la regla general es que la persona trabajadora fija discontinua es, *per se*, fija, por lo que el supuesto de debate, aunque en una redacción confusa en la sentencia, recae en una persona trabajadora temporal, deducible que en calidad de interina en plaza vacante. Una circunstancia plenamente factible cuando la interinidad tiene como finalidad la cobertura definitiva de una plaza en la Administración que tiene la consideración de «fija discontinua».

El segundo elemento para tener en cuenta es que todo el debate reside en sede contencioso-administrativa, pese a tratarse de un vínculo laboral. La razón es que la impugnación inicial es contra una resolución administrativa de la Xunta de Galicia, como también sucedió en las SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de [6 de marzo de 2024 \(rec. 723/2023\)](#), [3 de abril de 2024 \(rec. 739/2023\)](#) y [10 de abril de 2024 \(rec. 4607/2023\)](#), sobre cómputo de los periodos de inactividad a efectos de antigüedad, pese a la existencia de otras sentencias que resuelven estos debates en la jurisdicción social, por tratarse de conflictos derivados de un contrato de trabajo.

Las cuestiones clave del litigio son las que a continuación exponemos, tomando como base tanto la [STS](#) como las dos sentencias previas, cuyos argumentos son importantes para comprender todo el *iter* procesal.

En primer término, el debate no es simple, pues como bien señaló la primera sentencia de instancia hay un criterio general en la [LI](#) según el cual no es compatible el desarrollo de dos actividades y percepción de retribuciones en el sector público, incluso aunque sea de dos Administraciones distintas –salvo las excepciones expresamente previstas en la [LI](#)–. En el caso en cuestión, hay un elemento añadido al debate, pues se trata de un trabajador –aquí temporal– que ocupa un puesto de fijo discontinuo –en situación de interinidad–, lo que implica que en los periodos de inactividad no hay suspensión contractual. Sin embargo, pese a este último dato, el juzgado contencioso ya destacó que no concurre la previsión del [artículo 1.1 de la LI](#): no se prestan servicios simultáneamente en dos puestos de trabajo en el sector público ni se perciben a la vez dos retribuciones. La conclusión del juzgado, que es avalada por el TS, es clara: no se da la incompatibilidad «cuando el fijo discontinuo permanece inactivo y no presta servicios ni percibe retribución asociada al puesto», añadiéndose que, con base en la legislación de Seguridad Social, el periodo de inactividad implica una «situación legal de desempleo», aunque no de suspensión contractual, como ya la [STS de 29 de septiembre de 2004 \(rec. 6032/2003\)](#) estableció en los términos de que ese periodo de inactividad no está previsto como suspensión contractual según el listado del ET ([art. 45 ET](#)).

En segundo término, lo que a menudo pasa desapercibido en debates jurídicos similares es que, aun aceptando la primera premisa, debe darse una segunda, que se cumple en el

caso en cuestión: se acepta por parte del JCA y el TS la segunda actividad laboral, porque no hay interferencia negativa en el desempeño de sus funciones como bombero forestal autonómico con la de peón de repoblación forestal de un ayuntamiento. Es más, a nuestro juicio, incluso podríamos añadir que, vista una y otra actividad, la interferencia si acaso sería positiva, dado el plus de especialidad del trabajador y la sinergia positiva de uno y otro trabajo en el mantenimiento de los bosques.

Igualmente, el debate –que la STSJ de Galicia resolvió en segundo término de forma distinta al juzgador de instancia y corregida finalmente por la STS– reside en que considera que, no habiendo suspensión contractual, el contrato fijo discontinuo está plenamente vigente y, por consiguiente, juega la prohibición de doble actividad en el empleo público del artículo 1 de la LI y preceptos colindantes, con base en la jurisprudencia social del TS, según la cual la inactividad implica situación legal de desempleo, pero no extinción ni suspensión del contrato (STS de 29 de septiembre de 2004, rec. 6032/2003). Al subsistir la relación, produce sus efectos de incompatibilidad de conformidad con la LI. Para el TSJ, considerar una relación sin actividad ni retribución y a la vez mantenerse vigente, computando a efectos de antigüedad, colisionaría con la LI y cualquier otra interpretación sería «forzada y de difícil encaje».

No puede negarse la dificultad interpretativa, de contenido absolutamente jurídico, del supuesto planteado. Por ello, el TS resuelve de forma favorable al trabajador y considera que la sentencia del JCA número 3 de Pontevedra acertó en su pronunciamiento, aun reconociendo que la inactividad de una persona trabajadora fija discontinua es de naturaleza no pacífica, por lo que las cuestiones clave para tener en cuenta, además de las ya citadas, son las siguientes.

En primer lugar, según el TS, la plena conformidad con la existencia de contratos fijos discontinuos en la Administración, con base en el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y el artículo 16 del ET, a lo que nosotros añadiríamos a partir de la reforma laboral de 2021 la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021. La Administración y el sector público pueden recurrir a esta modalidad contractual, porque no hay norma alguna que la prohíba y, en todo caso, desde la promulgación del RDL 32/2021 queda avallada de forma expresa.

En segundo término, la regulación que establece el artículo 16 del ET cuando se prevé que por vía de negociación colectiva sectorial es factible establecer una bolsa de empleo en donde se podrán integrar las personas fijas discontinuas en los periodos de inactividad, a fin de favorecer su contratación y su formación continuada durante este lapso de tiempo. Además, estas personas trabajadoras tienen la consideración de «colectivo prioritario» para el acceso a procesos de formación. Preceptos que son de aplicación también a la Administración y al sector público, precisamente por las propias reglas de juego del EBEP, aunque luego mantendremos un razonamiento crítico a tal posicionamiento de la STS.

Los elementos de reflexión de empleo público asumen una parte significativa y, así, el TS destaca que el [artículo 1 de la LI](#) incorpora tres reglas básicas: prohibición de doble actividad o puesto en el empleo público, prohibición de doble remuneración y salvaguarda de independencia e imparcialidad. En cuanto a la compatibilidad, destaca tres reglas esenciales: posibilidad de compatibilidad en algunos supuestos tasados, previa autorización de la compatibilidad y respeto a la jornada y horario de la actividad principal.

Por ello, se insiste en que es perfectamente factible el empleo fijo discontinuo en el sector público, incluso a tiempo parcial, y, además, del [artículo 16.5 del ET](#) se desprende que, si se prevén bolsas de trabajo para integrar a las personas inactivas, ello asume una doble finalidad: favorecer su contratación en ese periodo de ausencia de trabajo –y retribución– y su formación, lo que se deriva en la posibilidad de una segunda actividad durante ese periodo, «sin excluir que pueda serlo en el sector público» (FD 5.º 3).

Por último, en tercer término, el TS aporta un razonamiento que es especialmente clarificador. La [LI de 1984](#), aunque se aplica a todo el personal de la Administración y sector público –con las excepciones de colectivos que tienen su propio régimen de incompatibilidades, aunque ello no se señala en la [STS–](#), no puede oponerse a las reglas jurídicas básicas que regulan el trabajo fijo discontinuo y que son de aplicación al personal público con vínculo laboral. Al prever el ET la posible compatibilidad de vínculos durante el periodo de inactividad y dado que se mantienen también las obligaciones de contratación y llamamiento efectivo de la empresa principal (Administración, en este caso), se cumple y respeta el principio o regla de prohibición de doble actividad y doble remuneración, pues en ningún caso se da solapamiento. Por ello, el TS ha fijado como doctrina la legalidad de un segundo contrato en el sector público, siempre que este vínculo lo sea en el periodo de inactividad de la relación discontinua «y no impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes inherentes a ella ni comprometa la imparcialidad o independencia de su desempeño».

## 4. Valoración crítica

Personalmente comparto por completo la solución que el TS da a la cuestión. El hecho de que los periodos de inactividad computen a efectos de la antigüedad en el empleo público no colisiona con la posibilidad de que en ese periodo la persona trabajadora pueda ejercer otra segunda actividad, pues no se acumulan servicios al mismo tiempo ni doble retribución.

El hecho de que la legislación laboral y la jurisprudencia social afirmen que los periodos de inactividad deben computarse a los efectos de antigüedad se entiende como una tutela a los derechos de las personas trabajadoras fijas discontinuas, pues un criterio distinto las perjudicaría gravemente, máxime cuando la reforma laboral de 2021 desea potenciar este vínculo en detrimento de la contratación temporal y que en la Administración y sector público se explicita en la [disposición adicional cuarta del RDL 32/2021](#). Pero ello no puede

extenderse a una interpretación restrictiva aplicando el [artículo 1 de la LI](#), pues supondría que un trabajo fijo discontinuo de escasos meses –el muy habitual de meses de verano en muchas corporaciones locales, por ejemplo– impediría cualquier tipo de trabajo de esta persona trabajadora durante muchos meses, entre uno y otro llamamiento, para trabajar en otra Administración o en el sector público. Sin olvidar, por supuesto, que la LI también regula la prestación de servicios en un segundo puesto en el sector privado, aunque con un carácter mucho menos restrictivo, lo que debe deducirse que también se permite.

Todo ello, igualmente, manteniéndose la regla jurídica de que no se podrán reconocer como servicios prestados a efectos de antigüedad los del segundo puesto de trabajo, por prohibición expresa de la [LI](#), pues ya se reconocen por el primero, en los periodos de inactividad. Un criterio que se aplica en todos los supuestos en que hay dos contratos laborales al mismo tiempo en el sector público o un vínculo funcional y otro laboral, como ha sido el tradicional del profesorado con vínculo de asociado. No se duplica la antigüedad, sino que solo computa uno de los periodos a los efectos de reconocimiento y retribución –por lo demás, solo se puede cobrar por el concepto de antigüedad por uno de los puestos públicos–.

No puede obviarse que este tipo de conflictos no son de extrañar dado que la [LI de 1984](#) fue redactada en un momento histórico lejano, en el mismo año que se promulgó la primera Ley de empleo público de la democracia ([Ley 30/1984, de 2 de agosto](#)) y bajo la necesidad de poner coto a la pluriactividad o pluriempleo en dos o más puestos de trabajo públicos y a los desmanes que, heredados del régimen político anterior, acontecían en este ámbito, hasta el punto de la existencia de personal con vínculo laboral o funcional que mantenía dos o tres puestos de trabajo, incluso más, ausentándose de los del sector público, pero percibiendo retribuciones del mismo.

Sin embargo, la [LI](#), que en 2024 cumple 40 años, se promulgó en un contexto en donde ni se atisbaban o intuían determinadas formas de trabajo o prestación de servicios del futuro en el ámbito público o, si acaso, no eran utilizadas. Una de ellas era, sin duda, la existencia de la opción del trabajo fijo discontinuo –que ya existía, sin embargo, en la legislación, pero casi nunca era aplicada– como una fórmula relativamente factible en el ámbito público, que permite periodos de actividad más cortos o prolongados, lo que supone, al mismo tiempo, que una persona con vínculo fijo discontinuo puede permanecer muchos meses en desempleo, sin perder su condición de fijeza. Y en la misma línea podrían mencionarse también el teletrabajo, el trabajo a tiempo parcial o la complejidad de los servicios prestados en el sector público no administrativo, como sociedades empresariales, entidades públicas, fundaciones y consorcios.

La [LI de 1984](#) ha sido reformada en más de diez ocasiones durante estas 4 décadas, aunque, en muchos elementos, sigue desactualizada. Es una norma que asume una perspectiva restrictiva, aunque avalada por el Tribunal Constitucional, pero que debiera adaptarse a un marco de relaciones laborales de la tercera década del siglo XXI. A efectos de referencia, podemos señalar que, si bien estas reformas pueden parecer muchas, lo cierto

es que algunas han sido modificaciones de detalle, y otras para circunstancias muy específicas (2011, para los investigadores científicos; 2007, para la universidad; 1992, médicos forenses; 1986, tutores de la UNED, entre otras).

Personalmente me parece ajustada la STS y el resultado acertado, máxime cuando el empleo público laboral fijo discontinuo crece en la Administración a consecuencia de la supresión del contrato de obra o servicio determinado. Sin embargo, mi crítica iría más hacia la toma en consideración del [artículo 16 del ET](#) por parte de la sentencia, y también como consideración *ad futurum*, cuando este precepto no tiene en cuenta las circunstancias propias del empleo público. Aunque los datos de personas trabajadoras en esta modalidad son confusos y contradictorios, según el empleo registrado en la Seguridad Social, el 27 % de personas con trabajo fijo discontinuo en el ámbito privado y público tenían otro empleo registrado.

Así, la [STS comentada](#) se refiere a la protección que otorga el [artículo 16.5 del ET](#) al crear bolsas sectoriales de empleo para personas fijas discontinuas en el periodo de inactividad, pero ello se prevé exclusivamente a través de convenios colectivos de ámbito sectorial, inexistentes en la Administración, en donde no se ha articulado la negociación colectiva de sector, sino –casi– exclusivamente la empresarial. Por tanto, esta «bolsa sectorial» en el empleo público no tiene soporte en el [artículo 16 del ET](#) y muchas veces lo es, en exclusiva, gracias al convenio colectivo «de empresa» de cada Administración. Tampoco pueden darse supuestos amparados en el [artículo 16 del ET](#) en cuanto a contratos a tiempo parcial de personas fijas discontinuas con soporte en convenios sectoriales, por lo que debemos recurrir de nuevo a la negociación colectiva de cada Administración. Sin embargo, la redacción expresa del [artículo 16.5 del ET](#) no impide la regulación específica por cada Administración o la existencia de preceptos de reciprocidad entre las diversas entidades públicas, como sucede también con un supuesto tan concreto como la movilidad interadministrativa del personal laboral que, ausente en el [ET](#) y el [EBEP](#), se regula generalmente por cada convenio colectivo público en términos de reciprocidad con otros convenios colectivos.

En este sentido, el marco legal del trabajo fijo discontinuo en el sector público continúa siendo defectuoso, expuesto en lógica del sector privado, pues las circunstancias que pueden darse –como la resuelta en la [STS](#)– no son tenidas en cuenta, o simplemente son ignoradas, por el [ET](#). Prueba de ello es que la referencia específica a la Administración se incorporó en la [disposición adicional cuarta del RDL 32/2021](#) y, aunque siendo significativa, solo cercena cualquier duda sobre la posibilidad de esta modalidad laboral al destacar que «los contratos [...] fijos-discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las Administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tengan encomendados, previa expresa acreditación», pero sin añadir otros elementos propios de las entidades públicas, como el supuesto aquí analizado.

# Plazo de prescripción de las sanciones administrativas en el orden social: ¿es aplicable el establecido por norma reglamentaria en el artículo 7.3 del Real Decreto 928/1998?

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 926/2024 y 927/2024, de 25 de junio

**María Amparo García Rubio**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València (España)*

[amparo.garcia-rubio@uv.es](mailto:amparo.garcia-rubio@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0002-3657-5741>

## Extracto

Las sentencias comentadas tienen por objeto determinar el plazo de prescripción aplicable a las sanciones administrativas en el orden social. Se trata de una cuestión respecto a la que el Tribunal Supremo ofrece una solución controvertida y muestra de ello es el voto particular discrepante formulado en estas sentencias, que contribuye a un interesante debate sobre la suficiencia de rango del artículo 7.3 del Real Decreto 928/1998.

**Palabras clave:** plazo de prescripción; sanciones administrativas; orden social; principio de legalidad; reserva de ley; regulación reglamentaria; principio de especialidad.

Recibido: 03-10-2024 / Aceptado: 03-10-2024 / Publicado: 07-11-2024

**Cómo citar:** García Rubio, M. A. (2024). Plazo de prescripción de las sanciones administrativas en el orden social: ¿es aplicable el establecido por norma reglamentaria en el artículo 7.3 del Real Decreto 928/1998? Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 926/2024 y 927/2024, de 25 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 142-151. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.24105>

# Limitation period for administrative sanctions in the social order: is applicable the one established by administrative regulation in article 7.3 of Royal Decree 928/1998?

Commentary on Supreme Court Rulings 926/2024 and 927/2024,  
of 25 June

**María Amparo García Rubio**

*Senior lecturer in Labour and Social Security Law.*

*University of València (Spain)*

[amparo.garcia-rubio@uv.es](mailto:amparo.garcia-rubio@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0002-3657-5741>

## Abstract

The purpose of the judgments commented on is to determine the limitation period applicable to administrative sanctions in the social order. This is an issue to which the Supreme Court offers a controversial solution and proof of this is the dissenting opinion formulated in these judgments, which contributes to an interesting debate on the sufficiency of rank of article 7.3 of Royal Decree 928/1998.

**Keywords:** limitation period; administrative sanctions; social order; principle of legality; reservation of law; administrative regulation; principle of speciality.

Received: 03-10-2024 / Accepted: 03-10-2024 / Published: 07-11-2024

**Citation:** García Rubio, M. A. (2024). Limitation period for administrative sanctions in the social order: is applicable the one established by administrative regulation in article 7.3 of Royal Decree 928/1998? Commentary on Supreme Court Rulings 926/2024 and 927/2024, of 25 June. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 142-151. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.24105>

## 1. Marco normativo

El presente comentario está dirigido a analizar dos sentencias aprobadas por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) –la [926/2024](#) y la [927/2024](#)–, dictadas en la misma fecha –25 de junio de 2024–, que en resolución de sendos recursos de casación para la unificación de doctrina –núm. 2385/2021 y núm. 4240/2021– sientan un criterio común respecto a la importante cuestión de cuál es el plazo de prescripción de las sanciones administrativas impuestas en el orden social.

Respecto a esta controversia, el marco normativo en que se ubica el debate viene principalmente determinado por las siguientes previsiones.

En el plano constitucional resulta esencial atender al [artículo 25.1 de la Constitución española](#) (CE) y, dentro del mismo, al alcance que merece el principio de legalidad en la potestad administrativa sancionadora.

Si descendemos a la legislación administrativa común, la fecha de los hechos enjuiciados y razones de sucesión normativa hacen que debamos tener presentes dos leyes de referencia: por un lado, la hoy derogada [Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#), de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; y, por otro, la vigente [Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público. En ambas leyes, el interés se centra en la norma que regula la prescripción de las sanciones administrativas: en concreto, se trata, respectivamente, del [artículo 132.1 de la Ley 30/1992](#) y del [artículo 30.1 de la Ley 40/2015](#), que, con igual tenor, indican que las sanciones «prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan», y si estas no fijan plazos de prescripción, prevén que «las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los 3 años, las impuestas por faltas graves a los 2 años y las impuestas por faltas leves al año». Adicionalmente, otro precepto implicado en la argumentación de las sentencias es el [artículo 26.2 de la Ley 40/2015](#), que establece el efecto retroactivo de las disposiciones reguladoras de los plazos de prescripción de la sanción cuando resulten más favorables a la persona infractora.

Finalmente, por lo que se refiere a la normativa sectorial especial del orden social, la clave de la controversia reside en la inexistencia de una norma con rango de ley que concrete los plazos de prescripción de las sanciones administrativas en este ámbito específico. Si acudimos a la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS), puede comprobarse que su texto sí establece los plazos de prescripción de las infracciones ([art. 4](#)), pero no de las sanciones. A partir de esta constatación, dos preceptos adquieren protagonismo.

Uno es el [artículo 51 de la LISOS](#), que en su apartado 1 indica que corresponde al Gobierno dictar el Reglamento de procedimiento especial para la imposición de sanciones del orden social y que en su apartado 2 añade que el procedimiento sancionador se ajustará a lo previsto en dicha ley –y en la [disp. adic. cuarta de la hoy derogada Ley 42/1997](#), ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social–, siendo de aplicación subsidiaria las disposiciones de la [Ley 30/1992](#). El segundo precepto determinante es el [artículo 7.3 del Real Decreto \(RD\) 928/1998, de 14 de mayo](#), por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, cuyo tenor indica que las sanciones impuestas prescribirán a los 5 años.

En este contexto normativo, la disyuntiva que resuelve el TS en las sentencias comentadas es la de determinar si, respecto a las sanciones impuestas en el orden social, rige el citado plazo de prescripción establecido por vía reglamentaria en ese [artículo 7.3 del RD 928/1998](#) –un plazo único de 5 años– o si, por el contrario, en este punto ha de estarse a los plazos indicados en los artículos [132.1 de la Ley 30/1992](#) y [30.1 de la Ley 40/2015](#) –plazos que varían en función de la gravedad de la infracción sancionada, siendo el máximo de 3 años para las muy graves–. Sin duda, la diferencia entre una y otra alternativa es considerable, de ahí el interés de la decisión adoptada por las sentencias aquí analizadas; una decisión que no está exenta de discusión, a la luz del voto particular que acompaña a estos pronunciamientos.

## 2. Supuestos de hecho enjuiciados

En las dos sentencias comentadas, la referida controversia se suscita al hilo de supuestos que presentan los siguientes elementos comunes: de un lado, el objeto de impugnación judicial por las empresas afectadas en ambos casos es la respectiva sanción impuesta por la comisión de la infracción muy grave consistente en dar ocupación efectiva a personas trabajadoras beneficiarias de prestaciones por desempleo ([art. 23.1 a\) LISOS](#)); de otro lado, si se tiene en cuenta que como *dies a quo* del plazo de prescripción de la sanción se considera el día siguiente a aquel en que se cumplió el plazo de 3 meses para resolver el recurso de alzada –desestimación por silencio administrativo– (cfr. [art. 30.3 Ley 40/2015](#)), en uno y otro supuesto se observa que el periodo que media entre esa fecha y la de resolución expresa del citado recurso es superior a 3 años e inferior a 5.

En concreto, en la [STS 926/2024](#), el origen del litigio está en un acta de infracción extendida el 7 de abril de 2016, que generó una resolución sancionadora dictada el 24 de mayo de 2016, frente a la que se interpuso recurso de alzada el 24 de junio de 2016, cuya desestimación tiene lugar el 22 de julio de 2020. Tras la impugnación judicial de la sanción administrativa, la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 3 de Santander de 19 de febrero de 2021 (autos núm. 582/2020) declaró que dicha sanción estaba prescrita; criterio que fue confirmado en suplicación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

(STSJ) de Cantabria de 23 de abril de 2021 (rec. 213/2021), al considerar aplicable el plazo de 3 años establecido en el [artículo 30 de la Ley 40/2015](#), por tratarse de una norma sancionadora con rango de ley más favorable para el infractor ([art. 26.2 Ley 40/2015](#)). Por esta razón, en este supuesto es la Dirección General de Trabajo la que presenta el recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando que la sanción no está prescrita, pues entiende que el plazo de prescripción aplicable es el de 5 años previsto en el [artículo 7.3 del Real Decreto 928/1998](#), conforme se resolvió en la sentencia de contraste invocada (STSJ de Andalucía/Granada de 29 de octubre de 2020, rec. 559/2020).

Por lo que se refiere a la Sentencia del TS ([STS](#)) [927/2024](#), el litigio se suscita a partir de un acta de infracción de 15 de diciembre de 2014, que dio lugar a una resolución sancionadora de 25 de febrero de 2015, contra la que se presentó recurso de alzada el 26 de marzo de 2015, habiendo sido expresamente desestimado por resolución de 26 de julio de 2018. Impugnada la sanción en sede judicial, su imposición se confirma primero por la SJS número 1 de Cuenca de 28 de febrero de 2020 (autos núm. 998/2018) y después por la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de octubre de 2021 (rec. 1396/2020), procediendo a desestimar la excepción de prescripción por entender aplicable el plazo de 5 años indicado en el [artículo 7.3 del RD 928/1998](#), al tratarse de la norma especial específica a que se refiere el [artículo 132.1 de la Ley 30/1992](#). Es por ello que, en este caso, el recurso de casación para la unificación de doctrina se interpone por la empresa sancionada, invocando un pronunciamiento de contraste que, respecto a una infracción muy grave en el orden social, había considerado aplicable el plazo de prescripción de la sanción de 3 años conforme a los artículos [132.1 de la Ley 30/1992](#) y [30 de la Ley 40/2015](#) (STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2017, rec. 123/2017).

### 3. Aspectos clave determinantes del fallo y del voto particular

Respecto a los litigios indicados, las dos sentencias del TS resuelven, mediante voto mayoritario, que el plazo de prescripción de la sanción impugnada es el de 5 años fijado en el [artículo 7.3 del RD 928/1998](#), de modo que en ninguno de los supuestos enjuiciados se considera prescrita, y de ahí que su fallo sea estimatorio del recurso en la [STS 926/2024](#) y desestimatorio en la [STS 927/2024](#).

Con apoyo en lo dicho en pronunciamientos previos, este criterio mayoritario de los magistrados de la sala se fundamenta en la idea principal de que, conforme al tenor de los artículos [132.1 de la Ley 30/1992](#) y [30.1 de la Ley 40/2015](#), los plazos de prescripción de las sanciones fijados en estos preceptos tienen naturaleza subsidiaria y solo actúan en defecto de una regulación específica en la normativa legal que regula las infracciones y sanciones, de ahí que, dado que, a su juicio, el [artículo 7.3 del RD 928/1998](#) tiene esa condición de norma especial, el TS concluye que esta última previsión reglamentaria es la aplicable (*v. gr.*, SSTS de [13 de octubre de 2021](#), [rec. 3982/2018](#), y [9 de marzo de 2023](#),

rec. 417/2020). Para respaldar esta conclusión, el tribunal aduce diversos argumentos, que, en una exposición conjunta de lo indicado en una y otra sentencia, son básicamente los siguientes.

De una parte, se remarca que, si bien la LISOS no regula el plazo de prescripción de las sanciones, sí contiene una norma con rango de ley ordinaria como es su artículo 51, que, igual que también hacía la disposición adicional cuarta de la Ley 42/1997 en conjunción con su disposición final única, prevé una habilitación legal para que el Gobierno, en ejercicio de su facultad reglamentaria, regule el procedimiento sancionador especial en el orden social. En el marco de esta autorización legislativa, ese procedimiento aprobado reglamentariamente se encuentra en la actualidad en el RD 928/1998, cuyo reiterado artículo 7.3 sí contempla el citado plazo de prescripción. Respecto a dicho procedimiento especial, el TS insiste en que diversos preceptos legales –art. 51 LISOS y disp. adic. séptima Ley 30/1992– declaran la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, con la afirmación por parte de la STS 926/2024 de que «aquella Ley 30/1992 ha sido sustituida en esta materia por la Ley 40/2015, que resulta por lo tanto subsidiaria respecto a las normas singulares del procedimiento sancionador del orden social».

De otra parte, para reforzar su aplicación, el TS apunta la idea de que el plazo de prescripción de las sanciones administrativas en el orden social contenido en el artículo 7.3 del RD 928/1998 es una previsión que no cabe entender derogada, básicamente por dos razones: la primera, porque no se opone a la LISOS, dado el silencio de esta en este punto (cfr. su disp. derog. única) –ello, por más que el tribunal estime deseable que esta ley sí hubiera contemplado dicho plazo–; la segunda, porque el artículo 30.1 de la Ley 40/2015 no deroga la normativa específica precedente que fijaba otros plazos de prescripción de las sanciones, de ahí además que no exista una disposición sancionadora más favorable al infractor cuya aplicación retroactiva pueda ser invocada en virtud del artículo 26.2 de la Ley 40/2015.

Por último, por la STS 927/2024 se aduce la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 29/1989, de 6 de febrero, en que se afirmó que del artículo 25.1 de la CE no se deriva inequívocamente una reserva de ley para la regulación del plazo de prescripción de las sanciones administrativas. Con ello, el TS refrenda su afirmación de que, una vez definidas legalmente las infracciones y sanciones –con el consiguiente respeto a la reserva de ley atinente a la parte nuclear o sustantiva del derecho administrativo sancionador en materia de Seguridad Social–:

[...] restaba al reglamento la concreción procedimental para su ejercicio y así el plazo prescriptivo de aplicación, sin que la adopción de un determinado lapso por vía reglamentaria pueda calificarse de *ultra vires* ni de vulneración del principio de jerarquía normativa (FD 3.º).

Precisamente, la discrepancia sobre este último punto constituye el núcleo del voto particular emitido en las dos sentencias por el magistrado don Ángel Blasco Pellicer. En su opinión, el plazo de prescripción constituye elemento esencial y básico de la configuración de las infracciones y sanciones administrativas, por lo que su concreción debe quedar sujeta a la exigencia de reserva de ley vinculada al principio de legalidad ex [artículo 25.1 de la CE](#). Además, esta solución es la que considera impuesta por el tenor de los artículos [132.1 de la Ley 30/1992](#) y [30.1 de la Ley 40/2015](#), pues, a su juicio, cuando estos preceptos disponen su aplicación en caso de que «las leyes» que establezcan las infracciones y sanciones en una materia no prevean su plazo de prescripción, debe entenderse que el término «leyes» ha de interpretarse en sentido técnico-jurídico como norma aprobada por las Cortes Generales, dado que solo la ley puede establecer infracciones y sanciones. En consecuencia, el voto particular concluye que, también en materia laboral, la configuración de la prescripción de las sanciones mediante un reglamento de procedimiento (el [RD 928/1998](#)) resulta contraria a derecho. Por todo ello, el magistrado estima que, en los litigios resueltos, debió declararse que el plazo de prescripción de las sanciones administrativas en el orden social es el establecido en el [artículo 30.1 de la Ley 40/2015](#).

#### 4. Valoración crítica

Más que en su decisión final, el principal interés de las SSTS [926/2024](#) y [927/2024](#) estriba en el debate jurídico que generan. En efecto, la solución unificada que ofrecen estas sentencias no resulta novedosa, pues al afirmar que el plazo de prescripción de las sanciones administrativas en el orden social es el previsto en el [artículo 7.3 del RD 928/1998](#) –y no el fijado en los arts. [132.1 Ley 30/1992](#) y [30.1 Ley 40/2015](#)–, el tribunal no hace sino reiterar lo ya dispuesto en pronunciamientos previos, no solo relativos al cómputo del plazo, sino incluso algún otro en que directamente el objeto del pleito era la determinación de dicho plazo ([STS de 13 de octubre de 2021, rec. 3982/2018](#), recordada por la [STS de 9 de marzo de 2023, rec. 417/2020](#); o *vid.* [STS de 6 de julio de 2023, rec. 1136/2020](#)). Ahora bien, aunque por una parte su decisión refuerza dicho criterio, se da la paradoja de que, por otra parte, la mayor aportación de las sentencias comentadas reside en que su fundamentación y, en especial, su voto particular sacan a la luz un importante foco de discusión –el de la suficiencia de rango de la norma sectorial reguladora del plazo de prescripción–, que no fue abordado en esos precedentes y que nos lleva a interrogarnos sobre la adecuación jurídica de la solución ofrecida por el TS.

Sobre este punto, y conforme apunta la [STS 927/2024](#), es cierto que, aunque de forma parca y un tanto abierta, la [STC 29/1989, de 6 de febrero](#), afirmó que del [artículo 25.1 de la CE](#) no se deriva inequívocamente una reserva de ley para la regulación del plazo de prescripción de las sanciones administrativas (FJ 4.º). Ahora bien, dejando al margen las críticas recibidas por tal afirmación, cabe advertir que, aun cuando pudiera no considerarse una exigencia constitucional, nada impide que el legislador ordinario pueda imponer que la

regulación de dicho plazo de prescripción deba efectuarse mediante norma con rango legal. Pues bien, en atención a esta posibilidad y a efectos de valorar la solución dada por las sentencias analizadas, es necesario plantearse dos cuestiones previas: la primera, si los artículos [132.1 de la Ley 30/1992](#) y [30.1 de la Ley 40/2015](#) imponen una reserva de ley respecto a la prescripción de las sanciones; y la segunda, en caso afirmativo, si esa reserva de ley es exigible respecto a las sanciones administrativas en el orden social. Se trata de aspectos que sí son abordados en el voto particular, pero que, a mi juicio, por más que subyacen en ella, no son examinados con claridad en la argumentación aprobada por la mayoría de la sala.

Con relación al primer aspecto, y frente a la jurisprudencia mantenida respecto a situaciones previas a su aprobación (*v. gr.*, [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de julio de 2000, rec. 3125/1993](#)), nuestros tribunales parecen respaldar el criterio doctrinal extendido de que, cuando el [artículo 132.1 de la Ley 30/1992](#) indicaba que «las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan» –inciso idéntico al del actual [art. 30.1 Ley 40/2015](#)–, tal previsión está imponiendo una reserva de ley respecto a la regulación de dicha prescripción. En este sentido, y pese a no haber existido total unanimidad (*v. gr.*, STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Extremadura de 5 de junio de 1998, rec. 640/1995; STSJ de Andalucía/Granada de 3 de marzo de 2022, rec. 1866/2021), son varios los pronunciamientos judiciales para los que estos preceptos legales exigen que los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones deben establecerse por normas con rango de ley, e, incluso, esta es la interpretación que se infiere de algunas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (STS de 4 de febrero de 2004, rec. 261/2003; reiterada por STS de 4 de julio de 2006, rec. 10037/2003; o *v. gr.*, STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Asturias de 11 de abril de 2005, rec. 293/2001; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Murcia de 2 de octubre de 2007, rec. 628/2005; o *vid.* STSJ de Madrid de 15 de julio de 2020, rec. 178/2020).

Además, resulta fundamental destacar que el propio Tribunal Constitucional, en su [Auto 484/2004, de 30 de noviembre](#), ha declarado que la mención que el [artículo 132.1 de la Ley 30/1992](#) efectuaba a «las leyes» –igual a la contenida en el [art. 30.1 Ley 40/2015](#)– implica que el régimen de la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas debe regularse mediante «una ley formal» (FJ 7.º).

Si admitimos esta conclusión, la siguiente cuestión a resolver es si esa reserva de ley derivada de los artículos [132.1 de la Ley 30/1992](#) y [30.1 de la Ley 40/2015](#) es exigible al ámbito de las infracciones y sanciones en el orden social o si, por el contrario, este sector se rige en este punto por sus propias reglas especiales, incluida la posible regulación del plazo de prescripción por norma reglamentaria.

Esta segunda alternativa es la admitida por la fundamentación y fallo de las sentencias analizadas. No obstante, la aceptación de este criterio se enfrenta a algunas dificultades si atendemos a la naturaleza de la prescripción de las sanciones. En la actualidad, la tesis

defendida en la jurisprudencia es la de considerar que la prescripción de infracciones y sanciones administrativas constituye una institución sustantiva o material, y no meramente procedimental (v. gr., SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de [20 de marzo de 2009, rec. 238/2004](#); y de 15 de marzo de 2023, rec. 8037/2021). Además, tal naturaleza sustantiva podría entenderse corroborada por la ubicación normativa de la prescripción: en la etapa previa, la [Ley 30/1992](#) regulaba esta institución en el capítulo dedicado a los principios de la potestad sancionadora y no en el destinado a los principios del procedimiento sancionador; en el presente, tras la peculiar división normativa realizada en esta materia, la prescripción se regula en la [Ley 40/2015](#), que se ocupa de los principios materiales de la potestad administrativa sancionadora, frente a la [Ley 39/2015](#), que se encarga de sus aspectos procedimentales. Asimismo, manifestación concreta de ese carácter material es el tenor del vigente [artículo 26.2 de la Ley 40/2015](#), que admite el efecto retroactivo del nuevo plazo de prescripción de la sanción cuando sea más favorable a la persona infractora.

Si partimos de esa naturaleza sustantiva de la prescripción, la no aplicación en el orden social de la referida reserva de ley establecida en el previo [artículo 132.1 de la Ley 30/1992](#) y en el actual [artículo 30.1 de la Ley 40/2015](#) se enfrenta a algunos obstáculos.

De un lado, es cierto que el [artículo 51.2 de la LISOS](#) dispone que el procedimiento sancionador se ajustará a lo previsto en dicha ley, de modo que la aplicación de la anterior [Ley 30/1992](#) se contempla como meramente subsidiaria. Ahora bien, en consonancia con lo dispuesto en la [disposición adicional séptima de la citada Ley 30/1992](#), puede verse que el precepto vincula tal previsión al «procedimiento sancionador» y ya se ha señalado la tendencia a considerar la prescripción como institución sustantiva.

De otro lado, si atendemos a la comentada separación regulatoria de la potestad sancionadora en la legislación común vigente, es importante llamar la atención sobre el hecho de que la [Ley 39/2015](#) –encargada de los aspectos procedimentales– sí prevé que las actuaciones y procedimientos sancionadores en el orden social se regirán por su normativa específica y solo supletoriamente por lo dispuesto en dicha ley ([disp. adic. primera.2](#)). Sin embargo, no se incluye previsión similar en la [Ley 40/2015](#), que, con carácter de ley posterior respecto a la LISOS, es la que regula los aspectos materiales de la potestad sancionadora y que, en concreto, respecto a los plazos de prescripción de las sanciones, en su [artículo 30.1](#) solo permite separarse de los allí indicados cuando se hayan regulado otros distintos «en las leyes que las establezcan» –esto es, en normas con rango de ley, según la interpretación antes indicada–.

Llegados a este punto, y vistas las objeciones que plantea la no aplicación en el orden social de la reserva de ley ex [artículos 132.1 de la Ley 30/1992](#) y [30.1 de la Ley 40/2015](#), finalmente es necesario atender a la ley que establece las sanciones administrativas en el orden social –la LISOS–, al objeto de volver a subrayar que ninguno de sus preceptos establece el plazo de prescripción de dichas sanciones. Es más, como tampoco hacía la [disposición adicional cuarta.1 de la Ley 42/1997](#), ni siquiera la LISOS contiene una remisión

específica a que los plazos de prescripción de las sanciones se regulen en norma reglamentaria, pues tan solo su [artículo 51.1](#) establece la genérica previsión de que corresponde al Gobierno dictar el reglamento de procedimiento especial para la imposición de sanciones del orden social, con las limitaciones que, a la luz de lo dicho, puede comportar el término «procedimiento», en una lectura estricta de la expresión, pero acorde con la diferenciación que, primero la [Ley 30/1992](#), y después las Leyes [39/2015](#) y [40/2015](#), efectúan entre los principios materiales de la potestad administrativa sancionadora –entre los que incluyen la prescripción– y el procedimiento a seguir para su imposición.

Desde este enfoque, las anteriores consideraciones llevarían a concluir que el orden social no está excluido de la reserva de ley que los [artículos 132.1 de la Ley 30/1992](#) y [30.1 de la Ley 40/2015](#) establecen para los plazos de prescripción de las sanciones administrativas y que, sin embargo, no existe ninguna norma con rango de ley en este ámbito sectorial que proceda a su regulación, habiéndose aprobado además la previsión reglamentaria del [artículo 7.3 del RD 928/1998](#) cuando ya estaba vigente la citada [Ley 30/1992](#). En consecuencia, conforme a lo dispuesto en tales preceptos legales, ello supondría que, en lugar del plazo único de prescripción de la sanción fijado en dicho [artículo 7.3 del RD 928/1998](#) –5 años–, también en el orden social habrían de aplicarse los plazos de prescripción diferenciados que en su momento preveía el [artículo 132.1 de la Ley 30/1992](#) y ahora el [artículo 30.1 de la Ley 40/2015](#) –3 años por faltas muy graves, 2 por las graves y 1 por las leves–. Como puede verse, la aceptación de estas premisas conduciría a una solución muy distinta a la declarada por la mayoría de la sala en las sentencias comentadas.

En definitiva, sin ser una controversia sencilla, el razonamiento expuesto hace que, a mi juicio, el criterio seguido en estos pronunciamientos por el TS resulte cuestionable, y cuando menos creo que en su argumentación debería haber ahondado en esos puntos conflictivos que suscita el tenor de los [artículos 132.1 de la Ley 30/1992](#) y [30.1 de la Ley 40/2015](#) respecto al rango de las normas sectoriales reguladoras de los plazos de prescripción. Por ello, para cerrar cualquier duda al respecto, sería más que conveniente que el legislador incluyera una previsión en la LISOS en la que regulara el plazo de prescripción de las sanciones administrativas que estimara oportuno en el orden social, dentro de la libertad que el [artículo 30.1 de la Ley 40/2015](#) otorga a las leyes sectoriales.



# Optimización del entorno laboral: potenciando la utilización de los terceros espacios

**Miguel González-Mohino Sánchez** (autor de contacto)

*Profesor ayudante doctor de Organización de Empresas.*

*Universidad de Sevilla (España)*

[mgonzalezmohino@us.es](mailto:mgonzalezmohino@us.es) | <https://orcid.org/0000-0003-0849-276X>

**Mario Javier Donate Manzanares**

*Profesor titular de universidad de Organización de Empresas.*

*Universidad de Castilla-La Mancha (España)*

[mariojavier.donate@uclm.es](mailto:mariojavier.donate@uclm.es) | <https://orcid.org/0000-0003-4087-2535>

**Luis Javier Cabeza Ramírez**

*Profesor ayudante doctor de Organización de Empresas.*

*Universidad de Córdoba (España)*

[r62caral@uco.es](mailto:r62caral@uco.es) | <https://orcid.org/0000-0002-5603-2365>



Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de Recursos Humanos.

El jurado ha estado compuesto por: doña Ana María Calles Doñate, doña Gloria Castaño Collado, doña Natalia Grijalba Alcalde, don Alfredo Rodríguez Muñoz y don Jesús Torres Mateos.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

## Extracto

El mundo laboral contemporáneo, caracterizado por su ritmo acelerado, requiere esfuerzos continuos para potenciar tanto la productividad como la creatividad del personal laboral. En este contexto, el presente artículo examina el impacto de los denominados «terceros espacios», entornos que se encuentran en un punto intermedio entre el hogar y la oficina, y que fomentan la colaboración y la innovación. A través de un cuestionario y un análisis cualitativo comparativo de conjuntos difusos fsQCA, se investiga cómo estos espacios informales inciden en la comunicación, la creatividad y la eficacia laboral. Los resultados ponen de manifiesto la importancia de la disponibilidad de recursos, el confort del entorno y la promoción de la colaboración para aprovechar al máximo estas áreas. Este estudio proporciona una comprensión detallada de los terceros espacios y su potencial para estimular la innovación y el crecimiento económico en diversos sectores y comunidades.

**Palabras clave:** terceros espacios; comunicación; creatividad; colaboración; comodidad; entorno laboral; fsQCA.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 06-09-2024 / Publicado: 07-11-2024

**Cómo citar:** González-Mohino Sánchez, M., Donate Manzanares, M. J. y Cabeza Ramírez, L. J. (2024). Optimización del entorno laboral: potenciando la utilización de los terceros espacios. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 153-183. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22195>



# Workplace optimization: enhancing the utilization of third spaces

**Miguel González-Mohino Sánchez** (contributing author)

*Lecturer in Business Organisation.*

*University of Sevilla (Spain)*

[mgonzalezmohino@us.es](mailto:mgonzalezmohino@us.es) | <https://orcid.org/0000-0003-0849-276X>

**Mario Javier Donate Manzanares**

*Senior lecturer in Business Organisation.*

*University of Castilla-La Mancha (Spain)*

[mariojavier.donate@uclm.es](mailto:mariojavier.donate@uclm.es) | <https://orcid.org/0000-0003-4087-2535>

**Luis Javier Cabeza Ramírez**

*Lecturer in Business Organisation.*

*University of Córdoba (Spain)*

[r62caral@uco.es](mailto:r62caral@uco.es) | <https://orcid.org/0000-0002-5603-2365>

This paper has won the **Financial Studies 2024 Award** in the Human Resources category.

The jury members were: Mrs. Ana María Calles Doñate, Mrs. Gloria Castaño Collado, Mrs. Natalia Grijalba Alcalde, Mr. Alfredo Rodríguez Muñoz and Mr. Jesús Torres Mateos.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

## Abstract

The contemporary work environment, characterized by its fast-paced nature, demands continuous efforts to enhance both productivity and creativity among workers. In this context, this article examines the impact of the so-called "third spaces", environments that lie in an intermediate point between home and office, fostering collaboration and innovation. Through a survey and a qualitative comparative analysis of fuzzy sets (fsQCA), it investigates how these informal spaces influence communication, creativity, and work effectiveness. The results underscore the importance of resource availability, environmental comfort, and the promotion of collaboration to fully leverage these areas. This study provides a detailed understanding of third spaces and their potential to stimulate innovation and economic growth across various sectors and communities.

**Keywords:** third spaces; communication; creativity; collaboration; comfort; work environment; fsQCA.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 06-09-2024 / Published: 07-11-2024

**Citation:** González-Mohino Sánchez, M., Donate Manzanares, M. J. y Cabeza Ramírez, L. J. (2024). Workplace optimization: enhancing the utilization of third spaces. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 153-183. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22195>



## Sumario

1. Introducción
  2. Marco teórico
    - 2.1. Los espacios convencionales de trabajo y nuevos horizontes
    - 2.2. Los terceros espacios: concepto y características
    - 2.3. El modelo SECI y los terceros espacios: fomentando la colaboración y la innovación más allá de los límites tradicionales
  3. Planteamiento del estudio
    - 3.1. Los terceros espacios para la comunicación y colaboración
    - 3.2. La disponibilidad de recursos y comodidades en los terceros espacios
    - 3.3. Los terceros espacios para la creatividad
  4. Metodología
    - 4.1. Administración de encuestas, muestra y recopilación de datos
    - 4.2. Análisis cualitativo comparativo de conjuntos difusos
    - 4.3. Calibración
  5. Resultados
    - 5.1. Análisis de condiciones necesarias
    - 5.2. Análisis de condiciones suficientes
    - 5.3. Evaluación de soluciones
  6. Discusión de resultados
  7. Conclusiones
    - 7.1. Implicaciones prácticas
    - 7.2. Limitaciones y líneas futuras de investigación
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

En el mundo laboral actual, las empresas buscan que su personal laboral alcance mayores cotas de productividad y creatividad para obtener mayores resultados en sus vertientes económica, social y medioambiental. En el entorno laboral actual, el 87 % del personal dedica una parte significativa de su jornada a actividades fuera de su lugar habitual de trabajo (Steelcase, 2023). Estas salidas a los conocidos como «espacios informales» ofrecen al personal la oportunidad de socializar, colaborar y concentrarse en un entorno más relajado y flexible. Desde cafeterías hasta jardines, estos espacios se han convertido en lugares clave para fomentar la interacción espontánea y el trabajo en equipo. Sin embargo, una encuesta realizada por Steelcase (2021) revela que muchas empresas carecen de estos espacios, donde un 47 % de los empleados y empleadas informan que no pueden acceder a ellos cuando los necesitan o que, simplemente, no existen.

El término «tercer espacio» nos introduce en una nueva forma de concebir el entorno laboral y social. Estos espacios, que no encajan completamente en la categoría de oficina, se definen por su carácter colaborativo y su capacidad para fomentar el intercambio de conocimientos y habilidades (Demoulin, 2019). Desde los populares espacios de *coworking* hasta los innovadores *fab-labs*<sup>1</sup> y *hackerspaces*<sup>2</sup>, cada uno con su enfoque único, encontramos los terceros espacios, que ofrecen un entorno propicio para la experimentación, la colaboración y la creación. Mediante experiencias como la integración del trabajo con una microgranja urbana, o la creación de espacios donde los miembros comparten conocimientos y herramientas, exploramos la diversidad y vitalidad de este fenómeno en constante crecimiento (Demoulin, 2019).

---

<sup>1</sup> Un *fab-lab*, abreviatura de laboratorio de fabricación, constituye un espacio dedicado a la fabricación digital accesible a nivel personal o comunitario. Aquí, se materializan objetos físicos mediante el uso de maquinaria controlada por computadoras. A diferencia de las grandes instalaciones industriales, los *fab-labs* se caracterizan por su tamaño más reducido y su enfoque centrado en la participación y colaboración dentro de la comunidad. Estos espacios fomentan la creatividad y la innovación al proporcionar acceso a herramientas y tecnologías de fabricación avanzadas, brindando así oportunidades para la experimentación y el aprendizaje práctico en diversos campos como la ingeniería, el diseño y la creación artística.

<sup>2</sup> Un *hack-lab*, también conocido como *hackspace* o *hackerspace*, es un espacio físico destinado al encuentro, la socialización y la colaboración entre individuos interesados en diversas disciplinas como la ciencia, las nuevas tecnologías, las artes digitales o electrónicas, así como en temas afines o relacionados con estos campos. Es un lugar donde el personal puede compartir conocimientos, explorar proyectos creativos y colaborar en la creación de nuevas ideas y tecnologías mediante el intercambio de habilidades y experiencias.

Sin embargo, a pesar de su creciente popularidad, los terceros espacios enfrentan desafíos en términos de financiación y reconocimiento institucional. La implicación de los Gobiernos locales y las autoridades contribuyen a la sostenibilidad y a su integración en políticas más amplias de promoción del emprendimiento y la innovación. A medida que este fenómeno continúa expandiéndose por todo el mundo, es fundamental reconocer su potencial como motor de cambio y crecimiento económico.

El objetivo principal del artículo es ofrecer una comprensión exhaustiva de los terceros espacios, abarcando desde su definición y características hasta su utilización en el entorno laboral. Este objetivo se sustenta en evidencia empírica y metodológica. Para lograrlo, se examinarán la comunicación-colaboración, la disponibilidad de recursos y la creatividad como elementos clave para la utilización efectiva de estos espacios.

El artículo comienza por establecer un marco teórico que introduce el concepto de terceros espacios, discute sus características, evolución y beneficios percibidos por el personal laboral. Se examina cómo estos espacios facilitan la comunicación y colaboración, así como su impacto en la creatividad. También se aborda la importancia de la disponibilidad de recursos y comodidades en estos espacios. La metodología describe el enfoque de investigación, incluyendo encuestas y análisis de datos, mientras que los resultados presentan hallazgos sobre las condiciones necesarias y suficientes para la utilización efectiva de terceros espacios en entornos laborales.

## 2. Marco teórico

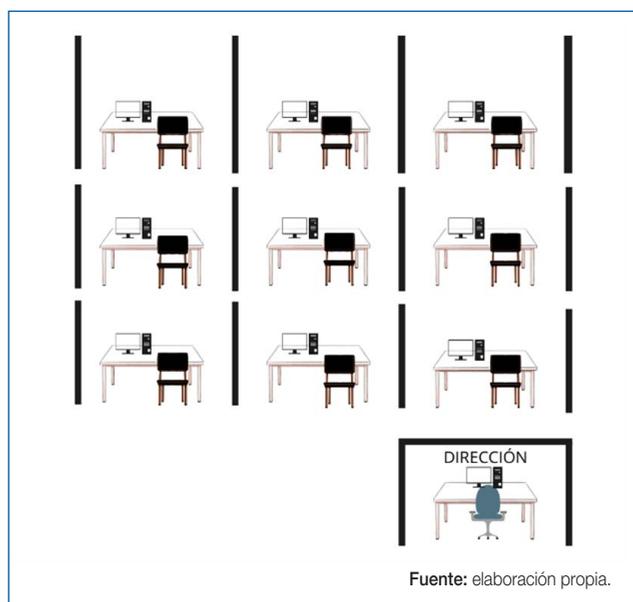
### 2.1. Los espacios convencionales de trabajo y nuevos horizontes

Los espacios de trabajo convencionales, a menudo caracterizados por su estructura jerárquica y la asignación de espacios fijos para el personal, han sido durante mucho tiempo el estándar en el entorno laboral (véase imagen 1). En estas configuraciones, el personal laboral suele trabajar en horarios predefinidos, con comunicación y colaboración que se produce principalmente de manera presencial y directa. La dirección suele supervisar de cerca las actividades y proyectos, brindando orientación y *feedback* de manera regular.

A pesar de su larga historia y su arraigo en muchas organizaciones, los espacios de trabajo convencionales han enfrentado críticas y desafíos en los últimos años (Berbegal Mirabent, 2021). La rigidez de su estructura puede limitar la creatividad y la innovación al imponer barreras a la colaboración espontánea y a la libre circulación de ideas. Además, la naturaleza estática de estos entornos puede no ser adecuada para las demandas cambiantes de la fuerza laboral moderna, que valora la flexibilidad y la movilidad.

En respuesta a estas limitaciones percibidas, ha habido un aumento en la exploración de modelos alternativos de trabajo y espacios laborales. Es fundamental reconocer que, en la actualidad, el entorno laboral está experimentando cambios significativos impulsados por la digitalización y la adopción de nuevas formas de trabajo, como el teletrabajo o trabajo remoto (Vayre, 2022). Estas transformaciones están desafiando los modelos tradicionales de organización y gestión de equipos. La dirección debe adaptarse a estas nuevas dinámicas, encontrando formas efectivas de supervisar y apoyar a sus equipos a distancia. Esto puede requerir el desarrollo de habilidades de liderazgo digital, así como la implementación de nuevas estrategias de comunicación y gestión del rendimiento.

Imagen 1. Modelo tradicional de oficinas



Esto ha llevado al surgimiento de tendencias como el trabajo remoto, donde el personal laboral pueda realizar sus tareas desde ubicaciones fuera de la oficina central, y los espacios de *coworking*, que ofrecen entornos compartidos donde profesionales de diferentes empresas pueden trabajar juntos en un ambiente más colaborativo y flexible. Recientemente encontramos los llamados terceros espacios, que veremos a continuación.

## 2.2. Los terceros espacios: concepto y características

El término «terceros espacios» se refiere a entornos físicos que no son ni el hogar (primer espacio) ni el lugar de trabajo o estudio (segundo espacio), sino que funcionan como espacios

públicos donde las personas pueden reunirse, socializar, trabajar, estudiar o simplemente pasar el tiempo de manera informal. Se trata de un espacio intermedio entre el «lugar de trabajo» y el «lugar de encuentro». Estos espacios suelen tener una atmósfera más relajada y pueden incluir cafeterías, bibliotecas, parques, centros comunitarios, clubes, entre otros.

Profundizando en el concepto de los «terceros espacios», vemos que autores como Edward Soja (2008) y Bhandari (2022) lo definen como más que un simple lugar físico, es un espacio mental, una categorización precisa de la experiencia de quienes viven en las modernas ciudades, pero no son originarios de ellas. Para ellos, su espacio mental no pertenece ni al lugar de origen ni al de acogida, sino a un tercer espacio, una amalgama de ambos y otras circunstancias. Esta idea, menos explorada, resalta el potencial de la ciudad como un tercer espacio mental, donde los individuos se exponen a lo inesperado y tienen la oportunidad de interactuar con otros diferentes, volviéndose menos extraños.

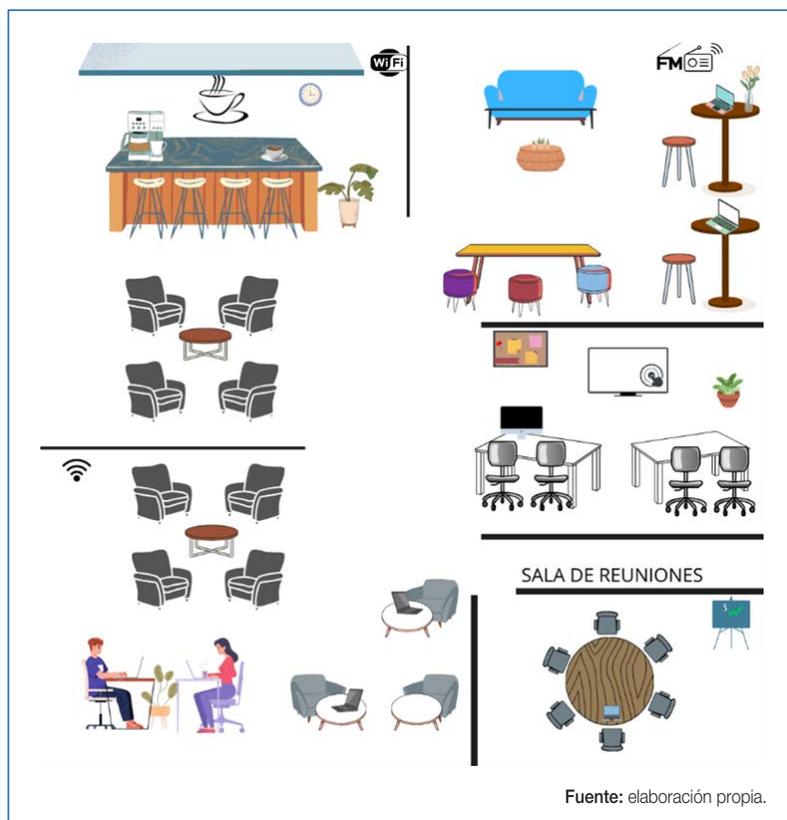
Los terceros espacios desempeñan un papel importante en la vida social y cultural de las comunidades, ya que ofrecen un lugar neutral y accesible donde las personas pueden interactuar fuera de sus entornos habituales. Estos lugares fomentan la interacción social, la creatividad, el intercambio de ideas y la construcción de redes sociales.

Algunas características comunes de los terceros espacios incluyen: la accesibilidad, un ambiente acogedor, una amplia gama de actividades, la comodidad y la flexibilidad. En primer lugar, la accesibilidad. Estos espacios suelen estar abiertos al público y son accesibles para una amplia gama de personas, independientemente de su estatus socioeconómico o afiliación. Además, destacan por su ambiente acogedor. Los terceros espacios suelen ofrecer un ambiente confortable que invita a la relajación y la interacción social, lo que los convierte en lugares agradables para trabajar o socializar. Otra característica es la variedad de actividades. Estos espacios pueden ofrecer una amplia gama de actividades, como reuniones informales, eventos culturales, programas educativos, talleres, entre otros, lo que los convierte en centros de actividad y creatividad.

Asimismo, suelen proporcionar facilidades básicas. Los terceros espacios suelen contar con comodidades como asientos confortables, conexión wifi, acceso a bebidas y alimentos, entre otros servicios, para garantizar la comodidad y la conveniencia de quienes los utilizan. Por último, la flexibilidad es una característica clave. Estos espacios suelen ser flexibles en términos de uso del espacio, permitiendo a las personas adaptarlos a sus necesidades y preferencias, lo que los convierte en entornos versátiles y adaptables a diferentes usos y actividades.

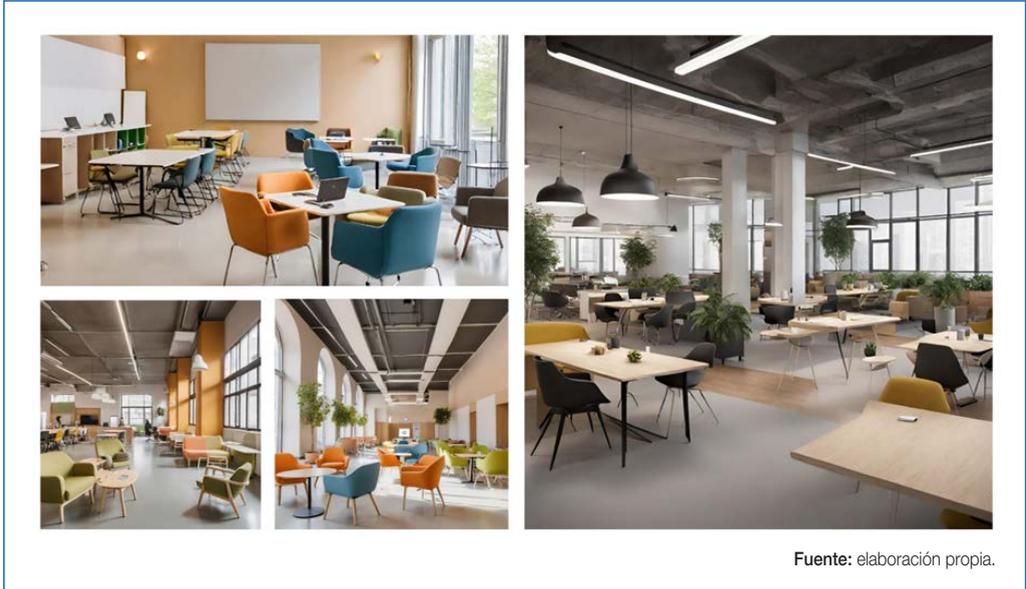
Los terceros espacios han ganado relevancia en la era digital, ya que también pueden incluir plataformas en línea como foros de discusión, grupos de redes sociales o salas de chat que sirven como lugares virtuales para la interacción social y el intercambio de ideas. Además, estos lugares ofrecen opciones para el esparcimiento, con cafés, bares y cocinas compartidas, fomentando así la interacción social y el intercambio de ideas en un ambiente acogedor y culturalmente enriquecedor (véase imagen 2).

Imagen 2. Propuesta de terceros espacios



La plantilla de la empresa u organización utiliza estos espacios informales principalmente para llevar a cabo reuniones rápidas y relajadas, socializar con el resto del personal y buscar privacidad para concentrarse en su trabajo. Los beneficios percibidos incluyen romper la monotonía, crear confianza entre el personal y mejorar el bienestar emocional y cognitivo al tener mayor control sobre su entorno laboral. Para que estos espacios sean efectivos, es crucial que estén bien equipados con tecnología para compartir información, acceso a la electricidad y pizarras para tomar notas. Además, deben fomentar diferentes posturas y proyectar un ambiente inspirador y versátil (véase imagen 3).

Aunque los espacios informales son altamente valorados, aún hay margen para mejorarlos. Las personas trabajadoras cada vez desean una mayor conexión con la naturaleza, una mejora en la interacción informal con el personal, mayor privacidad acústica y visual, y una mayor ergonomía. La generación *millennial*, con su enfoque tecnológico y su necesidad de creatividad, ha contribuido al crecimiento de estos espacios, junto con la transformación digital y la democratización del diseño del espacio de trabajo.

**Imagen 3. Diseños de terceros espacios**


Fuente: elaboración propia.

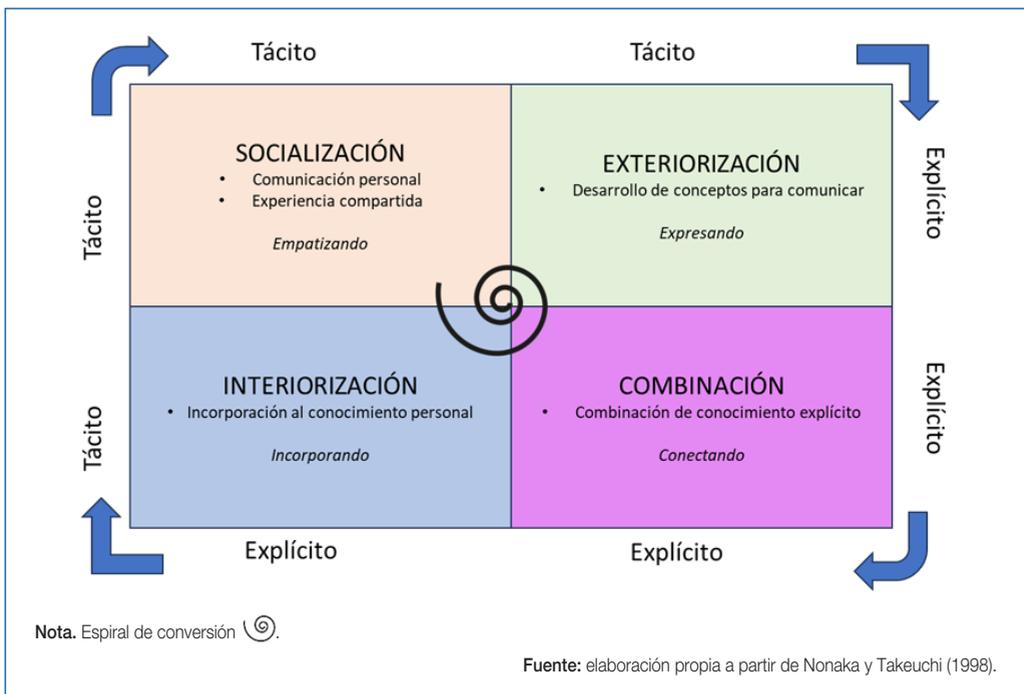
Los «terceros espacios» han surgido como refugios acogedores para quienes buscan escapar del bullicio de la oficina y encontrar inspiración en entornos alternativos. Según un informe de 2018, existen aproximadamente 1.800 «terceros espacios» en Francia, evidenciando un crecimiento significativo en este sector. A nivel mundial, en 2017, se registraron más de 10.000 espacios de cotrabajo en todo el mundo, con una membresía total que superaba el millón. Se proyectaba que esta cifra aumentaría a 1,7 millones para principios de 2019, señalando un fenómeno en expansión. La región de Asia-Pacífico y la India lideran en cantidad de terceros espacios, con más de 4.000, seguidas por los Estados Unidos, con alrededor de 3.200, y Europa, con aproximadamente 3.000. Esta distribución geográfica refleja la amplia adopción de esta tendencia en diferentes partes del mundo (Demoulin, 2019).

### 2.3. El modelo SECI y los terceros espacios: fomentando la colaboración y la innovación más allá de los límites tradicionales

El modelo SECI, desarrollado por Ikujiro Nonaka y Hirotaka Takeuchi en la década de los noventa, es una teoría fundamental en la gestión del conocimiento que explora cómo se crea, se comparte y se gestiona el conocimiento dentro de las organizaciones (Nonaka y Takeuchi, 1998). El término «SECI» representa las cuatro formas de conversión del conocimiento: socialización, externalización, combinación e internalización (véase imagen 4) (Nonaka, 1998):

- **Socialización.** En esta etapa, el conocimiento tácito se comparte a través de la experiencia compartida y la observación. Los individuos internalizan el conocimiento de otros mediante interacciones informales. Por ejemplo, cuando un experto transmite conocimiento práctico a un aprendiz mediante la observación y la imitación.
- **Externalización.** En esta fase, el conocimiento tácito se convierte en explícito a través de la articulación y la comunicación. Se expresa y codifica en formas comprensibles para otros, como símbolos o modelos conceptuales. Por ejemplo, cuando un equipo crea un modelo conceptual para comunicar ideas complejas.
- **Combinación.** Aquí, el conocimiento explícito se combina y sintetiza para crear nuevo conocimiento. La información se integra para generar nuevas ideas o productos. Por ejemplo, cuando se combinan datos y análisis para tomar decisiones estratégicas.
- **Internalización.** En la fase final, el conocimiento explícito se internaliza nuevamente en conocimiento tácito a través de la experiencia y la práctica. Las personas asimilan y aplican el conocimiento en su trabajo diario, contribuyendo así a la creación de nuevos conocimientos. Por ejemplo, cuando la plantilla laboral aprende nuevas habilidades a través de la formación y las aplica en situaciones reales de trabajo.

Imagen 4. Modelo SECI



El modelo SECI de Nonaka y Takeuchi podría ser especialmente relevante para los conocidos como «terceros espacios» debido a su naturaleza de fomentar la interacción social, la colaboración y la creación de conocimiento compartido en entornos fuera de los tradicionales lugares de trabajo o estudio. En primer lugar, la socialización y la externalización son aspectos clave en los terceros espacios. En estas etapas, las personas pueden compartir sus experiencias y conocimientos de manera informal, lo que facilita la socialización del conocimiento tácito. Además, el ambiente relajado favorece la externalización del conocimiento, donde las conversaciones informales y los debates pueden llevar a la expresión y comunicación de ideas de manera más fluida. En segundo lugar, la combinación de conocimiento explícito es una dinámica natural en estos entornos. Al reunir a personas con diferentes experiencias y habilidades, los terceros espacios se convierten en lugares propicios para fusionar ideas y conocimientos en proyectos interdisciplinarios. Esto puede conducir a la generación de nuevas soluciones y enfoques innovadores. Finalmente, la internalización del conocimiento también ocurre en los terceros espacios. En este punto, los individuos tienen la oportunidad de poner en práctica nuevas ideas y habilidades de manera directa, lo que contribuye a la asimilación y aplicación del conocimiento en su trabajo o actividades diarias.

### 3. Planteamiento del estudio

#### 3.1. Los terceros espacios para la comunicación y colaboración

Una colaboración efectiva durante la etapa inicial de un proyecto conducirá a menos problemas durante las etapas posteriores, más complejas, de diseño y construcción (Garber, 2014). La colaboración con enfoques de resolución de problemas múltiples puede alinear las opiniones de diferentes partes interesadas hacia una base común que pueda resultar más óptimamente en valiosos conocimientos del proyecto (Yu *et al.*, 2022). Kim *et al.* (2020) señalan que los servicios de redes sociales pueden aumentar la clarificación de ideas y el intercambio de información para apoyar la colaboración activa. Combrinck y Porter (2021) encontraron que las etapas iniciales del diseño se benefician directamente de la colaboración entre las personas trabajadoras. Se ha enfatizado que las modalidades digitales y la colaboración afectan la calidad, eficiencia y precisión del diseño. Los entornos de colaboración facilitan una mayor eficiencia en tiempo y costes, y se han vuelto cada vez más relevantes (Yu *et al.*, 2022).

Un entorno que facilite la comunicación efectiva y la colaboración entre el personal favorecerá su utilización. Además, tendrá un impacto positivo en su desempeño laboral. Cuando el personal tiene la oportunidad de comunicarse abierta y libremente con sus compañeras y compañeros, así como de colaborar estrechamente en proyectos y tareas, se crea un sentido de comunidad y pertenencia en el lugar de trabajo (Ansio *et al.*, 2020). Esta conexión

con el resto de los compañeros y compañeras no solo mejora la moral y el compromiso del personal, sino que también promueve la creatividad, la resolución de problemas y la innovación. Además, al proporcionar un entorno donde las ideas pueden fluir sin obstáculos y donde se pueden compartir conocimientos y experiencias, se fomenta un ambiente de aprendizaje continuo y crecimiento profesional. En última instancia, esto se traduce en un aumento en la eficiencia, la calidad del trabajo y el logro de los objetivos organizacionales. Con base en lo anterior se establece la siguiente proposición:

P<sub>1</sub>: «La percepción de que los terceros espacios son lugares propicios para la comunicación y la colaboración está positivamente relacionada con la frecuencia de su utilización».

### 3.2. La disponibilidad de recursos y comodidades en los terceros espacios

La organización del entorno laboral desempeña un papel fundamental en la configuración de los terceros espacios, creando entornos laborales y sociales que promueven la comodidad y la eficiencia. Desde el mobiliario hasta la iluminación, cada elemento contribuye a una disposición estratégica que mejora la experiencia tanto del personal como de la clientela (Actiu, 2023).

En un mundo dinámico y compartido, la búsqueda de comodidad, tranquilidad y privacidad se vuelve cada vez más importante. Por ello, contar con soluciones innovadoras, como mobiliario modular y tecnología integrada, ofrece un valor añadido a las empresas y permite a las personas mejorar su bienestar físico y emocional (Cruz y Pombo, 2023). Según Actiu (2023), las cabinas acústicas son una respuesta eficaz para resolver las necesidades de privacidad en entornos compartidos, como los terceros espacios. Además, la armonía y la estética son aspectos clave en su diseño, generando ambientes visualmente atractivos y acogedores que promueven el bienestar de quienes los ocupan. Las líneas limpias y las formas redondeadas son elementos fundamentales en el diseño contemporáneo de estos espacios, creando ambientes equilibrados y armoniosos que destacan por su belleza y ligereza. Esta tendencia hacia un diseño orgánico y fluido se espera que continúe creciendo en el futuro.

La disponibilidad de recursos puede incluir desde herramientas de trabajo adecuadas, tecnología funcional, mobiliario ergonómico, hasta suministros de oficina necesarios para realizar las actividades laborales de manera eficiente. Por otro lado, las comodidades pueden abarcar aspectos como un entorno físico agradable, áreas de descanso cómodas, servicios de cafetería, instalaciones sanitarias adecuadas, entre otros. Cuando el personal empleado percibe que tiene acceso a estos recursos y comodidades en su lugar de trabajo, se siente valorado y apoyado por la organización (Valcour *et al.*, 2011). Esto puede aumentar su satisfacción laboral, su compromiso con la empresa y su productividad. Además, la presencia

de recursos y comodidades adecuadas puede influir en la percepción de la plantilla laboral sobre la calidad de su entorno laboral, lo que a su vez puede tener un impacto positivo en su actitud hacia el trabajo y su disposición para utilizar activamente el espacio disponible. De este modo se plantea la siguiente proposición:

P<sub>2</sub>: «La percepción de comodidad y disponibilidad de recursos está positivamente relacionada con la frecuencia de utilización de terceros espacios».

### 3.3. Los terceros espacios para la creatividad

Los terceros espacios desempeñan un papel decisivo en el fomento de la creatividad al proporcionar un entorno estimulante y colaborativo donde el personal de plantilla puede converger, las ideas pueden fluir y la innovación puede prosperar. Son catalizadores de creatividad y motores de cambio, impulsando el progreso y la excelencia en una amplia gama de disciplinas y campos de estudio. En estos lugares de encuentro e intercambio, la creatividad se convierte en una fuerza impulsora que trasciende las limitaciones convencionales (Caccamo, 2020). La atmósfera dinámica y estimulante de los terceros espacios propicia la incubación de ideas innovadoras y la colaboración interdisciplinaria. Desde cafeterías hasta salas de reunión, estos espacios brindan un refugio donde el personal puede alejarse de las rutinas diarias y explorar nuevas formas de pensamiento. La diversidad de experiencias y perspectivas enriquece el proceso creativo, cuestionando suposiciones arraigadas y estimulando una reflexión crítica más profunda.

Los encuentros fortuitos y las conversaciones informales pueden conducir a la conexión de ideas aparentemente inconexas, generando soluciones innovadoras y perspectivas frescas sobre problemas complejos. La libertad y flexibilidad que se experimenta en estos espacios permite a los individuos explorar nuevas ideas sin restricciones, fomentando la innovación y el pensamiento fuera del espacio habitual de trabajo. La colaboración entre personas con diferentes habilidades y antecedentes facilita el intercambio de conocimientos y la co-creación de soluciones creativas a desafíos comunes (Stier y Smit, 2021). Esta colaboración enriquece el proceso creativo al combinar diversas perspectivas y habilidades, contribuyendo al desarrollo de ideas más sólidas y completas.

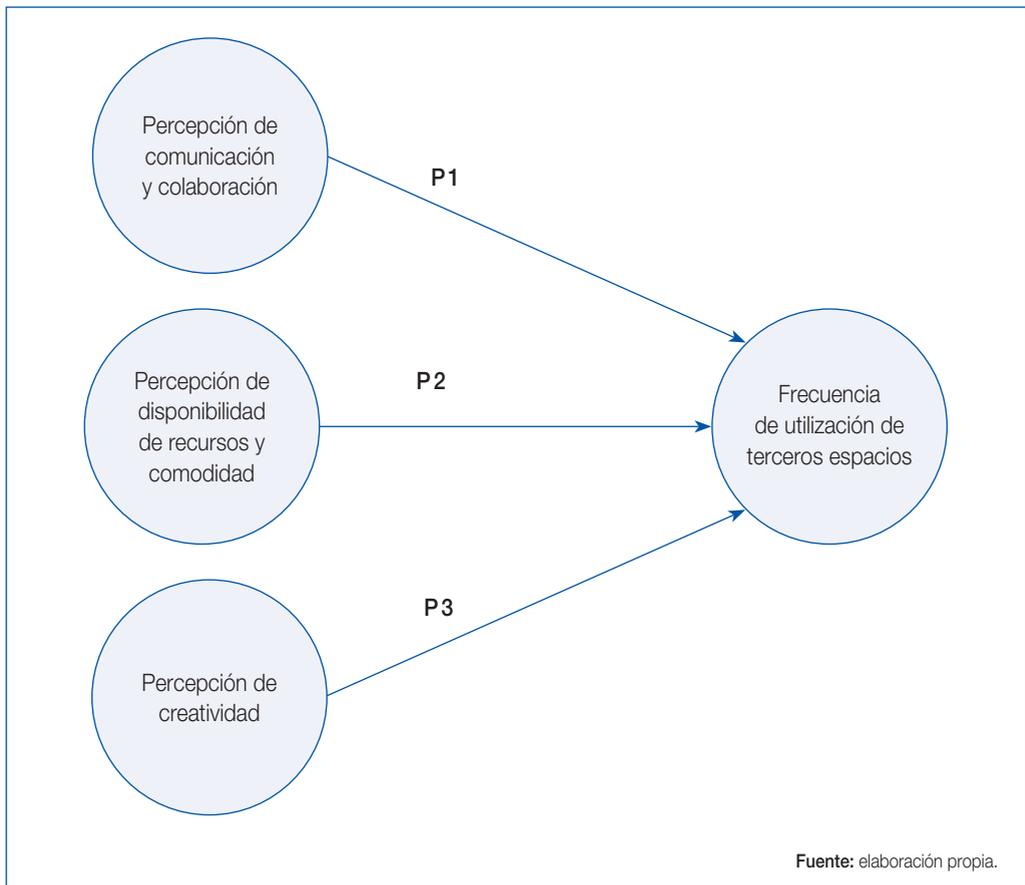
Los terceros espacios han cobrado relevancia, reflejando una transformación en la organización del trabajo y la innovación colaborativa. Estos entornos híbridos entre lo laboral y lo social promueven la interacción, el intercambio de conocimientos y la creatividad (Demoulin, 2019). La creación de un ambiente que fomente la creatividad puede incluir la implementación de estrategias como la organización de sesiones de lluvia de ideas, la creación de espacios de trabajo abiertos y colaborativos, la incorporación de elementos visuales inspiradores, y la promoción de una cultura empresarial que valore la experimentación y el pensamiento innovador (Meinel *et al.*, 2017). Cuando se brinda a la persona trabajadora

con la oportunidad de compartir ideas y participar en actividades creativas e innovadoras, se crea un sentido de pertenencia y colaboración que puede motivar a utilizar activamente el espacio de trabajo para desarrollar y llevar a cabo sus proyectos. Además, el intercambio de ideas y la colaboración pueden conducir a la generación de soluciones innovadoras y al desarrollo de nuevos enfoques para abordar desafíos laborales. De este modo se plantea la siguiente proposición:

**P<sub>3</sub>**: «La percepción de que los terceros espacios promueven la creatividad y la generación de ideas está positivamente relacionada con la frecuencia de su utilización».

A continuación, podemos ver el modelo de investigación planteado con las tres proposiciones:

Imagen 5. Modelo de investigación planteado



## 4. Metodología

En esta sección, presentamos el método utilizado en este estudio para examinar y evaluar el modelo de investigación propuesto. Basándonos en la discusión anterior, se llevó a cabo una investigación empírica para examinar cómo determinadas características incitan a las personas trabajadoras al uso de estos terceros espacios. Empleamos un método de pensamiento configuracional (es decir, análisis cualitativo comparativo de conjuntos difusos –fsQCA–) para investigar cómo las condiciones combinadas conducen a un resultado (Ragin, 2018).

### 4.1. Administración de encuestas, muestra y recopilación de datos

Nuestra encuesta incluyó a 70 directivos y directivas de Cruz Roja. Para garantizar la validez de las respuestas, el cuestionario comienza preguntando si cuentan con algún puesto de responsabilidad en la organización y los años que llevan en ella. Solo quienes respondieron afirmativamente a estas preguntas fueron incluidos en nuestra muestra. Los datos se recopilaron en 2024 a través de una encuesta. La elección de Cruz Roja para este estudio es idónea por varias razones.

Primero, su compromiso con la ayuda humanitaria y el bienestar social garantiza la relevancia del tema. Además, su experiencia en situaciones de crisis proporciona un contexto real para comprender cómo los terceros espacios pueden influir en el bienestar emocional del personal. Cruz Roja opera en diversos entornos, lo que permite obtener una perspectiva amplia sobre el tema. Además, su enfoque en la innovación refleja un interés en mejorar el bienestar del personal y optimizar la respuesta humanitaria y el apoyo a las comunidades en situaciones de necesidad.

La tabla 1 proporciona una visión general de la diversidad de la muestra en términos de género, edad, experiencia en puestos de responsabilidad y sección de trabajo, lo que puede ser útil para comprender mejor las características de las personas participantes en el estudio.

Es importante destacar que se ha seguido un enfoque ético en el tratamiento de las personas participantes en este estudio. Se ha garantizado que todas las personas involucradas otorguen su consentimiento informado antes de participar, ya sea mediante la firma de un formulario de consentimiento o la lectura de una hoja de información detallada.

Asimismo, se ha asegurado la confidencialidad de los datos recopilados, utilizando datos anónimos en la descripción de la encuesta para proteger su privacidad.

Tabla 1. Datos descriptivos del personal encuestado

		N.º	%
Género	Masculino	22	31,14 %
	Femenino	48	68,57 %
Edad	26-35	7	10 %
	36-45	34	48,57 %
	46-55	21	30 %
	56-65	8	11,43 %
Experiencia en puestos de responsabilidad	Entre 1 y 3 años	16	22,86 %
	4-6 años	12	17,14 %
	7-10 años	12	17,14 %
	+ 10 años	30	42,86 %
Sección	Integración social	9	12,85 %
	Salud	10	14,28 %
	Migraciones y refugiados	11	15,71 %
	Empleo	9	12,85 %
	Formación	10	14,28 %
	Emergencias	9	12,85 %
	Voluntariado	9	12,85 %
	Medioambiente	3	4,28 %

Fuente: elaboración propia.

Se diseñó una encuesta basada en constructos como la creatividad, la comodidad y disponibilidad de recursos, y la comunicación y colaboración. En la tabla 2, vemos cómo el personal encuestado puede calificar cada ítem en una escala de Likert de 1 a 5, donde 1 representa totalmente en desacuerdo y 5 representa un nivel alto de acuerdo con la afirmación presentada. Para validar el modelo de medición, se llevó a cabo un examen del conjunto de datos utilizando IBM SPSS, empleando un análisis factorial exploratorio. Los resultados ratificaron la configuración inicial de cuatro factores (compuesta por tres variables latentes y una variable de resultado) tal como se planteó en nuestro marco conceptual (consúltese tabla 2). El valor del KMO es de 0,952, lo que indica que la muestra es adecuada ( $KMO \geq 0,70$ ), ya que un valor cercano a 1 significa que los elementos están adecuadamente relacionados con sus respectivos factores. Posteriormente, aplicamos la prueba de esfericidad de Bartlett, que resultó significativa a un nivel de 0,001. Esta prueba es una herramienta apropiada para comprender mejor la estructura del conjunto de datos y categorizar las combinaciones lógicas

de constructos (Hair *et al.*, 2009). El estudio consta de doce preguntas, y estas cargas factoriales se alinearon estrechamente con los principales constructos de nuestra encuesta. Además, todos los hallazgos superan el valor de 0,55, por lo tanto, todos los elementos fueron aceptados y retenidos sin eliminar ninguno.

Tabla 2. Constructos estudiados

Constructos y adaptación del autor/es de referencia (si corresponde)	Ítems utilizados	1	2	3	4	5
<p><b>Utilización de terceros espacios</b> (elaboración propia)</p>	<p>Utilizo regularmente terceros espacios para realizar actividades laborales.</p> <p>Utilizo los terceros espacios porque ofrecen un entorno propicio para el debate abierto y el análisis reflexivo.</p> <p>Utilizo los terceros espacios como puntos de encuentro para la comunidad, donde las personas pueden reunirse, socializar y establecer conexiones significativas fuera de sus entornos habituales.</p>					
<p><b>Creatividad</b> Aldabbas <i>et al.</i> (2023)</p>	<p>Los terceros espacios son útiles para promover la creatividad y la generación de ideas.</p> <p>Los terceros espacios son útiles para el aprendizaje y la tolerancia a los errores.</p> <p>Los terceros espacios son útiles para buscar soluciones a problemas complejos.</p>					
<p><b>Comodidad y disponibilidad de recursos</b> Li <i>et al.</i> (2020)</p>	<p>La disponibilidad de recursos y comodidades (wifi, sillones, cafetería, etc.) me motivan a usar estos espacios y a socializar.</p> <p>Utilizo herramientas o plataformas tecnológicas que facilitan la colaboración entre distintos grupos de trabajo.</p> <p>La disponibilidad de recursos y comodidades facilita las rutinas y hábitos, incluyendo tiempos para la recuperación y el sueño.</p>					



Constructos y adaptación del autor/es de referencia (si corresponde)	Ítems utilizados	1	2	3	4	5
<b>Comunicación y colaboración</b> Hoegl y Gemuenden (2001)	Los terceros espacios son lugares donde existe una interacción y colaboración frecuente y fluida dentro del equipo/organización.  Los terceros espacios son lugares donde me comunico en reuniones espontáneas, conversaciones telefónicas, etc.  Los terceros espacios son lugares donde me comunico de forma directa y personal.					

Fuente: elaboración propia.

Esta metodología proporciona una forma estructurada y cuantitativa de recopilar datos sobre la percepción y la utilización de terceros espacios en el entorno laboral. Los resultados obtenidos a partir de estas mediciones pueden ayudar a comprender mejor cómo la plantilla laboral percibe y utiliza estos espacios, así como identificar áreas de mejora en su diseño y disponibilidad de recursos.

## 4.2. Análisis cualitativo comparativo de conjuntos difusos

A través de un método de pensamiento configuracional cualitativo (fsQCA), argumentamos que podríamos ser capaces de explicar mejor la utilización de estos terceros espacios mediante la adopción de unas suposiciones causales. Para realizar estas pruebas, utilizamos el *software* Fuzzy-Set/Qualitative Comparative Analysis 4.0 (Ragin y Sean, 2022).

El análisis cualitativo comparativo de conjuntos difusos (fsQCA) fue desarrollado por Ragin (1998) y desde su concepción se ha utilizado en varias disciplinas, habiendo ganado considerable atención recientemente en estudios de negocios y gestión estratégica (De Diego Ruiz *et al.*, 2023; Farooq Sahibzada *et al.*, 2021; Liu *et al.*, 2017). FsQCA utiliza la teoría de conjuntos y se puede emplear para evaluar la complejidad causal y la posibilidad de múltiples soluciones con diferentes combinaciones de condiciones.

FsQCA tiene como objetivo identificar condiciones necesarias y suficientes, así como las relaciones que se asocian con el resultado de interés (Douglas *et al.*, 2020). FsQCA abarca tres implicaciones importantes que lo convierten en un enfoque complementario para

explicar fenómenos complejos. Primero, fsQCA asume que puede haber muchas vías hacia el mismo resultado (denominado «equifinalidad»). Segundo, asume que cada vía puede contener diferentes combinaciones de condiciones, buscando así el efecto de combinaciones (también conocidas como «configuraciones») de condiciones necesarias y suficientes, en lugar de buscar el efecto neto de cada condición individual con la misma importancia. Tercero, requiere convertir cuidadosamente (el proceso se conoce como «calibración») los datos en membresía (también denominado como «pertenencia/participación») del conjunto mediante conocimiento teórico y sustantivo externo a los datos empíricos (Ragin, 2008). La literatura actual en negocios y gestión estratégica muestra un creciente interés en alternativas a los métodos estadísticos, como el análisis cualitativo comparativo (QCA) y su variante fsQCA (Beynon *et al.*, 2021).

Estos enfoques permiten analizar cómo diversas condiciones se combinan para producir resultados específicos, ofreciendo una perspectiva única sobre la causalidad compleja en los datos (Ragin, 2014). Para analizar la causalidad compleja en los datos y proceder con fsQCA, seguimos los siguientes cuatro pasos.

### 4.3. Calibración

Para realizar el análisis fsQCA, es fundamental realizar una calibración y transformación cuidadosa de los datos recolectados en valores difusos que oscilan entre 0 (representando la ausencia total de membresía) y 1 (representando la membresía completa) utilizando el método de calibración directa (Mattke *et al.*, 2022). Dado que cada constructo cuenta con múltiples ítems de medición, siguiendo la recomendación de Gligor *et al.* (2022), se promedian los puntajes de todos los ítems de medición de un mismo constructo para obtener un único puntaje. Ragin (2018) afirma que el grado de membresía para cada condición se puede definir estableciendo tres anclajes cualitativos: membresía completa (puntuación difusa = 0,95), no membresía completa (puntuación difusa = 0,05) y punto de cruce (puntuación difusa = 0,50) (Ragin, 2008).

Se ha argumentado que reglas de calibración consistentes pueden usarse para las variables explicativas (condiciones), donde el punto de cruce puede establecerse en la mediana, y la no membresía completa y la membresía completa pueden establecerse en el percentil 10 y 90, respectivamente (Linton y Kask, 2017).

Como entrada para la calibración, construimos una puntuación de factor para cada constructo latente calculando el promedio de los ítems que pertenecen a ese constructo según nuestro modelo de medición. Dado que estas puntuaciones agregadas varían entre 1 y 5, para transformar los valores en conjuntos difusos, seguimos el procedimiento recomendado por Ordanini *et al.* (2014). La membresía completa se estableció en valores superiores a 3, el punto de cruce en 3 y la no membresía completa en inferiores a 3.

## 5. Resultados

### 5.1. Análisis de condiciones necesarias

En el segundo paso, se lleva a cabo un análisis de necesidad para identificar qué condiciones son necesarias para que ocurra un resultado específico (Mattke *et al.*, 2022). Durante este análisis, es esencial determinar si un nivel alto o bajo de una condición es necesario para el resultado deseado, ya que en un análisis asimétrico no se puede asumir que, si un nivel alto de una condición es necesario, entonces su opuesto es innecesario (Nikou *et al.*, 2022). El análisis de condiciones necesarias determina si alguna de las tres condiciones utilizadas en esta investigación puede considerarse necesaria para causar el resultado. En otras palabras, significa que debemos examinar si una condición única siempre está presente o ausente en todos los casos (Fiss, 2007; Ragin, 2006).

Cuando se realiza el análisis de necesidad, se obtienen los valores de consistencia y cobertura tanto para la presencia como para la ausencia (negación) de cada condición. Un valor alto indica que la presencia/ausencia de una condición podría considerarse necesaria para la ocurrencia del resultado. Una condición se considera necesaria si el valor de consistencia supera el umbral recomendado de 0,9 (Schneider y Wagemann, 2010). La consistencia mide el grado en que los casos se alinean con la regla específica: cuantos más casos no cumplan con esta regla para la condición necesaria, menor será la puntuación de consistencia (Ragin, 2006). La tabla 3 muestra que la creatividad y la comunicación tienen una consistencia superior a 0,90, lo que sugiere que son condiciones esenciales para el resultado. Esto indica que, en muchos casos, el rendimiento solo ocurre si se cumple esta condición. Sin embargo, un alto valor para esta condición no garantiza automáticamente un alto rendimiento general. La otra condición (disponibilidad de recursos y comodidad) no supera el umbral, lo que indica que no es necesaria para el resultado, aunque tiene un alto valor, lo que sugiere su alta importancia.

Tabla 3. Análisis de condiciones necesarias

	Consistencia	Cobertura
Creatividad	0,929356 (0,279435)	0,558490 (0,523530)
Comunicación y colaboración	0,957614 (0,194663)	0,488390 (0,821192)
Disponibilidad de recursos y comodidad	0,886970 (0,335950)	0,582474 (0,497675)

**Nota.** Los valores para la negación de la condición se muestran entre paréntesis. Cumple con el estándar de consistencia del 0,65 para condiciones generalmente necesarias.

Fuente: elaboración propia.

## 5.2. Análisis de condiciones suficientes

El tercer paso implica un análisis de suficiencia para identificar todas las configuraciones suficientes que inducen un resultado específico (Nikou *et al.*, 2022). La tabla de verdad (Fiss, 2011; Ragin, 2006, 2008) inicial muestra todas las configuraciones potenciales que pueden inducir el resultado deseado, sin embargo, no todas son verdaderamente suficientes, por lo que se aplican umbrales de frecuencia, consistencia y reducción proporcional de inconsistencia (RPI) para filtrar las configuraciones calificadas y suficientes (Mattke *et al.*, 2022). En este estudio, se establece un umbral de frecuencia de 3 y un umbral de consistencia bruta de 0,75. Se recomienda establecer el nivel mínimo de consistencia en 0,75 (Ragin, 2006, 2008), y eso es lo que se fijó como límite. Algunas investigaciones (por ejemplo, Wu *et al.*, 2016) argumentan que el valor de consistencia en fsQCA es análogo a la correlación en el análisis estadístico. En el último paso de la construcción de la tabla de verdad, basándonos en el álgebra booleana, utilizamos el algoritmo de Quine-McCluskey para reducir las filas de la tabla de verdad a soluciones simplificadas.

## 5.3. Evaluación de soluciones

Una vez construida y filtrada la tabla de verdad, se utiliza el algoritmo de Quine-McCluskey para reducir el número de configuraciones y obtener una solución más manejable para su análisis (Mattke *et al.*, 2022). Al aplicar el procedimiento de minimización de Quine-McCluskey, se pueden identificar tres conjuntos de soluciones diferentes: parsimoniosas, intermedias y complejas. La solución compleja ofrece las soluciones más importantes (más difíciles de interpretar), la solución parsimoniosa generalmente ofrece soluciones demasiado simplificadas y la solución intermedia utiliza solo un subconjunto de las suposiciones simplificadas que se utilizan en la solución parsimoniosa. La interpretación de las soluciones intermedias requiere un conocimiento extenso sobre los casos y las relaciones entre las condiciones individuales y el resultado (Ragin, 2008). Fiss (2011) señaló que las condiciones se pueden dividir en núcleo y periféricas con respecto a una configuración específica; las condiciones centrales aparecen tanto en soluciones parsimoniosas como intermedias, y las condiciones periféricas solo aparecen en soluciones intermedias. En este trabajo se optó por elegir las soluciones intermedias, pues buscan un equilibrio, utilizando un subconjunto de suposiciones simplificadas, lo que puede facilitar la comprensión sin perder demasiada complejidad (Pappas y Woodside, 2021).

Finalmente, cuando se obtienen las soluciones fsQCA, se pueden utilizar dos medidas importantes para determinar la adecuación de cada configuración: consistencia y cobertura. En primer lugar, la consistencia mide hasta qué punto una configuración se corresponde con el resultado (Ragin, 2008). Las configuraciones que superan el valor de corte ( $\geq 0,75$ ) pueden considerarse suficientes para lograr el resultado (Ragin, 2008). En segundo lugar, la medida de cobertura evalúa la proporción de casos que siguen un camino particular y captura

la importancia empírica de una configuración identificada (Fiss, 2007). La cobertura bruta cuantifica la proporción de membresías en el resultado explicadas por cada configuración.

En cuanto al término de la configuración, la cobertura única mide la proporción explicada únicamente por una solución, excluyendo las membresías que están cubiertas por otras soluciones (Ragin, 2006). Dado que la cobertura única de cada configuración supera el valor de 0, cada solución contribuye a la explicación del resultado (de lo contrario, debería eliminarse).

Tabla 4. Soluciones intermedias para la utilización de terceros espacios

	S1	S2	S3	S4	S5	S6	S7	S8	S9	S10
Creatividad	●	●			●		●	●	●	
Comunicación y colaboración	○			○		○	●	●		●
Disponibilidad de recursos y comodidad		○	○	○	○		●		●	●
Cobertura en bruto	0,1664	0,1522	0,3350	0,1664	0,3076	0,1946	0,8304	0,8869	0,8445	0,8728
Cobertura única	0,1664	0,1522	0,3350	0,1664	0,1554	0,1946	0,8304	0,8869	0,8445	0,8728
Consistencia	0,7969	0,9150	0,4960	0,9217	0,5764	0,8211	0,6073	0,5667	0,5991	0,5952
Cobertura total de la solución	0,1664	0,1522	0,3350	0,1664	0,3076	0,1946	0,8304	0,8869	0,8445	0,8728
Consistencia total de la solución	0,7969	0,9150	0,4960	0,9217	0,5764	0,8211	0,6073	0,5667	0,5991	0,5952

**Nota.** Los círculos negros indican la presencia de una condición y los círculos en blanco indican su ausencia. Los espacios en blanco indican «no importa».

Fuente: elaboración propia.

Los resultados de fsQCA, basados en la configuración causal de tres condiciones (véase tabla 4), revelan diez soluciones (S1 a S10) destinadas a analizar la utilización de

los terceros espacios. Estas condiciones incluyen fomento de la creatividad, facilidad para la comunicación y colaboración, y disponibilidad de recursos y comodidad. En la representación, los círculos negros (●) indican la presencia de una condición, los círculos en blanco (○) indican su ausencia y los espacios en blanco denotan «no importa», lo que indica que la condición causal puede estar presente o ausente sin afectar el resultado (Ragin y Fiss, 2008).

La cobertura de cada solución destaca el porcentaje de casos que se explica, siendo esencial en la evaluación del impacto en la utilización de terceros espacios. Por ejemplo, la solución 10, con una cobertura del 80 %, sugiere una eficacia significativa en la explicación del rendimiento en redes sociales (Ragin, 2006). La cobertura única resalta la proporción de casos explicados exclusivamente por cada configuración específica. En este contexto, la solución 10 explica el 80 % de los casos únicamente a través de su configuración, enfocándose en su impacto específico en la utilización de terceros espacios.

Al evaluar la consistencia, que mide la suficiencia de la solución para producir el resultado, se observa que todas las soluciones tienen una consistencia elevada  $\geq 0,8$ , indicando que cada configuración individual es suficiente para lograr la utilización de terceros espacios deseados (Ragin, 2006). La cobertura general de la solución refleja el porcentaje total de casos explicados mediante todas las soluciones conjuntamente, proporcionando una visión holística de cómo las distintas configuraciones influyen en la utilización de terceros espacios.

Además, la consistencia general de la solución sugiere que todas las configuraciones, en su conjunto, son suficientes para producir la utilización de terceros espacios deseada (Ragin, 2006, 2008). En resumen, estos resultados indican que las seis soluciones identificadas poseen niveles elevados de cobertura y consistencia, destacando cómo cada configuración de condiciones es esencial para explicar efectivamente la utilización de terceros espacios en el contexto analizado.

## 6. Discusión de resultados

La tabla 4 presenta soluciones intermedias para la utilización de terceros espacios, con indicadores específicos relacionados con la creatividad, la comunicación y la colaboración, así como la disponibilidad de recursos y comodidad. Cada solución intermedia está representada por un conjunto de características, marcadas con círculos negros para indicar su presencia y círculos en blanco para indicar su ausencia.

En términos de cobertura en bruto y cobertura única, se muestran valores numéricos que indican el grado de inclusión de cada solución intermedia en el análisis. La consistencia

total de la solución también se evalúa mediante valores numéricos, reflejando la coherencia y estabilidad de las soluciones propuestas. Analizando la tabla y unificando criterios de soluciones, podemos identificar algunas observaciones:

- **Creatividad.** Las soluciones S1, S2, S5, S7, S8 y S9 muestran una presencia de creatividad, lo que sugiere un enfoque positivo en la generación de ideas innovadoras en los terceros espacios. Las soluciones S3, S4 y S10 indican que la creatividad no es relevante para ellas.
- **Comunicación y colaboración.** Las soluciones S7, S8 y S10 resaltan la importancia de la comunicación y colaboración, lo cual sugiere que estos espacios están diseñados para facilitar la interacción entre individuos y el intercambio de ideas. Por otro lado, las soluciones S1, S3, S4, S6 y S9 indican que la comunicación y colaboración no son prioritarias para ellas.
- **Disponibilidad de recursos y comodidad.** Las soluciones S7, S9 y S10 muestran una preocupación por la disponibilidad de recursos y comodidades en los terceros espacios, lo que implica que estos elementos son fundamentales para garantizar una experiencia positiva para el personal laboral. Las soluciones S2, S3, S4, S5 y S8 indican que la disponibilidad de recursos y comodidades no es una prioridad para ellas.

Tabla 5. Propositiones y soluciones para la utilización de terceros espacios

Proposiciones	Mejores soluciones	Se acepta/se rechaza
P1: Percepción de comunicación y colaboración	S7, S8, S10	Se acepta
P2: Percepción de recursos y comodidades	S7, S9, S10	Se acepta
P3: Percepción de creatividad	S1, S2, S5, S7, S8, S9	Se acepta

Fuente: elaboración propia.

En términos de las mejores y peores soluciones, aquellas que priorizan la creatividad, la comunicación y la colaboración, así como la disponibilidad de recursos y comodidades, como S7, S8 y S10, pueden considerarse como las más favorables. Por otro lado, las soluciones que muestran una ausencia en estos aspectos, como S3, S4 y S6, podrían considerarse menos efectivas en la creación de entornos propicios para el trabajo y la interacción social.

De este modo, la combinación de factores como la creatividad, la comunicación, la colaboración y la disponibilidad de recursos y comodidades emerge como un aspecto clave

para impulsar la utilización activa de los terceros espacios en el entorno laboral. Estos hallazgos permiten corroborar las tres proposiciones planteadas (véase tabla 5) y respaldan la importancia de diseñar entornos de trabajo que promuevan la interacción, la innovación y el bienestar del personal contratado.

## 7. Conclusiones

El bienestar del personal laboral se ha convertido en un factor esencial tanto para la salud individual como para el éxito general de las organizaciones. Las empresas líderes reconocen los múltiples beneficios que conlleva invertir en el bienestar de su fuerza laboral, no solo en términos de salud y reducción de costes médicos, sino también en el impulso de la productividad, la creatividad y la innovación. Esta atención al bienestar también fortalece la retención de talento, disminuyendo así las posibilidades de que el personal empleado busque oportunidades en otras empresas.

Este enfoque hacia el bienestar ha llevado a una intensificación de los esfuerzos en este ámbito por parte de las empresas y organizaciones, que intentan comprender si están logrando sus objetivos internos y buscar inspiración y mejores prácticas observando a otras organizaciones. El concepto de bienestar va más allá de la simple salud física; implica una visión holística que abarca aspectos emocionales, sociales y laborales. En este sentido, las empresas están redefiniendo los espacios de trabajo para fomentar un entorno que promueva la colaboración, la autenticidad y un sentido de propósito entre el personal empleado. Esto se traduce en la creación de entornos que van más allá de la ergonomía tradicional, ofreciendo una variedad de espacios que se adaptan a las diferentes necesidades y actividades laborales del personal a lo largo del día.

Estas estrategias incluyen desde la promoción de estilos de vida saludables hasta la implementación de programas de apoyo emocional y mental. Los líderes empresariales están reconociendo la importancia de comunicar claramente su compromiso con el bienestar de su personal y están integrando estas iniciativas como parte central de la cultura corporativa.

Los espacios de trabajo diseñados para promover el bienestar destacan por su capacidad para adaptarse a las múltiples tareas y necesidades. Ofrecen una variedad de opciones, desde áreas abiertas para la colaboración hasta espacios privados para la concentración individual. Esta flexibilidad reduce el estrés, y también fomenta la vitalidad y la conexión entre los equipos.

Además, estas empresas demuestran su compromiso continuo con el bienestar al considerar activamente las necesidades y preferencias de sus empleados. La inclusión de espacios designados para conversaciones confidenciales y concentración individual

refleja la importancia de mantener un equilibrio saludable entre la colaboración y la privacidad en el lugar de trabajo.

## 7.1. Implicaciones prácticas

Los terceros espacios ofrecen una serie de beneficios con implicaciones prácticas tanto para las empresas como para otras instituciones. En primer lugar, proporcionan flexibilidad ampliada. Esto permite que su personal laboral trabaje en lugares similares a sus hogares, promoviendo así una mayor conciliación entre la vida laboral y personal. Esta flexibilidad puede traducirse en una mayor satisfacción y compromiso por parte del personal.

Seguidamente, se destaca la reducción de costes. Al no requerir una oficina fija, las empresas pueden reducir significativamente los gastos asociados al alquiler de espacios de trabajo y los costes operativos relacionados. Esta liberación de recursos puede destinarse a otras áreas de la empresa, como la inversión en tecnología o el desarrollo del talento humano.

Otro punto importante es la mejora en la productividad. Los terceros espacios proporcionan un entorno de trabajo libre de distracciones domésticas, lo que puede aumentar la productividad del personal laboral al fomentar la concentración y el enfoque en las tareas diarias. Además, facilitan la atracción y retención de talento. Ofrecer la posibilidad de trabajar en terceros espacios puede ser un diferenciador importante en la atracción y retención de talento, especialmente para aquellas empresas que buscan adaptarse a las preferencias de trabajo flexibles actuales.

Por último, fomentan la colaboración y la innovación. Al promover la interacción entre profesionales de diferentes empresas y sectores en un entorno compartido, los terceros espacios pueden estimular la colaboración, el intercambio de ideas y la generación de nuevas oportunidades de negocio y proyectos innovadores.

## 7.2. Limitaciones y líneas futuras de investigación

El estudio utiliza el algoritmo de Quine-McCluskey para reducir configuraciones y analizar la utilización de terceros espacios. Se identifican soluciones intermedias que destacan la creatividad, la comunicación, la colaboración y la comodidad.

La interpretación de estas soluciones requiere conocimientos específicos y las medidas de cobertura y consistencia pueden no capturar completamente la complejidad de las situaciones reales. Además, los resultados pueden estar limitados a contextos específicos

y no ser generalizables a otros entornos. La validez externa de las conclusiones podría verse comprometida si no se tienen en cuenta las diferencias contextuales.

Como perspectivas de investigación futura, es recomendable explorar enfoques alternativos para la reducción de configuraciones y el análisis de datos, como la aplicación de técnicas de minería de datos o métodos de análisis cualitativo. Comparar diferentes metodologías permitiría identificar las fortalezas y limitaciones de cada enfoque. Además, sería beneficioso ampliar la muestra, considerando la inclusión de otros sectores para obtener una comprensión más completa y representativa.

También se sugiere monitorizar la implementación de estas soluciones en la práctica y llevar a cabo análisis mixtos que combinen herramientas cuantitativas, como regresiones, con enfoques cualitativos para obtener una visión más holística y detallada del fenómeno estudiado.

## Referencias bibliográficas

- Actiu. (2023). *Tendencias en terceros espacios: diseño y comodidad*. <https://www.actiu.com/es/blog/hospitality/tendencias-en-terceros-espacios/>
- Aldabbas, H., Pinnington, A. y Lahrech, A. (2023). The influence of perceived organizational support on employee creativity: The mediating role of work engagement. *Current Psychology*, 42(8), 6.501-6.515. <https://doi.org/10.1007/s12144-021-01992-1>
- Ansio, H., Käpykangas, S. y Houni, P. (2020). Community and collaboration in a shared multi-space office. *Nordic Journal of Working Life Studies*, 10(3). <https://doi.org/10.18291/njwls.v10i3.121841>
- Berbegal Mirabent, J. (2021). What do we know about co-working spaces? Trends and challenges ahead. *Sustainability*, 13(3), 1416. <https://doi.org/10.3390/su13031416>
- Beynon, M., Jones, P. y Pickernell, D. (2021). Innovation and the knowledge-base for entrepreneurship: Investigating SME innovation across European regions using fsQCA. *Entrepreneurship & Regional Development*, 33(3-4), 227-248. <https://doi.org/10.1080/08985626.2021.1872936>
- Bhandari, N. B. (2022). Homi K. Bhabha's third space theory and cultural identity today: A critical review. *Prithvi Academic Journal*, 5(1), 171-181. <https://doi.org/10.3126/paj.v5i1.45049>
- Caccamo, M. (2020). Leveraging innovation spaces to foster collaborative innovation. *Creativity and Innovation Management*, 29(1), 178-191. <https://doi.org/10.1111/caim.12357>
- Combrinck, C. y Porter, C. J. (2021). Co-design in the architectural process. *Archnet-IJAR: International Journal of Architectural Research*,

- 15(3), 738-751. <https://doi.org/10.1108/ARCH-06-2020-0105>
- Cruz, R. y Pombo, F. (2023). Designing furniture for versatile spaces of collaborative work. Covid-19 accelerating the change. En D. Raposo, J. Neves, R. Silva, L. Correia Castilho y R. Dias (Eds.), *Advances in design, music and arts II. EIMAD 2022*. Springer Series in Design and Innovation, vol. 25. Springer. [https://doi.org/10.1007/978-3-031-09659-4\\_34](https://doi.org/10.1007/978-3-031-09659-4_34)
- Demoulin, C. (2019). La revolución de los «terceros espacios»: trabajar, compartir y colaborar. *Equal Times*. <https://www.equaltimes.org/la-revolucion-de-los-terceros?lang=es#:~:text=Procedente%20del%20t%C3%A9rmino%20ingl%C3%A9s%20third,el%20%E2%80%9Cclugar%20de%20encuentro%E2%80%9D>
- Diego Ruiz, E. de, Almodóvar, P. y Valle, I. D. del. (2023). What drives strategic agility? Evidence from a fuzzy-set qualitative comparative analysis (FsQCA). *International Entrepreneurship and Management Journal*, 19(2), 599-627. <https://doi.org/10.1007/s11365-022-00820-7>
- Douglas, E. J., Shepherd, D. A. y Prentice, C. (2020). Using fuzzy-set qualitative comparative analysis for a finer-grained understanding of entrepreneurship. *Journal of Business Venturing*, 35(1), 105970. <https://doi.org/10.1016/j.jbusvent.2019.105970>
- Farooq Sahibzada, U., Xu, Y., Afshan, G. y Khalid, R. (2021). Knowledge-oriented leadership towards organizational performance: Symmetrical and asymmetrical approach. *Business Process Management Journal*, 27(6), 1.720-1.746. <https://doi.org/10.1108/BPMJ-03-2021-0125>
- Fiss, P. C. (2007). A set-theoretic approach to organizational configurations. *Academy of Management Review*, 32(4), 1.180-1.198. <https://doi.org/10.5465/amr.2007.26586092>
- Fiss, P. C. (2011). Building better causal theories: A fuzzy set approach to typologies in organization research. *Academy of Management Journal*, 54(2), 393-420. <https://doi.org/10.5465/amj.2011.60263120>
- Garber, R. (2014). *BIM design: Realising the creative potential of building information modelling*. John Wiley & Sons.
- Gligor, D. M., Golgeci, I., Rego, C., Russo, I., Bozkurt, S., Pohlen, T., Hiatt, B. y Garg, V. (2022). Examining the use of fsQCA in B2B marketing research: Benefits, current state and agenda for future research. *Journal of Business & Industrial Marketing*, 37(7), 1.542-1.552. <https://doi.org/10.1108/JBIM-09-2020-0436>
- Hair Jr., J. F., Black, W. C., Babin, B. J. y Anderson, R. E. (2009). *Multivariate data analysis* (7th ed.). Prentice Hall.
- Hoegl, M. y Gemuenden, H. G. (2001). Teamwork quality and the success of innovative projects: A theoretical concept and empirical evidence. *Organization Science*, 12(4), 435-449. <https://doi.org/10.1287/orsc.12.4.435.10635>
- Kim, M. J., Hwang, Y. S. y Hwang, H. S. (2020). Utilising social networking services as a collective medium to support design communication in team collaboration. *Archnet-IJAR: International Journal of Architectural Research*, 14(3), 409-421. <https://doi.org/10.1108/ARCH-02-2020-0025>
- Li, M., He, L. y Zhao, Y. (2020). The triple helix system and regional entrepreneurship in China. *Entrepreneurship & Regional Development*, 32(7-8), 508-530. <https://doi.org/10.1080/08985626.2019.1666168>

- Linton, G. y Kask, J. (2017). Configurations of entrepreneurial orientation and competitive strategy for high performance. *Journal of Business Research*, 70, 168-176. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2016.08.022>
- Liu, Y., Mezei, J., Kostakos, V. y Li, H. (2017). Applying configurational analysis to IS behavioural research: A methodological alternative for modelling combinatorial complexities. *Information Systems Journal*, 27(1), 59-89. <https://doi.org/10.1111/isj.12094>
- Matzke, J., Maier, C., Weitzel, T., Gerow, J. E. y Thatcher, J. B. (2022). Qualitative comparative analysis (QCA) in information systems research: Status quo, guidelines, and future directions. *Communications of the Association for Information Systems*, 50(1), 8. <https://doi.org/10.17705/1CAIS.05008>
- Meinel, M., Maier, L., Wagner, T. y Voigt, K.-I. (2017). Designing creativity-enhancing workspaces: A critical look at empirical evidence. *Journal of Technology and Innovation Management*, 1(1), 1-12. <https://ssrn.com/abstract=3051058>
- Nikou, S., Mezei, J., Liguori, E. W. y El Tarabishy, A. (2022). FsQCA in entrepreneurship research: Opportunities and best practices. *Journal of Small Business Management*, 1-18. <https://doi.org/10.1080/00472778.2022.2147190>
- Nonaka, I. (1998). The knowledge-creating company. En T. Siesfeld, J. Cefola y D. Neef (Eds.), *The economic impact of knowledge* (pp. 175-187). Routledge.
- Nonaka, I. y Takeuchi, H. (1998). A theory of the firm's knowledge-creation dynamics. En A. D. Chandler Jr., P. Hagstrom y O. Solvell (Eds.), *The dynamic firm. The role of technology, strategy, organization, and regions*. Oxford University Press.
- Ordanini, A., Parasuraman, A. y Rubera, G. (2014). When the recipe is more important than the ingredients: A qualitative comparative analysis (QCA) of service innovation configurations. *Journal of Service Research*, 17(2), 134-149. <https://doi.org/10.1177/1094670513513337>
- Pappas, I. O. y Woodside, A. G. (2021). Fuzzy-set Qualitative Comparative Analysis (fsQCA): Guidelines for research practice in Information Systems and marketing. *International Journal of Information Management*, 58, 102310. <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2021.102310>
- Ragin, C. C. (1998). The logic of qualitative comparative analysis. *International Review of Social History*, 43(S6), 105-124. <https://doi.org/10.1017/S0020859000115111>
- Ragin, C. C. (2006). Set relations in social research: Evaluating their consistency and coverage. *Political Analysis*, 14(3), 291-310. <https://doi.org/10.1093/pan/mpj019>
- Ragin, C. C. (2008). Measurement versus calibration: A set-theoretic approach. En J. M. Box-Steffensmeier, H. E. Brady y D. Collier (Eds.), *The Oxford handbook of political methodology* (pp. 174-198) (online ed., Oxford Academic, 2 Sept., 2009). <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199286546.003.0008>
- Ragin, C. C. (2014). *The comparative method: Moving beyond qualitative and quantitative strategies*. University of California Press.
- Ragin, C. C. (2018). *User's Guide to Fuzzy-Set/Qualitative Comparative Analysis 3.0*. University of California.
- Ragin, C. C. y Fiss, P. (2008). Net effects analysis versus configurational analysis: An empirical demonstration. *Redesigning Social Inquiry: Fuzzy Sets and Beyond*, 240, 190-212.

- Ragin, C. C. y Sean, D. (2022). Fuzzy-Set/Qualitative Comparative Analysis 4.0. Department of Sociology, University of California. <https://sites.socsci.uci.edu/~cragin/fsQCA/>
- Schneider, C. Q. y Wagemann, C. (2010). Standards of good practice in qualitative comparative analysis (QCA) and fuzzy-sets. *Comparative Sociology*, 9(3), 397-418. <https://doi.org/10.1163/156913210X12493538729793>
- Soja, E. W. (2008). Thirdspace: Toward a new consciousness of space and spatiality. En K. Ikkas y G. Wagner (Eds.), *Communicating in the third space* (pp. 63-75). Routledge.
- Steelcase. (2021). *Estudio sobre «El bienestar en el espacio de trabajo»*. <https://www.steelcase.com/na-es/comunicados-de-prensa/estudio-sobre-el-bienestar-en-el-espacio-de-trabajo-realizado-por-steelcase/>
- Steelcase. (2023). *¿Cuánto tiempo pasas realmente en tu puesto de trabajo?* <https://www.steelcase.com/eu-es/investigacion/articulos/temas/diseno/cuanto-tiempo-pasas-realmente-en-tu-puesto-de-trabajo/>
- Stier, J. y Smit, S. E. (2021). Co-creation as an innovative setting to improve the uptake of scientific knowledge: Overcoming obstacles, understanding considerations and applying enablers to improve scientific impact in society. *Journal of Innovation and Entrepreneurship*, 10, 35. <https://doi.org/10.1186/s13731-021-00176-2>
- Valcour, M., Ollier Malaterre, A., Matz Costa, C., Pitt Catsoupes, M. y Brown, M. (2011). Influences on employee perceptions of organizational work-life support: Signals and resources. *Journal of Vocational Behavior*, 79(2), 588-595. <https://doi.org/10.1016/j.jvb.2011.02.002>
- Vayre, E. (Ed.). (2022). *Digitalization of work. New spaces and new working times*. John Wiley & Sons.
- Wu, P.-L., Yeh, S.-S., Huan, T.-C. (T. C.) y Woodside, A. G. (2016). Complexity theory, configural analysis, and deepening the service dominant logic. En A. G. Woodside (Ed.), *Bad to Good* (pp. 181-243). Emerald Group Publishing Limited. <https://doi.org/10.1108/978-1-78635-334-420161010>
- Yu, R., Gu, N., Lee, G. y Khan, A. (2022). A systematic review of architectural design collaboration in immersive virtual environments. *Designs*, 6(5), 93. <https://www.mdpi.com/2411-9660/6/5/93>

**Miguel González-Mohino Sánchez.** Profesor ayudante doctor en la Universidad de Sevilla. Doctor en Economía y Empresa por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Trabaja como docente e investigador en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Sevilla y obtuvo un contrato posdoctoral Margarita Salas en 2021 (por la UCLM), que le permitió impartir docencia durante más de 2 años en la Universidad de Córdoba. Sus líneas de investigación se enfocan en la gestión del conocimiento, y estrategias de comunicación, colaboración e innovación en recursos humanos. <https://orcid.org/0000-0003-0849-276X>

**Mario Javier Donate Manzanares.** Profesor titular de universidad en el área de Organización de Empresas, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Desarrolla labores de docencia e investigación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, campus de Ciudad Real. Imparte asignaturas en títulos de grado y máster, como Dirección estratégica, Estrategias de innovación y Gestión del conocimiento, o Aspectos estratégicos en la gestión de nuevos negocios. Su investigación se enfoca en estrategias de conocimiento empresarial en la era digital, factores organizativos que facilitan la gestión del conocimiento y estrategias de innovación en sectores específicos. <https://orcid.org/0000-0003-4087-2535>

**Luis Javier Cabeza Ramírez.** Profesor ayudante doctor en la Universidad de Córdoba, especializado en comportamiento del consumidor, emprendimiento, innovación y videojuegos. Ha publicado más de 30 artículos en revistas indexadas, con un índice h de 13 en Google Scholar. Su investigación ha sido reconocida por su impacto en áreas como el turismo sostenible y la adopción de plataformas de *streaming*. Además, ha participado en proyectos financiados por el programa FEDER y ha sido galardonado con el Premio Extraordinario de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas. <https://orcid.org/0000-0002-5603-2365>

**Contribución de los autores.** Todos los autores han contribuido en un mismo porcentaje a la realización de este trabajo.



# Los fundamentos del desarrollo de Amazon en España y la evolución de su sistema de reparto de paquetes

**Amparo Esteve Segarra**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València (España)*  
[amparo.esteve@uv.es](mailto:amparo.esteve@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0003-3773-4668>



Este trabajo ha obtenido el **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de Recursos Humanos. El jurado ha estado compuesto por: doña Ana María Calles Doñate, doña Gloria Castaño Collado, doña Natalia Grijalba Alcalde, don Alfredo Rodríguez Muñoz y don Jesús Torres Mateos. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

## Extracto

El presente estudio pretende poner el foco precisamente en la gestión del trabajo de la distribución que llega a las puertas de nuestras casas, y, más en concreto, en las personas que realizan el reparto para Amazon. La utilización de esta preposición no es casual. Gran parte de este personal encargado de la distribución no es empleado directo de algunas de las filiales de Amazon, sino que trabaja para empresas contratistas que realizan la «última milla». Esta expresión tiene un interesante doble significado. Alude, por una parte, a las empresas que en el sector logístico realizan el reparto más cercano a los domicilios particulares o lugares de destino de los paquetes. Por otra parte, la locución «última milla» se ha confrontado tradicionalmente con la dureza del último tramo de una maratón, con lo que sería una metáfora de la precariedad laboral del trabajo para estas empresas. No en balde algún trabajo de investigación sindical ha jugado con esta imagen, cambiando el adjetivo *last*, por el de *worst*. El estudio analiza el modelo de negocio y la estructura empresarial de gestión del personal de reparto seguida por la compañía y sus implicaciones.

**Palabras clave:** comercio digital; recursos humanos; monopsonio; agencias colaboradoras de reparto; Correos; personal autónomo; externalización productiva; empresa Amazon.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 06-09-2024 / Publicado: 07-11-2024

**Cómo citar:** Esteve Segarra, A. (2024). Los fundamentos del desarrollo de Amazon en España y la evolución de su sistema de reparto de paquetes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 185-216. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22189>



# The fundamental basics of Amazon's development in Spain and the evolution of its package delivery system

**Amparo Esteve Segarra**

*Professor of Labour and Social Security Law.*

*University of València (Spain)*

[amparo.esteve@uv.es](mailto:amparo.esteve@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0003-3773-4668>

This paper has won a **runner-up prize** in the **Financial Studies 2024 Award** in the Human Resources category. The jury members were: Mrs. Ana María Calles Doñate, Mrs. Gloria Castaño Collado, Mrs. Natalia Grijalba Alcalde, Mr. Alfredo Rodríguez Muñoz and Mr. Jesús Torres Mateos. The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

## Abstract

This study aims to focus precisely on the working conditions of this distribution that reaches the doors of our homes, and, more specifically, on the people who deliver for Amazon. The use of this preposition is not accidental. Many of these personnel in charge of distribution are not direct employees of some of Amazon's subsidiaries, but rather work for contracting companies that perform the "last mile". This expression has an interesting double meaning. It alludes, on the one hand, to the companies that in the logistics sector carry out the delivery closest to the private homes or destination places of the packages. On the other hand, the "last mile" phrase has traditionally been confronted with the hardness of the last stretch of a marathon, which would be a metaphor for the precariousness of work for these companies. No wonder some union research has played with this image, changing the adjective last to worst. The study analyzes the business model and the business structure for managing delivery personnel and its effects.

**Keywords:** e-commerce; human resources; monopsony; delivery service partners; union postal; independent contractors; outsourcing; Amazon company.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 06-09-2024 / Published: 07-11-2024

**Citation:** Esteve Segarra, A. (2024). The fundamental basics of Amazon's development in Spain and the evolution of its package delivery system. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 185-216. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22189>

## Sumario

1. Introducción
    - 1.1. De la vastedad del comercio digital al trabajo físico de reparto de paquetes
    - 1.2. Sistemática del estudio
  2. El crecimiento de una empresa titán
    - 2.1. Del dominio del mercado al dominio de las condiciones de la prestación de trabajo
    - 2.2. La situación de monopsonio y aspectos cualitativos de la creación de trabajo para Amazon
  3. Una empresa exitosa: la estrategia de dividir para mantener el poder
    - 3.1. La primera división: un rompecabezas empresarial
    - 3.2. La división del trabajo: del personal de ingeniería y centros de datos al de almacenes y centros logísticos
    - 3.3. La tercera división: la externalización del trabajo de reparto y la utilización de algoritmos predictivos para determinar la demanda de mano de obra
  4. La evolución del sistema de reparto en Amazon Road Transport Spain, SL
    - 4.1. El recurso a empresas de mensajería
      - 4.1.1. Las empresas paqueteras clásicas y el abrazo del oso de la corporación
      - 4.1.2. Las empresas pequeñas entran a través de un sistema de franquicia o agencia de reparto para Amazon
    - 4.2. El sistema Flex de reparto de paquetes con personal autónomo en sus vehículos particulares
      - 4.2.1. La ilegalidad del sistema desde la perspectiva de la normativa de transporte de mercancías y la exigencia de Amazon de vehículos de menos de dos toneladas de masa máxima autorizada
      - 4.2.2. Un modelo de personas formalmente autónomas contratadas por repartos de pocas horas
    - 4.3. El sistema de reparto mediante el operador universal de Correos: sinergias y externalidades ¿positivas o negativas?
      - 4.3.1. El aprovechamiento del sistema de reparto mediante Correos Express, en particular en las zonas rurales
      - 4.3.2. La competencia con el sistema de operador postal universal
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

**Nota:** estudio que forma parte del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado «Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo» (ref. PID2022-139967NB-I00).



Amazon is guided by four principles: customer obsession rather than competitor focus, passion for invention, commitment to operational excellence, and long-term thinking. Amazon strives to be Earth's most customer-centric company, Earth's best employer, and Earth's safest place to work.

Who we are. About Amazon  
(<https://www.aboutamazon.es>)

## 1. Introducción

### 1.1. De la vastedad del comercio digital al trabajo físico de reparto de paquetes

Realizar una investigación sobre el trabajo por cuenta ajena que se presta para una empresa específica puede ser un enfoque poco ortodoxo e inusual. Existe una contradicción entre la carencia de presencia tangible de la empresa más poderosa del comercio *online* y el trabajo físico de quien entrega un paquete en su nombre. El personal de reparto es la cara de la corporación.

El interés por el trabajo de reparto en Amazon se ha fundamentado por tres hechos adicionales.

El primero es que la tendencia a considerar las investigaciones como abstracciones se incrementa cuando se analizan cuestiones de la gestión del trabajo en plataformas como elementos impalpables. En este momento, donde la imbricación en la vida diaria de algunas empresas de plataforma es evidente, la gestión de su personal puede pasar casi desapercibida.

El segundo foco que impelería el interés en estudiar una parte de la gestión de recursos humanos de Amazon es que, a mediados de febrero de 2024, medios de comunicación europeos se hicieron eco de que el *lobby* de la compañía, presente, como otros grupos de presión, en los ámbitos de poder de la Unión, había sido expulsado del Parlamento Europeo por dar evasivas sobre las condiciones de trabajo en sus almacenes y centros logísticos<sup>1</sup>. La corporación había sido cuestionada antes por otros asuntos ligados esencialmente a prácticas monopolísticas, extracción de datos y lesión de la privacidad. Así se le recriminó el carácter extractivo

<sup>1</sup> <https://www.socialistsanddemocrats.eu/newsroom/after-amazon-lobby-ban-sds-visit-workers-and-trade-unions-four-countries>

del rastreo de datos y gustos de las personas consumidoras a través de sus motores de búsqueda, el favorecimiento de sus propios productos o su política de precios y la explotación de su sistema de distribución en perjuicio de terceras empresas. También había estado en los focos por falta de sensibilidad ambiental o prácticas de elusión fiscal. Sin embargo, por primera vez, la mirada de la Unión se focalizaba en las condiciones de la plantilla en sus almacenes y centros logísticos, en algunos casos suministrada a través de agencias de trabajo temporal.

El tercer elemento que acrecentaría el interés es que, a nivel nacional, diversas sentencias de juzgados de lo social, tribunales superiores de justicia y Tribunal Supremo (TS) estaban dirimiendo conflictos sobre el trabajo prestado para empresas subcontratistas de la corporación en temas tales como la determinación de convenio colectivo, donde existiría una depresión de los salarios mediante la aplicación de determinados convenios de mensajería, cesión ilegal, despidos por causas organizativas y productivas, discriminaciones por motivos sindicales, entre otros. Un rastreo en los repertorios judiciales evidenciaría que las demandas contra Amazon eran estadísticamente escasas, sin embargo, esta corporación sí aparecía en el relato fáctico de muchas sentencias como contratista de empresas que operaban para ella y con una conflictividad creciente. Las empresas externas de reparto de Amazon, llamadas *delivery service partners* (DSP), son el brazo ejecutor de su filial dedicada a la logística (Amazon Road).

La paquetería es un sector creciente, pues muchas empresas de la economía digital o del llamado *e-commerce* necesitan llevar los productos a la puerta de casa de su clientela y existe una pujante demanda de mano de obra. Pero el mayor cliente de las empresas paqueteras es una firma gigante: Amazon. Esta corporación, que ha incrementado exponencialmente sus cifras de ventas, ha tenido que multiplicar su capacidad de hacer frente a esta agresiva demanda de productividad con tiempos de entrega *just in time*. El reparto de los paquetes transaccionados en su web y llevados desde los centros de logística a los domicilios de la clientela ha presionado la ratio de tiempos de entrega. Lo que a su vez se ha traducido en un incremento de la accidentalidad de las personas conductoras. En este sentido, un estudio sindical elaborado por la confederación de cuatro sindicatos en Estados Unidos, llamada Strategic Organizing Center (SOC)<sup>2</sup>, incidiría en que el trabajo de las personas repartidoras empleadas por empresas que realizan el reparto para la corporación es un 40 % más peligroso que todos los realizados en Amazon, frente a los ya calificados de peligrosos almacenes de la empresa y con una ratio del 13 % más alta que el promedio de industria del *delivery* fuera de Amazon (SOC, 2022, p. 4). Justamente, este mismo estudio manifestaría que, frente a lo afirmado por la compañía sobre que el personal dedicado al reparto tenía tasas de accidentalidad inferior a las del sector, esta afirmación era capciosa al no tener en cuenta precisamente a este personal externo, que no había sido incluido en los datos de accidentalidad de la compañía.

---

<sup>2</sup> Esta confederación incluye cuatro sindicatos: Service Employees International Union (SEIU), International Brotherhood of Teamsters (IBT), Communications Workers of America (CWA) y United Farmworkers of America (UFW). Según publicita la propia confederación, esta representa a 4 millones de personas trabajadoras en Estados Unidos (<https://thesoc.org>).

## 1.2. Sistemática del estudio

El presente estudio pretende poner el foco precisamente en las condiciones de trabajo de esta distribución que llega a las puertas de nuestras casas, y, más en concreto, en las personas que realizan el reparto para Amazon. La utilización de esta preposición no es casual. Gran parte de este personal encargado de la distribución no es empleado directo de algunas de las filiales de Amazon, sino que trabaja para empresas contratistas que realizan la «última milla». Esta expresión tiene un interesante doble significado. Alude, por una parte, a las empresas que en el sector logístico realizan el reparto más cercano a los domicilios particulares o lugares de destino de los paquetes. Por otra parte, la locución «última milla» se ha confrontado tradicionalmente con la dureza del último tramo de una maratón, con lo que sería una metáfora de la precariedad laboral del trabajo para estas empresas. No en balde, el estudio de SOC (2022) ha cambiado el adjetivo *last* por el de *worst*.

Un elemento que dificulta el tratamiento legal, los estudios doctrinales, las actuaciones judiciales, inspectoras y sindicales es la falta de comprensión del modelo de negocio y su compleja estructura empresarial.

## 2. El crecimiento de una empresa titán

Consumo a mi manera, lo que quiero, cuando quiero y donde quiero.

Zuboff (2020, p. 46)

Una aproximación al trabajo en Amazon puede pecar de ser limitada si solo se circunscribe a iluminar las relaciones laborales. Para entender el trabajo, y, más en concreto, el de reparto de la última milla, es necesaria una cierta comprensión del modelo de negocio. Las empresas de plataformas no integran un nuevo sector productivo, sino que se introducen en los existentes, cambiando la forma de organizar estos. Se trata de formas de producir, intermediar y/o distribuir ya existentes, pero que se han generalizado, consolidando posiciones de dominio, pues tienden al monopolio o al oligopolio. Es un hecho que han tenido un crecimiento exponencial. Un caso emblemático es el de la empresa Amazon, cuya página web desembarcó en España en el 2011, y que en un decenio consiguió situarse como líder de ventas en nuestro país; una auténtica empresa titán<sup>3</sup>. La pandemia habría acelerado el crecimiento de todos los negocios

---

<sup>3</sup> Una obra maestra del anime del que son fans mis hijos es *Ataque de los titanes* (*Shingeki no Kyojin*), obra del japonés Hajime Isayama. En esta obra, unos gigantes entran por un muro que protege a la humanidad y comienzan a devorarlos. Nada es casual en los dibujos llenos de símbolos. También el nombre de

basados en el comercio electrónico y la distribución a domicilio, por lo que Amazon habría alcanzado cifras de récord, logrando una posición de dominio frente a otras grandes empresas con negocio físico. Los grandes logros de la corporación podrían deslumbrar y hacer desaparecer aspectos aparentemente menores, ligados a quienes trabajan para la misma.

## 2.1. Del dominio del mercado al dominio de las condiciones de la prestación de trabajo

Omnipresente

Del lat. *omnis* 'todo' y *praesentia* 'presencia'.

Acepción 1. Característica del que está presente a la vez en todas partes, atributo solo de Dios.

Acepción 2. Que procura acudir de prisa a las partes que lo requieren.

*Diccionario de la lengua española*

(<https://dle.rae.es/omnipresente>)

Amazon, como otras superplataformas, ha generado críticas por su control de los datos<sup>4</sup>, sus tendencias monopolísticas y las consiguientes limitaciones a la innovación<sup>5</sup>. Pero, a su vez, esta corporación ha despertado la admiración y el deseo de inversión, por su espectacular cuota de mercado y un crecimiento exponencial dentro del nicho de un mercado creciente de comercio digital<sup>6</sup>. No en balde, Amazon ha sido la primera corporación

---

los malvados titanes. En el mito de Prometeo, Titán amigo de los mortales roba el fuego de los dioses para darlo a los hombres y luego es castigado por Zeus. La mayoría de los filósofos han considerado que el regalo a los humanos es el conocimiento y la posibilidad del tiempo. La metáfora del titán guarda conexiones con el regalo a los humanos del conocimiento (internet omnipresente) y del tiempo (ahorro de este y comodidad que ofrece, por ejemplo, Amazon) y, a su vez, la captación del tiempo de los humanos que nos ofrecen las plataformas gratuitamente o con precios muy bajos.

<sup>4</sup> La gran especialista en el tema de la extracción de datos por las empresas de plataforma Zuboff ha aludido a que Amazon ha migrado hacia un capitalismo de vigilancia a raíz de su nuevo énfasis en los servicios *personalizados* y en los ingresos procedentes de terceros. Al respecto señala que su asistente de aprendizaje automático ha sido el *suceso umbral* que definiría la trayectoria que llevaría a Amazon a ser no solo una empresa capitalista agresiva, sino también una empresa capitalista de la vigilancia (Zuboff, 2020, pp. 40 y 362, cursivas en el original).

<sup>5</sup> En cuanto a la innovación, Eeckhout (2021) pone el acento en que existirían menos *start-ups* que hace unos 30 años y que su objetivo es ser adquiridas por las grandes empresas, ya que los diques impuestos por estas impiden que puedan desarrollarse para competir realmente, siendo creadas con el objetivo de convertirse en rentables para su adquisición.

<sup>6</sup> Por ejemplo, en los primeros 5 años de la segunda década de este siglo, se ha doblado el comercio digital. En este sentido, MacGillis (2021) señala: «Between 2011 and 2016, e-commerce business had

en alcanzar un trillón de dólares en ventas (Kantor y Streitfeld, 2015). Esta compañía es en la jerga empresarial un *gatekeeper*<sup>7</sup>, es decir, un amo del corral, un portero en el peaje de las autopistas de internet (Rifkin, 2000, p. 198). En la era económica digital hay una regla no escrita que lo describe: *winner takes all*. A ello ha contribuido el capitalismo digital que da ventaja al primer actor del mercado. Y es que, conforme una empresa de plataforma se populariza y genera una *habituación* de las personas consumidoras que la consideran práctica o útil<sup>8</sup>, resulta más difícil para otras entrar en el mismo mercado debido a las economías de red que hacen que prefieran quedarse en la plataforma dominante. Ello convierte a algunas empresas como Amazon en omniscientes digitales, en el doble sentido de estar presentes en todas partes y que procuran acudir deprisa donde son requeridas (*vid.* acepción de omnisciencia en la RAE). A través de esta característica, Amazon ha sido calificado como una suerte de leviatán del comercio digital al por menor.

A su vez Amazon, como corporación tecnológicamente dominante en Occidente, capta capital más fácilmente en detrimento de las empresas clásicas del sector del comercio físico, pero también de las empresas nuevas dedicadas al comercio digital que no son tan pujantes, lo que coloca a estas últimas y a su personal en una situación de fuerte competencia<sup>9</sup>. La financiarización de la economía alimenta el fenómeno: las empresas más poderosas tienen un valor bursátil enorme, lo que atrae, a su vez, las inversiones y les permite aplicar estrategias de precios predatorios u ofrecimiento de servicios sin coste, para desplazar a sus competidores o captar rentas digitales, como los datos de su clientela. La entrada de una de las grandes empresas tecnológicas en un sector supone inmediatamente una caída en bolsa de las empresas tradicionales<sup>10</sup>. La debilidad de otras empresas alimenta la acumulación de capital privado, que, a su vez, conduce a una concentración de la riqueza en manos de unas pocas corporaciones y una consolidación de la posición de

---

doubled to \$ 350 billion. It had shot from 1 per cent of all retail sales at the turn of the millennium to 17 per cent, excluding cars and gas» (p. 65).

<sup>7</sup> De hecho, la definición en el diccionario de Oxford es «a person, system, etc. that decides whether somebody/something will be allowed or allowed to reach a particular place or person».

<sup>8</sup> Esta expresión en cursiva aparece también en la obra de referencia de Zuboff, sobre el modo de proceder de las empresas del capitalismo de la vigilancia a la hora de normalizar ciertas prácticas (Zuboff, 2020, p. 193).

<sup>9</sup> Galloway (2018) incide en que:

Since the turn of the millennium, firms and investors have fallen in love with companies whose ability to replace humans with technology has enabled rapid growth and outsize profit margins. Those huge profits attract cheap capital and render the rest of the sector flaccid. Old-economy firms and fledgling start-ups have no shot (p. 20).

<sup>10</sup> Así, Galloway (2018) señala:

The day Amazon announced it would enter the dental-supply business, dental-supply companies' stock fell 4 to 5 percent. When Amazon reported it would sell prescription drugs, pharmacy stocks fell 3 to 5 percent. Within twenty-four hours of the Amazon-Whole Foods acquisition announcement, large national grocery stocks fell 5 to 9 percent (p. 23).

dominio de algunas empresas<sup>11</sup>. Tradicionalmente, desde algunas visiones económicas, se ha entendido que el mercado lograría reequilibrar el crecimiento, de manera que la competencia y el progreso tecnológico conducirían sin más a una eliminación de las desigualdades entre agentes económicos. Sin embargo, hay elementos intangibles que colocan al comercio digital en un lugar de ventaja y a las empresas de plataforma que lo controlan en una posición dominante y que indirectamente tiene incidencia en los sistemas de protección social<sup>12</sup>. Destacaré tres de los señalados por Khan (2017): A) Mientras que las tiendas físicas generalmente solo pueden recopilar información sobre las ventas reales, Amazon rastrea lo que las personas compradoras están buscando, pero no pueden encontrar, así como a qué productos regresan repetidamente, qué guardan en su cesta de compras y cuáles son sus necesidades según el ratón se desplaza sobre la pantalla. B) Las reseñas de las personas usuarias de Amazon, por ejemplo, sirven como una forma de efecto de red: cuantas más hayan comprado y revisado artículos en la plataforma, más información útil pueden obtener otras personas usuarias del sitio. C) El control sobre los datos también puede facilitar que las plataformas dominantes ingresen a nuevos mercados con mayor facilidad. Así, los informes ahora sugieren que Amazon puede expandir drásticamente su presencia en el negocio de la publicidad, aprovechando su rico suministro de datos de compras extraídos de años de operar un negocio de comercio electrónico masivo. La tesis de la autora es que, para determinar si existe o no monopolio, habría que poner el foco en la estructura y dinámica del sector, especialmente observando si en el caso de las empresas tecnológicas existiría o no competencia real. Por ejemplo, la autora señaló que la clave del monopolio de Amazon no era la comparativa de precios, sino dominar el sector, en concreto, el hecho de que miles de empresas dependían de la plataforma para ganarse la vida en internet. Y la originalidad de su enfoque es la consideración de internet como una suerte de bien público. De este modo, apostaría por considerar a las empresas como Amazon o Google, que están en el centro del comercio electrónico, como infraestructuras esenciales, que son la ventana única para el consumo: como algo parecido a bienes públicos, igual que el agua, la electricidad o el gas, y regularlos e intervenirlos para eliminar la discriminación de precios y servicios. Eso hubiera evitado, según Khan, que Amazon, Google o Meta hubieran amasado el poder que ostentan en la actualidad en múltiples líneas de negocio, forjado a golpe de adquisiciones millonarias<sup>13</sup>.

Sin embargo, el hecho de que la empresa de plataforma sea la reina del comercio digital, el factótum de las personas consumidoras y el principal cliente de las empresas de paquetería incrementa la autoridad de la primera en detrimento de las empresas que se ocupan de repartir para ella. Estas no tienen poder de negociación y son meras aceptantes

<sup>11</sup> Sobre este rasgo, *vid.* Rifkin (2000, p. 15).

<sup>12</sup> Sobre el impacto del trabajo en plataformas en el sistema de protección social y la necesidad de replantear la excesiva dependencia de las cotizaciones sociales y llevar la financiación a la vía impositiva, *vid.* Suárez Corujo (2018, p. 66).

<sup>13</sup> [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2021-03-22/lina-kahn-amazon-jeff-bezos-antitrust-ftc-joe-biden\\_2994072/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2021-03-22/lina-kahn-amazon-jeff-bezos-antitrust-ftc-joe-biden_2994072/)

del contrato ofrecido por la plataforma. La disposición de la tecnología por la empresa de plataforma con altos costes de entrada permite no solo comportamientos monopolísticos, sino que indirectamente tiene repercusiones laborales.

## 2.2. La situación de monopsonio y aspectos cualitativos de la creación de trabajo para Amazon

El fenómeno ha sido estudiado en la doctrina en Estados Unidos y Reino Unido a raíz del tamaño que estaría adquiriendo Amazon<sup>14</sup>. Diversos estudios han detectado una reducción de los salarios y una situación de monopsonio<sup>15</sup>. En Estados Unidos, el salario de los llamados «*pickers and packers*», los que recogen y empaquetan los paquetes, es de media inferior al salario medio de una persona trabajadora en el sector de logística (Long, 2018). La doctrina ha atribuido este hecho a que cuando solo hay una empresa compradora de un bien (el trabajo), difícilmente las personas trabajadoras pueden pasar a una empresa de la competencia cuando existe una plataforma dominante (Dube *et al.*, 2020). La consecuencia es obvia: se incrementa el poder de la empresa titular de la plataforma en detrimento de las personas trabajadoras de la misma (Pesole *et al.*, 2018).

Ello obliga a poner el foco en el plano cualitativo del trabajo. No solo es importante si y cuántos trabajos se destruyen, sino también cómo es el trabajo que se crea. Como explicaron Gray y Suri (2019), el problema es que el trabajo se fragmenta, se externaliza y se precariza:

Las empresas, desde la más pequeña *start-up* a las más grandes corporaciones, ahora pueden «parcelar» [«*taskify*»] todo, desde la planificación de las reuniones, la depuración de sitios web, hasta la búsqueda de clientes y la gestión de los archivos de recursos humanos de los empleados a tiempo completo. En lugar de contratar, las empresas pasan anuncios en línea para cubrir sus necesidades [...]. Olviden el auge de los robots y la lejana amenaza de la automatización. El problema inmediato es [...] la fragmentación de los empleos en tareas externalizadas y el desmantelamiento de los salarios mediante micropagos.

Además, las oportunidades de empleo y las remuneraciones en el sector tecnológico están siendo desigualmente repartidas entre el personal dedicado al mundo digital y el del

<sup>14</sup> En Estados Unidos, la compañía se habría convertido en tiempo récord en la segunda empleadora del país, solo por detrás de la cadena de supermercados Walmart (MacGillis, 2021, p. 133).

<sup>15</sup> Autores como Eeckhout (2021) han aludido a la situación de monopsonio, término griego referido a un único comprador, esto es, que la persona trabajadora puede no tener poder de negociación en un mercado cada vez más concentrado, en el que este poder de imponer las condiciones lo tendría la empresa. Si solo hay una empresa, el poder de negociación del personal empleado frente a la misma es muy reducido, porque la alternativa es el paro.

trabajo físico. Respecto a este último, solo se crean algunos empleos generalmente en las empresas contratistas y en este contexto corresponden a sectores peor pagados y, en general, sobre la base de contratación temporal y a tiempo parcial. El fenómeno ha sido estudiado en el país tecnológicamente más avanzado por la doctrina norteamericana, quien ha puesto el acento en que el desarrollo tecnológico no ha ido acompañado de un crecimiento salarial generalizado<sup>16</sup>; pero también, en que el trabajo se vuelve más robótico (Scheiber, 2019)<sup>17</sup>, hasta el punto de que se ha puesto un mote, «Amazombies», porque determinadas personas tienen una mirada extraviada después de un trabajo marcado por objetivos numéricos muy claros, monótonos y repetitivos (Long, 2018).

La teórica ligazón entre empresas fuertes que crearían mucho empleo con altos salarios del personal se ha desmontado en la práctica en la era de las superplataformas<sup>18</sup>. Con esta idea se vuelve a la reflexión que se hacía al inicio de este epígrafe sobre este fenómeno conocido como «*the winner takes all*», que como hemos visto tiene repercusiones sociolaborales. Pero la empresa, en un continuo proceso de mejora, está llamada a dotarse de un sistema aún más ligero con drones para el reparto y la robótica para la logística.

<sup>16</sup> En este sentido, MacGillis (2021) alude a que:

Nationwide, the poorest 10 per cent were earning only 4 per cent more per hour, adjusted for inflation, than they had earned forty years earlier. A third of all U.S. jobs paid less than \$ 15 per hour; the bottom half of the income ladder had less wealth, adjusting for inflation, than it had thirty years earlier. And men without a college degree were making far less, adjusted for inflation, than they had fifty years ago (pp. 65-66).

<sup>17</sup> El periodista del *New York Times* en un artículo de investigación apuntaba que el incremento de robots en Amazon no estaba tanto disminuyendo la demanda de mano de obra como haciendo que el trabajo fuera más robótico. La ayuda de robots en el manejo de paquetes hacía que el personal dedicado al empaquetado incrementara el número de paquetes que debían manejar de 100 ítems a 300 o 400 por hora.

<sup>18</sup> La doctrina anglosajona ha puesto el foco en los beneficios obtenidos por las superplataformas en función de la proporción de personas empleadas directamente por las mismas. En este sentido, por ejemplo, Galloway (2018) hace alusión a la relación entre empleos necesarios para generar beneficios en las empresas tecnológicas, comparando cifras de beneficios y personal empleado de estas compañías, y las empresas clásicas:

The economic success stories of yesterday employed many more people than the firms that dominate the headlines today. Procter & Gamble, after a run-up in its stock price in 2017, has a market capitalization of \$233 billion and employs ninety-five thousand people, or \$2.4 million per employee. Intel, a new-economy firm that could be more efficient with its capital, enjoys a market cap of \$209 billion and employs 102,000 people, or \$2.1 million per employee. Meanwhile, Facebook, which was founded fourteen years ago, boasts a \$542 billion market cap and employs only twenty-three thousand people, or \$23.4 million per employee –ten times that of P&G and Intel–. Uber set a new (low) bar with \$68 billion spread across only twelve thousand employees, or \$5.7 million per employee.

Esta tendencia implica que las empresas tecnológicas pueden explicarse por una conjunción de factores, como menos necesidad de personal empleado por el modelo de negocio y amplio uso de empresas contratistas.

### 3. Una empresa exitosa: la estrategia de dividir para mantener el poder

Amazon es un conglomerado empresarial, un grupo de empresas multinacional, pero tradicionalmente este hecho no se ha considerado relevante para el tratamiento de la gestión de recursos humanos y las condiciones laborales. Además, en el caso de empresas de plataforma, como Amazon, que basan su modelo de negocio en algoritmos y donde una parte significativa del personal necesario, como es el de reparto, son personas trabajadoras de compañías que trabajan para Amazon, pero son meras contratistas, la estructura empresarial deviene particularmente compleja. No obstante, el prisma de limitar el análisis a la empresa que contrata a una persona trabajadora y no analizar la red de empresas para la que se trabaja puede ser un error, pues permite iluminar y enfocar lo ya conocido (la empresa contratista), pero con ello se pierde un buen entendimiento de los elementos que determinan las relaciones de trabajo, en el que las relaciones empresariales pueden ser claves a determinados efectos.

#### 3.1. La primera división: un rompecabezas empresarial

En una genial aplicación del «divide y vencerás», proveniente del griego, y que fue ampliamente utilizado por Julio César y Napoleón, todas las empresas multinacionales emplean la estrategia de crear varias filiales y organizarse en grupos de empresas. Se trata de mantener el poder, de ganar mediante la ruptura en piezas de las concentraciones más grandes, que tienen individualmente menos responsabilidad, pero pueden ser más flexibles y, sobre todo, aligerar la carga tributaria aprovechando la libertad de movimiento de capitales, la clásica tributación por la sede social, que permitiría elegir estratégicamente países o territorios que les ofrecen condiciones fiscales más favorables y las operaciones intragrupo.

Amazon es un buen exponente de esta organización empresarial representada por un rompecabezas de filiales y agrupaciones de estas, ubicadas en varios países y anexas de la matriz norteamericana ubicada, no por casualidad, en Seattle<sup>19</sup>. Dentro de una estructura vertical, Amazon tiene varias filiales en España dependientes de submatrices europeas, emplazadas en uno de los jardines del edén corporativo, Luxemburgo.

<sup>19</sup> A modo de significativo ejemplo, Galdón Clavell (2018) señala:

Quando arrancó Amazon, Bezos contempló radicar su empresa en una reserva india, precisamente para evitar las cargas fiscales, y eligió finalmente Seattle por sus condiciones impositivas. En su primera incursión europea, escogió (¡sorpresa!) Luxemburgo. Y el anuncio en noviembre de la apertura de dos nuevos cuarteles generales en Nueva York y Washington también estuvo precedido de una competición a la baja en cargas fiscales entre una veintena de ciudades.

Según consta en los hechos probados de algunas sentencias<sup>20</sup>, las dos filiales más importantes en España son Amazon Road Transport Spain, SL<sup>21</sup> (que, en adelante, se identificará como Amazon Road), y Amazon Spain Fulfillment, SL<sup>22</sup> (en adelante, se identificará como Amazon Spain F.)<sup>23</sup>. Ambas sociedades ubican su sede en el mismo domicilio social en Madrid y están participadas al 100 % por Amazon EU, SARL, sucursal en Madrid, dedicada al comercio al por menor por internet. Además, esta entidad depende de Amazon Services Europe, SARL, también en Madrid, con objeto social transporte por carretera. A nivel europeo, aparecería Amazon Europe Core, SARL, domiciliada en Luxemburgo, y de la que dependerían un entramado de diversas sociedades del grupo Amazon: Amazon EU, SARL, Amazon Services Europe, SARL, Amazon Media EU, SARL, etc. Amazon.com Services, LLC, es, a su vez, otra filial de Amazon, ubicada en Seattle<sup>24</sup>. Según algunas fuentes<sup>25</sup>, esta filial dependería, a su vez, de otra sociedad (Amazon.com, Inc).

Esta organización empresarial consigue un objetivo claro, reducir el pago de impuestos. Sin embargo, en el caso de Amazon, como en otros negocios basados en algoritmos, este logro, si se puede calificar así, se intensifica. En el caso de las filiales de Amazon en España se consigue justificar una facturación entre las empresas del grupo que implica una disminución de los impuestos, porque las empresas filiales han de pagar a la(s) sociedad/es matrices que gestionan el algoritmo los derechos de propiedad intelectual. Con estos pagos, los beneficios de las filiales que operan en cada país disminuyen espectacularmente, pues, cada vez que se utiliza un algoritmo de Amazon, la empresa de plataforma, si se le permite la simplificación, se autopaga.

Se trata de las llamadas «operaciones intragrupo», en las que las empresas de las corporaciones realizan transacciones de bienes y servicios entre ellas. Este tipo de operaciones, comunes en cualquier multinacional, se incrementan en el caso de las empresas de plataformas por el juego de los derechos de propiedad intelectual en el uso de los algoritmos, porque los algoritmos tienen un coste de mercado no tasado, su valoración resulta muy difícil<sup>26</sup>. Precisamente, el fisco español, al igual que las haciendas de otros países, ha

<sup>20</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero.

<sup>21</sup> Constituida el 1 de octubre de 2019, tras un proceso de escisión parcial.

<sup>22</sup> Constituida con CIF B82170135 el día 12 de noviembre de 1998. Su denominación inicial era Amazon España (Corporate) Services, SLU.

<sup>23</sup> Sobre la escisión de estas filiales, *vid.* Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia –Resolución al procedimiento declarativo para determinar si en Amazon Spain Fulfillment, SL (ASF), y Amazon Road Transport Spain, SL (ARTS), concurre la condición de operadores postales y si les es exigible contar con la oportuna declaración responsable STP/DTSP/006/20–.

<sup>24</sup> [https://www.dnb.com/business-directory/company-profiles.amazoncom\\_services\\_llc.19151b72fb73b3520c81acf0cbdf4718.html](https://www.dnb.com/business-directory/company-profiles.amazoncom_services_llc.19151b72fb73b3520c81acf0cbdf4718.html)

<sup>25</sup> <https://revenuegeeks.com/amazon-com-services-llc/>

<sup>26</sup> *Vid.* la referencia a las operaciones intragrupo en el Plan General de Control Tributario (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-1379>).

puesto en el punto de mira a las transferencias entre empresas de una corporación, pues, si bien en ocasiones pueden responder a operaciones reales, en otros casos, pueden dar lugar a movimientos de elusión fiscal. Estas facturaciones entre empresas pueden conllevar conductas ilegales si no responden a un valor de mercado. El problema con las empresas tecnológicas como Amazon es que el valor de mercado de los elementos de propiedad intelectual es difícilmente medible, por lo que los pagos a la matriz que realizan las sociedades filiales por el uso de la tecnología son, en realidad, un elemento poco controlable, que permite a la matriz llevarse el beneficio donde menos se tributa y a las sociedades filiales explotar los activos materiales e inmateriales en el territorio «pagando» por ello a las matrices. Si bien estas operaciones intrasocietarias permiten al fisco un cierto control si hay un valor material de referencia, en el caso de las empresas tecnológicas basadas en potentes algoritmos como Amazon, donde los activos más importantes son inmateriales, ello es extraordinariamente complejo.

En muchos casos, no cabe sino asentir a las cifras que las propias filiales de la empresa multinacional presentan en España sobre sus operaciones intragrupo. Pese a las afirmaciones de que pagan sus impuestos en España, ello es así si se observa la realidad de forma simple, pero no, si nos acercamos a algunos hechos. La tributación de estas empresas en el impuesto de sociedades puede ser ridícula en comparación con sus cifras de negocio en España o en otros países<sup>27</sup>, hasta el punto de que el impuesto de sociedades desaparece o está minorado al máximo, llegando a dar pérdidas. Para evitar calificar esta descripción de prejuicio, sirvan, a modo de ilustración, dos ejemplos concretos de la situación de esta empresa de plataforma.

En el primero, la multinacional norteamericana de comercio electrónico Amazon no pagó en 2020 ningún tipo de impuesto sobre sociedades en ocho Estados europeos, entre los cuales se encontraba España, a pesar de acumular unas ventas de 43.840 millones de euros, su récord histórico hasta ese momento<sup>28</sup>.

En el segundo, en el Auto de la Audiencia Nacional (AN) 1669/2023, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre, se enjuiciaba la solicitud de medidas cautelares

---

<sup>27</sup> En Estados Unidos, la doctrina científica (Ingraham, 2019; MacGillis, 2021, pp. 216-217) ha destacado cómo la corporación ha evitado los impuestos societarios (*corporate income taxes*) y beneficiado muy poco al *common wealth*. Durante años, la compañía mantenía sus tasas muy bajas sobre la base de declarar pocos beneficios al estar apostando por la estrategia de expandirse y desplazar a empresas de la competencia, con la técnica de precios bajos y competitivos, pero incluso, cuando la corporación ha dado beneficios, ha contribuido muy escasamente al sostenimiento del Estado y del bienestar público, en el país donde más se ha expandido. Así, MacGillis ha apuntado que:

By funneling profits through an office in Luxembourg, Amazon avoided paying the U.S. government \$1.5 billion, according to the IRS. In 2018, it would pay zero corporate income taxes for the second straight year, despite doubling its profits to more than \$11 billion. In fact, it would so successfully game the tax code that it would receive a \$129 million rebate.

<sup>28</sup> Diario Ara, 4 de mayo de 2021 ([https://es.ara.cat/economia/amazon-no-tributo-impuesto-sociedades-ocho-estados-europeos-facturo-44-000-m\\_1\\_3971901.html](https://es.ara.cat/economia/amazon-no-tributo-impuesto-sociedades-ocho-estados-europeos-facturo-44-000-m_1_3971901.html)).

en relación con una resolución dictada con fecha 12 de julio de 2023, por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0013/21, en la que se impuso a las tres empresas (Amazon) una sanción de multa por un total de 50.510.000 euros. Estas tres entidades eran: Amazon EU, SARL, sucursal en España, Amazon Services Europe, SARL, Amazon Europe Core, SARL. Lo interesante de dicho auto es que en el fundamento de derecho primero se relaciona una situación de pérdidas y deudas con la Hacienda pública, la Seguridad Social y terceros a 31 de diciembre de 2022 de más de 3.200 millones de euros. En concreto, se apunta:

La situación contable de las empresas sancionadas en su conjunto daría como resultado unas pérdidas que ascienden a 720.446.350 euros. A 31 de diciembre de 2022, ASE, AEC y AEU mantienen deudas con la Hacienda pública, la Seguridad Social y terceros que, en total, ascienden a 3.295.988.782 euros.

Las pérdidas también se explican por una estrategia de la compañía de ofrecer servicios a precios muy bajos para desplazar a la competencia y dominar una línea de negocio, que, a su vez, puede alimentar otras (por ejemplo, Amazon Prime puede cebar la línea de comercio digital de bienes y servicios). A su vez, en un contexto de financiarización de la economía, donde la empresa es una mercancía en sí misma, estas estrategias son premiadas en bolsa por los inversores, que consideran que, aunque compañías como Amazon pierdan dinero durante un tiempo, pueden a la larga recuperarlo por el incremento del valor de sus acciones y dividendos futuros<sup>29</sup>.

### 3.2. La división del trabajo: del personal de ingeniería y centros de datos al de almacenes y centros logísticos

Volviendo a las dos primeras filiales españolas, Amazon Spain F. y Amazon Road, estas dos sucursales brindan un envoltorio legal separado a las dos actividades necesarias para que el negocio del comercio digital al por menor funcione. La primera de las filiales, Amazon Spain F., se centraría en las operaciones en los almacenes o centros logísticos donde se procesarían y prepararían los pedidos de la clientela para el envío, mediante actividades de almacenaje, recogida, empaquetado y gestión de pedidos de clientela y proveedores.

La segunda de las filiales, esto es, Amazon Road, tiene otra estructura horizontal, que se superpone, de redes de empresas contratistas dependientes de esta filial para la actividad de reparto a domicilio de las mercancías o paquetes, llamada en terminología anglosajona *last mile* y *middle mile*.

<sup>29</sup> Más ampliamente sobre estas estrategias, *vid.* Khan (2017). Sobre los precios predatorios y las amplias posibilidades que favorecen la financiarización de la economía y el enorme acceso a capital por el valor bursátil de estas compañías, Galloway (2018).

En Estados Unidos, el personal de Amazon se ha dividido en tres clases: personal de ingeniería, centros de datos y almacenes (en inglés, *warehouses*)<sup>30</sup>; estructura esta que la corporación repite en nuestro país. Sin embargo, la separación va más allá del tipo de trabajo desarrollado y es una estrategia deliberadamente buscada por la compañía para maximizar sus objetivos. En un artículo de investigación en el *New York Times* sobre las condiciones de los *white-collar workers*, se contenían interesantes ideas sobre sus condiciones (Kantor y Streitfeld, 2015). No se trata solo de que las condiciones salariales sean diferentes entre el personal de oficina y el de los almacenes, sino también de las estrategias de vinculación a la corporación de unos y otros. El personal tecnológico recibe acciones de la compañía, que, dado su importante valor bursátil, son elemento relevante tanto de remuneración como de implicación y compromiso de este personal (Plaza, 2018). Estas acciones que recibe la élite del personal de oficina no se extienden al de los almacenes, con remuneraciones mucho más bajas. El personal de ingeniería y centros de datos tampoco está adscrito a la misma filial que el personal de almacenes. Así, este último personal pertenecería a la filial de logística, Amazon Fullfilment, mientras que el personal de tecnología y de desarrollo de negocio con empresas se integraría en Amazon Spain Services y Amazon Web Services Spain, que sería la filial de servidores web.

Pero la estrategia de diferenciación va más allá de las filiales y alcanza al personal de las contratas, en particular de reparto. De forma sintética, el proceso de trabajo de la empresa Amazon en territorio español (que reproduciría el existente en otros países) sería el siguiente:

- Existirían grandes almacenes logísticos en las principales ciudades abastecidos por empresas proveedoras de Amazon.
- Cuando se produce un pedido, los productos se trasladarían a los centros de clasificación (y después de clasificados, se trasladarían a los centros logísticos).
- En dichos centros, el algoritmo clasificaría nuevamente los paquetes según destino, códigos postales o zonas geográficas, establecería rutas de entrega, determinando el número de personas trabajadoras conductoras necesarias y la duración de su jornada, según rutas de 6, 8, 9 y 10 horas.
- Existirían empresas transportistas que se encargarían del reparto con su personal. En caso de necesidad podrían recurrir a empresas de trabajo temporal para atender a incrementos en el número de rutas comunicadas por la filial de Amazon, con una fluctuación constante del número de personas transportistas que se necesiten en cada ocasión.

---

<sup>30</sup> MacGillis (2021, p. 267) ha apuntado a este elemento de diferenciación y distanciamiento: «The Company had, in a sense, segmented its workforce into classes and spread them across the map: there were its engineering and software-developer towns, there were the data-center towns, and there were the warehouses towns».

- Los paquetes se entregarían por el personal externo de Amazon en domicilios o puntos de recogida. Los puntos de recogida pueden ser espacios o lugares que se conciertan con negocios abiertos al público como un quiosco, una peluquería o una papelería, que aceptan ocuparse de ser lugar de recogida de los paquetes a cambio de compensaciones económicas muy pequeñas, con la esperanza de atraer entre la clientela de Amazon a clientes para sus propios negocios.

### 3.3. La tercera división: la externalización del trabajo de reparto y la utilización de algoritmos predictivos para determinar la demanda de mano de obra

[...] Los conductores se diferencian del resto de personal de las instalaciones [...] llevando los trabajadores de Rioba Logistics, SL, una tarjeta identificativa con su fotografía y nombre sobre fondo de color amarillo, distinta de la utilizada por los de Amazon Road Transport Spain, SL, cuyo fondo es de color verde.

Sentencia del TS (STS) de 4 de octubre de 2023 (rec. 4384/2022)<sup>31</sup>

Dentro del sistema de reparto de última milla a domicilios o puntos de recogida, el grupo de empresas multinacional ha seguido varias estrategias que han ido evolucionando con el tiempo, si bien algunas se han mantenido. En concreto, conviene hacer alusión al recurso a empresas de reparto, de las grandes paqueteras, a empresas más pequeñas que han crecido o se han creado específicamente para trabajar con Amazon, pasando por el denostado sistema de personas autónomas repartidoras en sus propios vehículos particulares. Todas estas técnicas aparentemente están desgajadas, pero tienen tres puntos en común.

El primero es que el sistema de reparto de Amazon está «diseñado para asegurar la entrega más rápida posible, mientras la compañía mantiene el control de cada paso del proceso» (SOC, 2022, p. 12).

El segundo es que Amazon siempre ha establecido tablas clasificatorias entre empresas colaboradoras en cumplimientos de objetivos y tiempos de entrega. Nuevamente, la división y la competencia entre sí alimentaría el poder de la compañía sobre sus empresas y personal colaborador externo.

<sup>31</sup> Hechos probados de la sentencia del juzgado de lo social de la que traía su causa el recurso.

El tercero ha sido el de trasladar al personal necesario para el reparto de la última milla fuera del entramado empresarial de Amazon, es decir, evitar el empleo directo para la compañía.

Obviamente, esta estrategia no ha sido neutral en punto a los derechos laborales, de prevención de riesgos laborales y de Seguridad Social de las personas trabajadoras. De hecho, la litigiosidad sobre el trabajo «en» y «para» Amazon ha ido aumentando paulatinamente, con actuaciones cruzadas de sindicatos, Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y demandas de personas trabajadoras individuales. Así, diversas sentencias de juzgados de lo social habían declarado la ilegalidad del reparto mediante personas autónomas contratistas independientes que utilizaban vehículos particulares para el reparto de mercancías ante actas de infracción abiertas por la ITSS por la utilización de falsas personas autónomas<sup>32</sup>. Es cierto que estas formas de realización del trabajo de reparto fueron anteriores a la llamada *ley riders*, pero precisamente la presunción de laboralidad del personal que presta servicios para empresas de reparto aceleraría el recurso a empresas externas. La reacción de la filial de Amazon ocupada de la logística ha sido la de externalizar la gestión de la mano de obra que realiza el reparto no en personal autónomo, sino en empresas que se ocupen del personal de reparto, creadas *ad hoc*, lo que ha provocado una creciente litigiosidad sobre si estas estrategias constituyen un préstamo ilegal de mano de obra.

Además, y en paralelo a la creación de redes de empresas contratistas, se han planteado conflictos relacionados con el convenio colectivo aplicable al personal que realiza el reparto de paquetería. Se trata de una cuestión común en todo el sector de paquetería, pero que es estratégica, pues el convenio colectivo que fija los salarios y jornada es determinante del coste de la mano de obra necesario para que el comercio digital de bienes físicos llegue a la puerta de nuestras casas y compita, sin *dumping* social, con el comercio físico. En esta litigiosidad creciente, el nombre de Amazon, como principal cliente de las empresas de paquetería, aparece en no pocas ocasiones.

## 4. La evolución del sistema de reparto en Amazon Road Transport Spain, SL

El sistema de entrega incluye almacenes logísticos, centros de entrega, empresas externas llamadas (DSP) y, en algunos países, Amazon ha recurrido a contratar a personas autónomas para realizar la entrega a través de una aplicación llamada Amazon Flex en vehículos particulares. Este último sistema por razones legales ya no se utiliza en España y ha sido objeto de pronunciamientos judiciales donde se ha condenado a Amazon por irregularidades en la calificación contractual y la afiliación a la Seguridad Social. A continuación, se analizará la evolución de estos sistemas.

<sup>32</sup> SJS número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero, y SJS número 42 de Madrid 9/2024, de 22 de enero.

## 4.1. El recurso a empresas de mensajería

Ha habido cierta evolución sobre las diversas compañías de reparto que han sido contratadas por Amazon Road para llevar a cabo el reparto de paquetes en España. Una de las mejores explicaciones de esta evolución apareció en una noticia de prensa:

Hasta la llegada de Flex, Amazon solo trabajaba con las grandes paqueteras (MRW, UPS, Correos y SEUR) y con otras más pequeñas (OTL, Tipsa, Ara Vinc e Instapack, que reparten bajo marca Amazon Logistics), subcontratadas a raíz de que las primeras se hartaran de sus condiciones abusivas (mucho volumen a poco precio) y redujeran sus contratos con Amazon. Así, y a base de imponer a sus repartidores jornadas eternas pagadas a 5,38 euros la hora, las pequeñas se hicieron con su parte del pastel. Ahora, a estas empresas les ha salido competencia, más barata y menos profesional: los autónomos de Flex. Las asociaciones de autónomos consideran la maniobra un claro «*dumping*», una bajada de precios para eliminar la competencia (Plaza, 2018).

Posteriormente se abordará el sistema de personas autónomas repartidoras de paquetería mediante una web y aplicación llamada Flex. Centrando la atención en el recurso a empresas paqueteras, es interesante la diferenciación entre el recurso a las grandes paqueteras, ya consolidadas antes de la llegada de Amazon, y las empresas paqueteras más pequeñas.

### 4.1.1. Las empresas paqueteras clásicas y el abrazo del oso de la corporación

Las empresas paqueteras consolidadas habrían tenido una relación ambivalente con Amazon. Alguna persona experta en logística aludiría a que, para estas empresas, Amazon «no es un chollo, sino un caramelo envenenado» (Zubialde, 2019). En relación con las grandes, la estrategia de pinza del grupo Amazon consistiría en que, de una parte, las empresas de reparto tradicionales se han visto sometidas a una fuerte presión en precios para «trabajar» para la multinacional y, al mismo tiempo, a maniobras de concurrencia, porque el reparto de Amazon ha competido con su negocio. Esta doble maniobra cuenta ya con claros precedentes en otros países.

En Estados Unidos ha existido una táctica, que luego se reproduciría en otros países como España, que ha sido estudiada por la doctrina mercantil norteamericana. En un famoso *paper*, la profesora de Harvard y actual presidenta de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos, Lina Khan, explica cómo Amazon utilizó una estrategia de traducir su dominio en el comercio electrónico minorista para convertirse en el principal cliente de las empresas de *delivery*, y, sobre esta base, exigir fuertes descuentos en los precios de reparto. Veamos la explicación más detallada de la Sra. Khan:

Por ejemplo, en 2015, UPS obtuvo negocios por valor de mil millones de dólares solo de Amazon. El hecho de que representara una parte creciente de los negocios de estas empresas le dio a Amazon poder de negociación para negociar tarifas más bajas. Según algunas estimaciones, Amazon disfrutó de un descuento del 70 % sobre los precios de entrega regulares. Las empresas de reparto buscaron compensar los descuentos que le dieron a Amazon elevando los precios que cobraban a los vendedores independientes, un fenómeno que recientemente se denominó «efecto cama de agua» (Khan, 2017).

La profesora, experta en temas de competencia, centró el foco en este efecto, consistente en que Amazon acabaría distorsionando la competencia y consolidando su dominio al obtener una ventaja en dos sentidos: por una parte, al conseguir para sí fuertes descuentos de las empresas de mensajería y, por otra parte, al imponer a estas costes más altos, desanimaría a otros vendedores minoristas a utilizar estas empresas para la distribución de sus productos.

Pero el dominio de Amazon no acabaría ahí. Volviendo a las estrategias empresariales de Amazon expuestas por la profesora Lina Khan, Amazon utilizó su poder de negociación en el sector del *delivery* para dominar más el comercio minorista a través de un servicio llamado Fulfillment-by-Amazon (FBA), a través del cual Amazon ofrecería el reparto a comerciantes minoristas a través de su sistema, que como se ha explicado, sería más barato que el de recurrir a mensajerías externas. En este sistema:

Los comerciantes que se inscriben en logística de Amazon almacenan sus productos en los almacenes de Amazon, y Amazon empaca, envía y brinda servicio al cliente en cualquier pedido. Los productos vendidos a través de logística de Amazon son elegibles para el servicio a través de Amazon Prime, es decir, envío gratuito en 2 días y/o envío regular gratuito, según el pedido (Khan, 2017).

La inserción de terceros en el servicio logístico ofrecido por Amazon permitiría a estos aparecer antes en las listas de búsquedas de productos de Amazon. Y este es un elemento nada despreciable, por cuanto Amazon es un *gatekeeper*, un portal de entrada que consultan casi todas las personas consumidoras del comercio digital. Sin embargo, no todo serían ventajas para las empresas terceras que vendieran y entregaran a través de la llave y pórtico de Amazon. El traspasar el portal, como el dios Jano, deidad romana que se solía colocar en los dinteles, que tendrían dos rostros enfrentados, ofrecería otra cara. Y es que, a la postre, brindaría a la corporación valiosos datos sobre los productos de terceros más demandados y distribuidos, lo que, a su vez, alimentaría la expansión de su imperio mediante el ofrecimiento de productos similares a los de terceros, que no por casualidad acabarían siendo propios de Amazon.

Sin embargo, existe otro efecto menos evidente de esta estrategia y que toca la gestión de recursos humanos. La estrategia de crear un imperio logístico propio presionaría

aún más a las empresas paqueteras, e, indirectamente, a las condiciones de trabajo de su personal. Los descuentos en precios entre empresas contratistas son el principal factor que alimenta la precariedad en una cadena de subcontratación. De este modo, el comprador fuerte de la mano de obra (Amazon) determinaría de forma muy incisiva, pero indirecta, las condiciones laborales del personal de las empresas.

Las estrategias comerciales combinadas estrujarían a la baja las condiciones laborales del personal de reparto de la corporación y de las empresas del sector (contratistas y, a la vez, obligadas a competir). Algunos estudios en Estados Unidos darían cuenta de una bajada drástica de los ingresos del personal dedicado al transporte para empresas de reparto. En el estudio de Farrell *et al.* (2018, p. 5), se alude a una caída del 53 % de los ingresos.

Es más, las empresas paqueteras clásicas tendrían una desventaja frente a Amazon. Estas últimas serían receptoras de mercancías de terceros que deberían recibir, almacenar, clasificar por destinos y distribuir las en función de estos destinos a la clientela final. Sin embargo, en el caso de Amazon, la interconexión entre la línea de negocio del comercio donde vendería sus propios productos y los de terceros y la distribución a través de su reparto facilitaría un preclasificado de las mercancías, que supondría un ahorro de tiempo y de costes frente a las empresas de mensajería tradicionales.

#### 4.1.2. Las empresas pequeñas entran a través de un sistema de franquicia o agencia de reparto para Amazon

Sé tu propio jefe.

Reclamo para ser *delivery service partner* en España.

Publicidad de Amazon

([https://m.media-amazon.com/images/G/01/DSP2/DSP\\_2\\_Brochure\\_ES.pdf](https://m.media-amazon.com/images/G/01/DSP2/DSP_2_Brochure_ES.pdf))

En el éxito de este modelo comercial, de líneas de negocio interconectadas, como Amazon Prime, que combina entretenimiento en plataformas de *streaming* y servicios de reparto, ha jugado un papel esencial la estrategia de reducir los tiempos de entrega de los productos, reforzando la comodidad y fidelizando a las personas consumidoras. Esta estrategia de reducir los tiempos se alimentaría de dos puntales, la construcción de centros logísticos cercanos a todas las principales áreas metropolitanas<sup>33</sup> y personal de reparto de empresas

<sup>33</sup> Apunta Khan (2017), en una estimación de ese año en Estados Unidos, que:

Las ubicaciones de los centros logísticos de Amazon lo sitúan dentro de las veinte millas del 31 % de la población y dentro de las veinte millas del 60 % de su base principal en el mismo día. Esta

de mensajerías externas, pero fuertemente dependientes y sometidas a un control operacional total por la corporación, que implica la geolocalización y el control algorítmico de todos los repartos. Además, una clave adicional para evitar un cuello de botella en el modelo de negocio de la corporación basado en acuerdos de colaboración con empresas paqueteras es colocar a las empresas de *delivery* integrándolas en un sistema vertical, pero donde, a la vez, dichas empresas han de competir entre ellas. El modelo de negocio se basa en una oferta de incentivos para atraer a empresas de reparto, con ciertas tarifas o encargos mínimos garantizados, que luego pueden ser reducidos o eliminados<sup>34</sup>. Las empresas tienen zonas asignadas que pueden ser una provincia, una parte de esta o una población o parte de esta, pero estas zonas son fácilmente intercambiables o se dispone de varias empresas contratistas que actúan en la misma zona o en zonas limítrofes. Con un panel de empresas contratistas, la corporación puede cargar o reducir las rutas de reparto, lo que protege a Amazon de eventuales presiones de estas empresas y, por el contrario, somete a las mismas a los designios de la corporación. Las empresas contratistas están sometidas a una tabla clasificatoria donde pueden medirse distintos aspectos, pero esencialmente son dos los valorados: el cumplimiento de los objetivos de reparto de paquetes que marca Amazon y las entregas en menos tiempo.

Pero dado que el modelo del *delivery* creado por Amazon está predeterminado, monitorizado y uniformizado para todas las empresas, la única posibilidad de competencia que pueden ofrecer estas empresas se concreta en mejorar los tiempos de reparto y evitar

---

extensa red de centros logísticos, cada uno ubicado en o cerca de un área metropolitana importante, equipa a Amazon para ofrecer entregas en una hora en algunas ubicaciones y el mismo día en otras (un servicio que ofrece gratis a los miembros de Amazon Prime).

<sup>34</sup> Los sistemas de clasificación competitiva entre DSP pueden provocar una presión inasumible. Por ejemplo, en una acción colectiva (*clash action*) planteada frente a Amazon en Estados Unidos, se ha denunciado el sistema de trabajo de aproximadamente 2.500 DSP, señalando que Amazon realizaría un control total de los DSP y eludiría las responsabilidades hacia el personal de conducción y la sociedad en general. La demanda y el proceso en esta acción planteada en Seattle puede seguirse en <https://www.courtlistener.com/docket/63214938/fli-lo-falcon-llc-v-amazoncom-inc/>. Sobre este proceso, en los medios de comunicación, puede verse: <https://www.seattletimes.com/business/amazon/delivery-company-files-class-action-on-behalf-of-2500-amazon-branded-partners/>

En la demanda de acción colectiva se aludiría, por ejemplo, a requerimientos imposibles, que luego han provocado denuncias de la confederación de sindicatos estadounidenses. Así se ha señalado, a modo de ejemplo:

[...] during peak times, Amazon expected a DSP operator in Sacramento to deliver 350-400 packages per day per van.19 To complete this number of deliveries in a 10-hour shift, drivers would need to park, sort, deliver, and document a delivery approximately once every 1 to 2 minutes-presuming they do not take any breaks (SOC, 2022, p. 9).

Otra acción se planteó en Oregón, en la que una empresa DSP planteaba una reclamación contra Amazon por resolución de su relación unilateral sin causa justificada (<https://www.oregonlive.com/silicon-forest/2021/10/oregon-delivery-contractors-sue-amazon-seeking-15-million-over-unsafe-unreasonable-driving-conditions.html>).

Lawsuit: Triton, LLC, Last Mile, LLC v. Amazon Logistics, INC (case 21-cv-41524).

problemas con la plantilla del personal de reparto. El círculo virtuoso alimentaría la rapidez con la que la corporación puede transportar la mercancía a la clientela, pero a costa de presionar a la baja las condiciones de trabajo del personal de empresas de mensajería que se convertirían esencialmente en proveedores de mano de obra para la empresa situada en el centro de un imperio logístico, que, sin embargo, no sería empleadora directa de personas repartidoras.

Pero también es interesante la alusión a la estrategia de crecimiento de las pequeñas empresas paqueteras que han logrado hacerse un sitio aplicando largas jornadas y un salario bajo al personal de reparto. En este terreno, la aplicación de convenios colectivos con condiciones muy precarias e ilegales ha alimentado el fenómeno, así como el recurso a empresas de trabajo temporal, grupos de empresa y trasvase de personal. Así, la empresa Transporte Integral de Paquetería, SA (Tipsa), ha aparecido en actas de infracción de la ITSS de Barcelona, aplicando un convenio extraestatutario de mensajería. Igualmente, en los repertorios judiciales, la empresa Ara Vinc aparece en diversas reclamaciones judiciales donde se estimó que existía una aplicación fraudulenta de un convenio colectivo para sortear los convenios provinciales de transporte. La empresa Instapack ha sido objeto de dos sentencias de la AN ante denuncias de los sindicatos más representativos por eludir también la aplicación de estos convenios colectivos. Interesa, pues, dejar constancia de la conflictividad latente alrededor de las contrataciones de reparto de Amazon con diversas empresas de paquetería.

En todo caso, es importante entender la dinámica de trabajo de las empresas que prestan servicios logísticos de distribución y entrega de paquetes para Amazon, pues tiene implicaciones laborales. Las empresas que tienen contratos con la Amazon Road están sometidas a un control de la «totalidad» del proceso de reparto. Este control global afecta, como señala un experto en temas de logística de la última milla, no solo al proceso operacional, sino también a otros procesos como el de la contratación del personal para la distribución (Zubalde, 2022). En este terreno, los algoritmos de la corporación son capaces de predecir el volumen de trabajo necesario y organizar la prestación de servicios de las empresas contratistas. En palabras de este experto:

Con varias fechas de antelación, Amazon ya «dictamina» (en cursiva en el original) qué envíos recibirá cada empresa subcontratada (empresas de transporte y distribución), organiza qué rutas se deben de hacer, el orden de las mismas y los medios que precisa la empresa subcontratada (furgonetas y personal de reparto). Cuando el personal que precisan es escaso, la empresa subcontratada debe de contactar con empresas de trabajo temporal, la cual ya tiene un acuerdo con Amazon, y le solicita el personal que precisa para ese día, y con los precios de contratación que ya estaban pactados entre empresas de trabajo temporal y Amazon.

Por otra parte, una disminución de las rutas que Amazon ofrece a sus empresas contratistas puede provocar inmediatamente despidos por causas organizativas y productivas.

## 4.2. El sistema Flex de reparto de paquetes con personal autónomo en sus vehículos particulares

Esta forma de prestación de servicios, calificada gráficamente en los medios de comunicación como *uber* de la paquetería o *riders* de los coches (Plaza, 2018), fue ofertada por Amazon Spain F. y, desde su creación, por Amazon Road Spain. El llamado sistema Flex<sup>35</sup> permitió que las filiales españolas de la corporación ofrecieran a personas físicas el realizar con sus vehículos propios servicios de reparto de paquetes de pequeño volumen comercializados por Amazon<sup>36</sup>.

### 4.2.1. La ilegalidad del sistema desde la perspectiva de la normativa de transporte de mercancías y la exigencia de Amazon de vehículos de menos de dos toneladas de masa máxima autorizada

El sistema era totalmente ilegal según la normativa española de transporte, que no permite usar un automóvil particular concebido para el transporte de personas y sus enseres para realizar transporte de mercancías para terceros. En este sentido, el artículo 63 de la Ley 16/1987, de ordenación del transporte terrestre, establece una clara delimitación entre tipos de transporte de personas y de mercancías, exigiendo que los vehículos para el transporte de mercancías estén contruidos y acondicionados para tal fin. Ello evidentemente no ocurría en el caso de turismos y otros vehículos de uso particular. Sin embargo, Amazon consiguió eludir buena parte de los controles de tráfico interviniendo dos aspectos del ciclo de transporte y reparto de paquetes: el de la naturaleza de la relación de transporte y el del tipo de vehículo.

En relación con el primero, las personas que ponían sus vehículos al servicio del reparto de la corporación lo hacían con carácter no laboral, como personal externo, por lo que, sencillamente, si se imponía una sanción de tráfico, la misma se dirigía a la persona titular del vehículo, a la persona transportista, no a la empresa de origen que había contratado los servicios de reparto.

El segundo aspecto, para nada casual, era el tipo de vehículo. En la página web de Amazon para fichar personas autónomas para el reparto con vehículo particular ([flex.amazon.es](https://flex.amazon.es)) se establecía expresamente como uno de los requisitos de todas las personas que quisieran

<sup>35</sup> El nombre derivaría de que las personas interesadas en realizar los repartos en sus vehículos particulares debían contactar con la filial de Amazon a través de la página web [flex.amazon.es](https://flex.amazon.es). Asimismo, para la gestión de este personal, se creó una aplicación llamada Amazon Flex que estas personas, una vez aceptadas como «colaboradores independientes», debían descargarse en sus móviles. Dicha aplicación asignaba bloques de reparto al personal de reparto.

<sup>36</sup> Esta descripción puede verse en los hechos probados de la SJS número 42 de Madrid 9/2024, de 22 de enero.

ser personal *flex* de Amazon disponer de un vehículo tamaño medio o más grande tipo berlina, no admitiéndose vehículos de más de dos toneladas de masa máxima autorizada<sup>37</sup>. El uso de vehículos con una masa máxima autorizada superior impondría la necesidad de contar con autorizaciones administrativas de transporte de mercancías. El requisito de emplear vehículos no sujetos a las normas de transporte de mercancías permitía conseguir un fin –buscado o no– de eludir los controles de tráfico focalizados en vehículos de carga. Y es que los controles de tráfico dirigidos a inspeccionar el cumplimiento de las normas de transporte de mercancías no estaban preparados o dirigidos para transporte de mercancías en vehículos particulares destinados a transportar normalmente personas. Y es que clásicamente se focalizaban en furgonetas o camiones, no en los maleteros de turismos, salvo que estos llevaran mucho peso. Sin embargo, justamente la mayoría de los paquetes repartidos por Amazon eran de escaso peso.

Es anecdótico, pero significativo, que alguna otra empresa de reparto que también utilizó el sistema de externalizar a personal autónomo en sus vehículos particulares para el reparto de paquetes y recibir una sanción planteó una demanda por vulneración de derechos fundamentales al entender que en el caso de Amazon y de otras empresas del sector esta actuación se había permitido impunemente, y considerarse, por tanto, discriminada al haber sido ella sancionada<sup>38</sup>.

#### 4.2.2. Un modelo de personas formalmente autónomas contratadas por repartos de pocas horas

Amazon utilizó un innovador sistema de trabajo flexible a bajo coste que combinaría tres elementos: la íntegra externalización de la entrega a domicilio de paquetes recurriendo a un número elevado de «personas autónomas», una contratación a demanda según las necesidades de reparto, un *software* que permitiría controlar hasta el último minuto y geolocalizar el trayecto de paquetes, e, indirectamente, del personal encargado de repartirlos. Rastreado datos de internautas, potentes algoritmos permitirían prever con semanas de antelación la necesidad de personal y, adquirido un producto, estos programas medirían exactamente cuándo y dónde se encontraría cada paquete. Con estos sistemas, Amazon no tendría necesidad de ofrecer de forma íntegra y unitaria el servicio de entrega, sino que la tecnología permitiría externalizarlo eliminando turnos y tiempos muertos. El sistema escupiría en cada momento la necesidad de personal de refuerzo en la entrega de paquetes, y para esto se requería

<sup>37</sup> Vid. hecho probado segundo de la SJS número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 77/2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de enero, donde una empresa de reparto planteó un procedimiento de vulneración de derechos fundamentales aduciendo vulneración del principio de igualdad frente a otras empresas, entre las que citaría en primer lugar a Amazon, porque la Administración sí permitiría a dichas empresas utilizar el sistema de reparto por personal autónomo en sus vehículos particulares. La sentencia fue desestimada por falta de acreditación por el demandante de este extremo.

un número muy elevado de personas trabajadoras –consideradas en los contratos firmados por estas como autónomas–, que pudiera cubrir cualquier demanda de reparto existente.

El sistema de la plataforma digital de emplear personas formalmente autónomas para el reparto en sus vehículos particulares fue abandonado en España y en otros países europeos<sup>39</sup> por cuestiones legales. Aunque en el caso español parece que, como se afirmara en alguna sentencia, fue la aprobación y entrada en vigor de la norma sobre la presunción de laboralidad con el Real Decreto-Ley 9/2021, que introdujo la disposición adicional vigesimotercera del Estatuto de los Trabajadores (ET), la que determinó que se dejase de utilizar el sistema Flex<sup>40</sup>. No obstante, tras diversas actuaciones inspectoras, han aparecido diversas sentencias en procedimientos de oficio que afectarían a miles de personas, donde se ha declarado la laboralidad de la relación existente en Amazon Road<sup>41</sup> y Amazon Spain F.<sup>42</sup> respecto a las personas a las que se referían las actas de liquidación en periodos entre 2019 y 2022 anteriores al abandono del sistema por la corporación. Aunque dichos pronunciamientos no son firmes, la cuidada fundamentación y el apoyo en la jurisprudencia<sup>43</sup> (STS 263/1986, de 26 de febrero<sup>44</sup>) hacen presumible su confirmación.

<sup>39</sup> Vid. Mcloughlin (2022), que alude también al abandono de este sistema en Alemania.

<sup>40</sup> SJS número 42 de Madrid 9/2024, de 22 de enero, en relación con un procedimiento de oficio para regularizar la situación de personas falsas autónomas, aludiría a la reforma del ET como detonante de este abandono en el fundamento jurídico séptimo *in fine*. La sentencia no es firme.

<sup>41</sup> SJS número 42 de Madrid 9/2024, de 22 de enero, referida a 3.694 personas.

<sup>42</sup> SJS número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero, referida a más de 2.000 personas colaboradoras.

<sup>43</sup> Entre las sentencias del TS analizadas se cita la STS de 18 de octubre de 2006 (rec. 3939/2005), en la que se declaró la laboralidad de la relación de un transportista que aportaba su vehículo, por considerar que era el trabajo personal el elemento esencial para prestar el servicio, calificándose la aportación por el transportista del vehículo como un elemento «sin relevancia económica suficiente para convertir la exploración del vehículo en un elemento definidor de la finalidad fundamental del contrato, mientras que la actividad personal del trabajador se revela como predominante». También se aludió a diversas sentencias sobre personal de mensajería y reparto de prensa con vehículos propios donde se declaró la laboralidad de la prestación.

<sup>44</sup> En este pronunciamiento, el TS dictaminó el carácter laboral de la relación de unas personas que efectuaban prestación de servicios de mensajería, con recepción, transporte y entrega de paquetes, conforme a unas tarifas previamente establecidas por viaje y realizando el transporte en vehículos de su propiedad, generalmente en motocicletas. El personal de mensajería llevaba en su vestimenta y vehículos distintivos de la empresa de mensajería y debían llamar a diario a la empresa, pudiendo ser penalizados en caso contrario.

El TS argumentó:

La dependencia, aparte de su exteriorización en ese llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza, pues ese comportamiento empresarial impide conocer las causas de la inasistencia, que en un contrato de trabajo debidamente regularizado se

### 4.3. El sistema de reparto mediante el operador universal de Correos: sinergias y externalidades ¿positivas o negativas?

En el ámbito de la Unión Europea existe la obligación de garantizar a la ciudadanía una red postal en todo el territorio como servicio universal.

La norma europea en la materia, la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, establece en su considerando 12 que el objetivo del servicio universal es proporcionar a toda persona usuaria un fácil acceso a la red postal, ofreciendo en particular un número suficiente de puntos de acceso y condiciones satisfactorias de frecuencia de recogida y de distribución; que el servicio universal debe prestarse respetando la necesidad básica de garantizar un funcionamiento continuo y adaptarse a las necesidades de todas las personas usuarias, así como garantizarles un trato equitativo y no discriminatorio.

Dada la obligación de garantizar que el servicio postal universal funciona en todo el territorio nacional<sup>45</sup>, las filiales de Amazon estarían utilizando (4.3.1) y a la vez compitiendo con el servicio de operador universal<sup>46</sup> (4.3.2).

---

puede producir por motivos tan justificados como permisos, licencias, vacaciones, enfermedad o, incluso, periodos intermedios de inactividad laboral en contratos discontinuos o a tiempo parcial. Por otra parte, la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato.

<sup>45</sup> En materia de paquetería, la norma comunitaria principal es el Reglamento 2018/644, de 18 de abril, sobre servicios de paquetería transfronterizos. Este reglamento cubre los paquetes que contengan bienes, con o sin valor comercial, de hasta 31,5 kg, puesto que los envíos más pesados no pueden ser manejados por un solo individuo sin ayuda de dispositivos mecánicos y esta actividad forma parte de los sectores del transporte de mercancías y la logística.

<sup>46</sup> Plaza (2020) publica un artículo interesantísimo sobre cómo Amazon se beneficia indirectamente de las subvenciones a Correos, de manera que paga menos a la entidad por repartir un paquete de lo que cuesta, siendo además un «negocio» creciente, porque el sector de la paquetería es el que más crece en Correos, frente a otros servicios postales, dado que cada vez hay menos cartas.

La periodista destaca declaraciones como las siguientes:

Según fuentes del sector, Amazon paga a Correos entre 1,8 y 2 euros por paquete entregado, además de encargarle las devoluciones, también más caras que una entrega normal. Y, según UGT, el margen está entre 0,8 y 1 euro de media. Desde Correos señalan que hay sitios donde «o envía Correos, o no lo hace nadie. Con nuestra red cubrimos todo el territorio. Y las oficinas son puntos de entrega para gestionar devoluciones». Aunque los paquetes de Amazon no entran dentro del servicio postal universal, la empresa aprovecha que el Estado español lo financia para encargárselo a precio de saldo.

### 4.3.1. El aprovechamiento del sistema de reparto mediante Correos Express, en particular en las zonas rurales

Diversos trabajos han denunciado que las filiales de Amazon utilizan el sistema de operador postal de servicio universal para la distribución de paquetes en zonas donde es más caro distribuir por estar más alejadas de las grandes poblaciones o encontrarse en zonas rurales. Así, se ha señalado que las filiales del grupo se estarían beneficiando de las subvenciones a la entidad, desviando la distribución de los paquetes difíciles, en concreto, a los repartos mediante Correos Express. En este sentido, se apunta:

[...] lo que hace Amazon es «dividir» los envíos de forma que su red reparte una parte y los externos otra parte. No disponemos de las cifras reales, pero es posible que actualmente sean mitad y mitad. Pero la verdadera diferencia no está en la cifra, sino en los destinos: los fáciles y los difíciles. Los fáciles son los paquetes que se reparten con mucha facilidad, centro de las ciudades donde se concentran muchas entregas en poco sitio, lo que permite repartir mucho en poco tiempo. Y los difíciles son los que tienen una baja concentración de entrega o los que tienen un desplazamiento de kilómetros, como los envíos de la España vaciada y zonas rurales o alejadas (Zubialde, 2022).

Esta denuncia no parece infundada, ni es un problema español, pues en Estados Unidos algunas noticias han dado cuenta de problemas por el uso del servicio federal de correos por la compañía en Estados con población dispersa<sup>47</sup>. Es más, la propia web de la compañía Amazon publicaría su apoyo a la necesidad de «revitalizar» el servicio público de reparto, mejorando las condiciones laborales y de protección social de su plantilla<sup>48</sup>.

Pero el negocio de utilizar a Correos preocupa a los sindicatos en el sector. Y es que como señala algún artículo de prensa (Plaza, 2020):

Los carteros rurales trabajan con su propio coche. Cobran 0,23 euros por kilómetro en concepto de mantenimiento y carburante. «Antes no había problema porque eran básicamente cartas», continúan desde el CSIF. «Lo que ha cambiado es que ahora son paquetes de gran tamaño que no entran en los maleteros. Hay que meterlos en el sillón delantero, en el trasero... No llevamos la homologación de carga correspondiente... Los carteros corren el riesgo de que Tráfico les multe. Si en las grandes ciudades Amazon compite con Correos y Correos Express, en provincias más pequeñas y en el rural "es otra historia"», añade el sindicato. «Es cierto que en los coches se ven paquetes de Amazon. Y Correos

<sup>47</sup> <https://arstechnica.com/tech-policy/2023/11/amazon-packages-reportedly-overwhelm-small-post-offices-delaying-other-mail/>

<sup>48</sup> <https://www.aboutamazon.com/news/policy-news-views/its-time-to-revitalize-the-united-states-postal-service>

está haciendo publicidad con el mundo rural, la España vaciada... Pero claro, ahí cuesta ganar dinero. En unas declaraciones que hizo el presidente, dijo que el potencial es enorme y que competimos con un gigante como Amazon, pero que la paquetería no da para mantener la empresa. No produce tantos beneficios como las cartas».

### 4.3.2. La competencia con el sistema de operador postal universal

Amazon ha expandido rápidamente su sistema de entrega rápida compitiendo fuertemente con otros servicios de entrega. En Estados Unidos se habría convertido en el operador postal más importante desplazando en volumen de negocio al servicio federal de la United States Postal Service.

Así, se ha relativizado la independencia de la red de reparto de Amazon, destacando, en paralelo, el potencial de supervisión de la plataforma. En este sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) aludió a la «capacidad plena de control y de dirección que Amazon ejerce sobre sus operadores de paquetería» y, con cita de documentos europeos sobre el sector de la paquetería, señalaría que «en definitiva, la intensidad del control que Amazon tiene sobre sus servicios de paquetería no es equiparable al que otros comerciantes minoristas tienen sobre los suyos», lo que justificaría la imposición de obligaciones específicas de la plataforma sobre la red de empresas contratistas bajo su control (Resolución CNMC 6/2020 sobre Amazon Spain Fulfillment y otras filiales de la multinacional en España). Sin embargo, esta resolución está pendiente de un procedimiento judicial y ha sido de momento anulada (Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de julio de 2023 –rec. 1224/2020–).

## 5. Conclusiones

Dentro del brazo logístico de Amazon, gestionado por la filial de Amazon Road, la actividad de reparto de paquetes de la última milla es estratégica para Amazon. Este segmento de la cadena de prestación de servicios es el más costoso para la compañía, que, a su vez, se ha singularizado por el objetivo de lograr entregas ajustadas a los pedidos de su clientela y cada vez en menor tiempo. La corporación más exitosa del capitalismo digital ha planteado una estrategia de externalización de la gestión de los recursos humanos de la actividad de reparto. Esta externalización ha seguido diferentes vías: desde el recurso a empresas de paquetería clásicas, a la llamada a personas emprendedoras para que monten una empresa de reparto y se conviertan en agencias colaboradoras (DSP), pasando por el recurso a personas autónomas para el reparto en sus vehículos particulares o acuerdos de colaboración con el servidor postal universal.

Algunas de estas estrategias han debido ser abandonadas por haber sido contrarias al ordenamiento jurídico español o comunitario, como en el caso del personal autónomo. Otras estrategias de gestión de recursos humanos plantean fuertes dudas y están comenzando a ser cuestionadas en los tribunales, como el sistema de DSP, donde se ha suscitado la ilegalidad por posible contravención del artículo 43 del ET, en materia de cesión ilegal de personas trabajadoras, con pronunciamientos dispares, que deberán ser objeto de unificación de doctrina por el TS. El recurso a Correos y el dominio que Amazon Road ejerce sobre las empresas colaboradoras también han planteado cuestiones de interés y están siendo objeto de cuestionamiento y conflicto en la CNMC y en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

Mientras estas cuestiones se dilucidan, el trabajo del personal de reparto de las empresas externas de reparto de Amazon se caracteriza por altas tasas de precariedad y accidentalidad (SOC, 2022, p. 8)<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> En el informe elaborado por la confederación de cuatro sindicatos en Estados Unidos se concluyó que el personal empleado de las DSP de Amazon sufría tasas de accidentalidad mucho más elevadas que el de otras empresas de reparto y además sus heridas eran más serias. Para elaborar las estadísticas, el estudio tuvo en cuenta el hecho de que las tasas de accidentalidad reportadas por Amazon no incluían al personal de reparto externo, por lo que recopiló los datos a partir de los ofrecidos al registro norteamericano elaborado por el órgano OSHA, acrónimo de Occupational Safety and Health Administration, por las propias empresas DSP. La tasa de accidentalidad por *serious injuries* (en el informe eran las que impedían prestar el trabajo y provocaban una pérdida de tiempo de trabajo total) eran en el 2021 las siguientes: DSP, 18,3%, centros logísticos de Amazon, 10,9%, y almacenes de clasificación, 5,6% (SOC, 2022, p. 7).

## Referencias bibliográficas

- Dube, A., Jacobs, J., Naidu, S. y Suri, S. (2020). Monopsony in online labour markets. *American Economic Review: Insights*, 2(1), 33-46. <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aeri.20180150>
- Eeckhout, J. (2021). *The profit paradox. How thriving firms threaten the future of work*. Princeton University Press.
- Farrell, D., Greig, F. y Hamoudi, A. (2018). *The online platform economy in 2018: Drivers, workers, sellers and lessors*. JPMorgan Chase Institute. <https://www.jpmorganchase.com/content/dam/jpmc/jpmorgan-chase-and-co/institute/pdf/institute-ope-2018.pdf>
- Galdón Clavell, G. (23 de diciembre de 2018). ¿Es ético comprar en Amazon? *El País*. [https://elpais.com/tecnologia/2018/12/21/actualidad/1545407088\\_015525.html](https://elpais.com/tecnologia/2018/12/21/actualidad/1545407088_015525.html)
- Galloway, S. (2018). Silicon Valley's tax-avoiding, job-killing, soul-sucking machine. *Esquire*. <https://docs.house.gov/meetings/IF/IF16/20180927/108727/HHRG-115-IF16-20180927-SD007-U7.pdf>
- Gray, M. L. y Suri, S. (2019). *Ghost work: How to stop Silicon Valley from building a new global underclass*. Eamon Dolan Books.
- Ingraham, C. (16 de febrero de 2019). Amazon paid no federal taxes on \$11.2 billion in profits last year. *The Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/us-policy/2019/02/16/amazon-paid-no-federal-taxes-billion-profits-last-year/>
- Kantor, J. y Streitfeld, D. (15 de agosto de 2015). Inside Amazon: Wrestling big ideas in a bruising workplace. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2015/08/16/technology/inside-amazon-wrestling-big-ideas-in-a-bruising-workplace.html>
- Khan, L. M. (2017). Amazon antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, 126(3). <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>
- Long, H. (5 de octubre de 2018). Amazon's \$15 minimum wage doesn't end over whether it is creating good jobs. *The Washington Post*. [https://www.washingtonpost.com/business/economy/amazons-15-minimum-wage-doesnt-end-debate-over-whether-its-creating-good-jobs/2018/10/05/b1da23a0-c802-11e8-9b1c-a90f1daae309\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/business/economy/amazons-15-minimum-wage-doesnt-end-debate-over-whether-its-creating-good-jobs/2018/10/05/b1da23a0-c802-11e8-9b1c-a90f1daae309_story.html)
- MacGillis, A. (2021). *Fulfillment (winnig and losing in one-click America)*. Farrar, Straus and Giroux.
- McLoughlin, M. (9 de junio de 2022). Amazon ya no quiere autónomos repartidores: por qué cierra en silencio su servicio Flex. *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-06-09/amazon-flex-repartidores-autonomos\\_3438862](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-06-09/amazon-flex-repartidores-autonomos_3438862)
- Pesole, A., Urzi Brancati, M. C., Fernández Macías, E., Biagi, F. y González Vázquez, I. (2018). *Platform workers in Europe evidence from the COLLEEM survey*. Publications Office of the European Union. <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC112157>
- Plaza, A. (17 de septiembre de 2018). La élite tecnológica de Amazon España: «Es gente totalmente absorbida por la empresa». *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-09-17/amazon-espana-comercio-electronico\\_1616317/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-09-17/amazon-espana-comercio-electronico_1616317/)
- Plaza, A. (23 de febrero de 2020). Así «subvenciona» España los envíos de tus paquetes de Amazon. *elDiario.es*. [https://www.eldiario.es/economia/subvenciona-espana-envios-paquetes-amazon\\_1\\_1120012.html](https://www.eldiario.es/economia/subvenciona-espana-envios-paquetes-amazon_1_1120012.html)
- Rifkin, J. (2000). *La era del acceso (La revolución de la nueva economía)* (Trad. J. Francisco Álvarez y David Teira). Paidós.

- Scheiber, N. (3 de julio de 2019). Inside an Amazon warehouse. Robots' ways rub off on humans. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/07/03/business/economy/amazon-warehouse-labor-robots.html>
- SOC. (2022). *The worst mile: Production pressure and the injury crisis in Amazon's delivery system*. <https://thesoc.org/wp-content/uploads/sites/342/The-Worst-Mile-1.pdf>
- Suárez Corujo, B. (2018). La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 141, 37-66.
- Zubialde, C. (30 de septiembre de 2019). ¿Has visto alguna furgoneta de Amazon reparando en tu ciudad? *Información Logística*. <https://informacionlogistica.com/has-visto-alguna-furgoneta-de-amazon-reparando-en-tu-ciudad/>
- Zubialde, C. (16 de agosto de 2022). ¿Cuál es el motivo de la propuesta de multa a Amazon por cesión de trabajadores? *Información Logística*. <https://informacionlogistica.com/cual-es-el-motivo-de-la-propuesta-de-multa-a-amazon-por-cesion-de-trabajadores/>
- Zuboff, S. (2020). *La era del capitalismo de vigilancia*. Paidós.

**Amparo Esteve Segarra.** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ha sido magistrada suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana durante 18 años y desde el 2020 es árbitra en temas laborales. Ha recibido diversos premios: en 1996, premio de terminación de estudios universitarios y premio de rendimiento académico; en 1997, Premio Fundación Manuel Broseta, Premio Bancaixa y Premio Rivero Lamas en dos ediciones, 2018 y 2022; y en 2024, el nacional de la Asociación San Raimundo de Peñafort. Es autora única de ocho monografías y un centenar de artículos. <https://orcid.org/0000-0003-3773-4668>

## El XXXIV Premio Estudios Financieros fomenta un año más el «talento de impacto» en la comunidad jurídica

---



Luis Bravo Casado, socio de Cuatrecasas

«fórico», defendía Luis Bravo Casado en nombre del prestigioso bufete de abogados. Bravo Casado ha sido miembro del tribunal y por ello conoce bien el rigor y la «calidad de los trabajos». Por ello valoraba especialmente el mero hecho de «atreverse» a enviar algo con la «mínima solvencia» que requiere el concurso.

Desde su prisma como profesional jurídico, el socio de Cuatrecasas agradeció en primer lugar el «medio de vida» que le regaló el Máster en Tributación del CEF.-, precisamente en

Con una trayectoria dilatada, pero el mismo compromiso por apoyar la investigación en ciencias sociales, el XXXIV Premio Estudios Financieros entregó sus galardones en la sede del bufete Cuatrecasas en Madrid. En total se entregaron 23 galardones (7 primeros premios y 16 accésits) de los cerca de 200 trabajos presentados este año. Un ejemplo del sostenido reconocimiento al «talento de impacto» que generan estas investigaciones, con sus conocimientos innovadores, para mejorar la sociedad.

El certamen «representa como pocos un premio al mérito, al talento y a la búsqueda del conocimiento, jurídico y científico».



Roque de las Heras, presidente de honor del Grupo CEF.- UDIMA y fundador de los premios

el año en que echaba a andar el Premio Estudios Financieros (1990). Además resaltó la necesidad de los abogados de contar con «talento de impacto» en este mundo globalizado.

Un talento especial «capaz de modificar las cosas», que emana directamente del conocimiento (jurídico en su caso). Esa es la «gasolina» que necesitan, y para que el conocimiento surja es necesaria la investigación. «Estos premios son una magnífica representación de lo que significa el fomento de la investigación y el conocimiento jurídico». Animó a la familia De las Heras a mantener la labor de una institución que «marca el camino a seguir para la comunidad jurídica y científica» con estos premios.



Arancha de las Heras, presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA

Nadie mejor para recoger el testigo que el presidente de honor del Grupo CEF.- UDIMA, Roque de las Heras, responsable de crear el Premio Estudios Financieros. Y que surgió

desde el motor que siempre ha movido al grupo educativo: «Que los alumnos estudien con los mejores materiales», argumentaba el fundador del certamen. Como complemento a los apuntes de sus docentes surgieron las revistas CEF.-, que pronto necesitaron de una visión más amplia, tratando de «estimular» a los investigadores para continuar con su «labor de análisis crítico y práctico de la sociedad».



Federico Morán Abad, padrino de la promoción y director de la Fundación Madri+d

Una labor que desempeñan no solo los ganadores, sino todos los investigadores que participan en el concurso. «No solamente los que ganáis, sino también todos los que participáis,



Silvia Díaz Sastre y Ester Marco Peñas, primer premio en Derecho Constitucional y Administrativo



Julián Roa González y Víctor Núñez Fernández, primer premio en Educación y Nuevas Tecnologías

hacéis que el Premio se valore cada vez más y que siga creciendo», señaló por su parte la presidenta del Grupo CEF.-UDIMA, Arancha de las Heras. «Gracias, porque cada vez recibimos mejores trabajos», añadió, lo que ha hecho más complicada la labor de los jurados, a los que agradeció su «incansable trabajo».

## Casi 4 millones en premios

Como en ediciones anteriores, Roque de las Heras recordó por qué, año tras año, el Premio se ha ganado a pulso ser uno de los más prestigiosos del país en su categoría de ciencias



Rodrigo León Nardo, primer premio en Derecho Civil y Mercantil



Miguel González-Mohino, Mario J. Donate y Luis Javier Cabeza Ramírez, primer premio en Recursos Humanos



Alberto Vaquero García, Miguel Ángel Vázquez Taín y María Bastida Domínguez, primer premio en Contabilidad y Sostenibilidad



Cristóbal Molina Navarrete, primer premio en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

jurídicas y sociales. No solo por haber ido mutando en sus modalidades (de las tres iniciales a las siete actuales), en función siempre de la demanda que pautan los tiempos cambiantes. También por su reconocimiento social y la dotación económica que aporta a los ganadores: 9.000 euros a los primeros premios y 900 a los accésits, todos ellos libres de impuestos.

En total se han entregado más de 3.850.000 euros en premios a estas investigaciones, las cuales puede presentar cualquiera con un seudónimo (para preservar la calidad y la labor del jurado), y que han ido congregando perfiles de todo tipo: desde profesores, doctorandos y catedráticos en el ámbito académico, hasta profesionales del sector público o privado; repartidos por toda la geografía española. Un esquema que

se repite en los miembros del jurado: «profesionales de reconocido prestigio de la Administración pública, la judicatura, la universidad y la empresa privada», resumía el fundador.

El objetivo de los premios es conseguir artículos de opinión y reflexión que «enriquezcan» la formación de los alumnos del Grupo CEF.- UDIMA, subrayó Roque de las Heras. «Porque solo desde la preparación y la adquisición permanente de conocimientos es posible avanzar en el conocimiento».

## Enriquecer la sociedad

Un concepto, el de enriquecimiento, que abordó Federico Morán Abad (padrino de la promoción) durante sus palabras en nombre de los jurados. El catedrático de Biología y director de la Fundación Madri+d aseguró haber «disfrutado y aprendido» con los trabajos evaluados, y reflexionó sobre los retos que tiene la universidad para poner en valor la aportación del Premio Estudios Financieros.

Por un lado, la creciente demanda de formación en un entorno globalizado, que en el ecosistema universitario de la Comunidad de Madrid (con 19 universidades, el más grande de España) «puede provocar que se disminuya la calidad por la cantidad», señaló Morán Abad. Una preocupación para los organismos de calidad como el que dirige, pero también para las propias universidades, pues esa demanda puede venir (como bien sabe la UDIMA) desde cualquier parte del mundo.

En este sentido, el catedrático cree que en el futuro veremos «una interacción entre las universidades públicas y privadas», pues «todas tienen un papel social importantísimo» (sin importar su financiación).

Por otro lado, considera que esa evolución de la formación terminará imponiendo un modelo educativo «mixto», donde las universidades *online* pueden jugar un papel interesante. Primero, porque potencian proyectos como el de las universidades europeas, para enriquecer al ciudadano de la Unión Europea (y que pueda viajar incluso fuera de esta). Y segundo, porque, además de llegar a más gente y por menos dinero, la universidad a distancia podría abrir la puerta a titulaciones conjuntas de dos o más universidades. «Es el futuro de la formación», recalca Morán Abad.

Para él, ahí está la otra clave de estos premios: la transferencia que este tipo de futuras formaciones dé al ciudadano para moverse en su carrera profesional. Todo emana del conocimiento y este es una parte fundamental de la universidad: generar conocimiento con



Violeta Ruiz Almendral, primer premio en Tributación

investigaciones que se trasladan a la sociedad en forma de «innovación tecnológica o de emprendimiento». Según dijo, el Premio Estudios Financieros también favorece que salgan *spin offs* universitarias o *startups* que trasladen esa innovación como un producto o servicio que se comercialice para mejorar la sociedad.



Foto de familia de los premiados

Redacción CEF.- UDIMA | Fotos: Julia Robles



# MÁSTERES Y CURSOS



Potenciamos el talento  
que **transforma** empresas

## FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

---

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Tributación

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es](http://www.cef.es)



# AHORA ES EL MEJOR MOMENTO PARA OPOSITAR

## Administración General

- Administradores Civiles del Estado
- Gestión de la Administración Civil del Estado
- Administrativos de la Administración del Estado

## Administración Local

- Interventores-Tesoreros
- Secretarios (de Entrada)
- Secretarios-Interventores

## Banco de España

- Técnicos (Banco de España)
- Inspectores del Banco de España

## Seguridad Social Empleo

- Inspectores de Trabajo y Seguridad Social
- Interventores y Auditores de la Seguridad Social
- Técnicos de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social (Especialidad Auditoría y Contabilidad)
- Subinspectores Laborales (Escala de Empleo y Seguridad Social)
- Administrativos de la Seguridad Social

Asesoramiento  
personalizado:

91 44 44 920

[www.cef.es](http://www.cef.es)

## Hacienda / Tribunal Cuentas

- Inspectores de Hacienda del Estado
- Inspectores de Seguros del Estado
- Interventores y Auditores del Estado
- Técnicos de Auditoría y Contabilidad
- Técnicos de Auditoría y Control Externo del Tribunal de Cuentas
- Técnicos de Hacienda
- Agentes de la Hacienda Pública

## Justicia

- Jueces y Fiscales
- Letrados de la Administración de Justicia
- Gestión Procesal y Administrativa
- Tramitación Procesal y Administrativa

## Comunidades Autónomas

- Comunidad Valenciana
- Comunidad de Madrid
- Cataluña

