



Seminari **sobre relacions** **col·lectives**



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el llicenciador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).



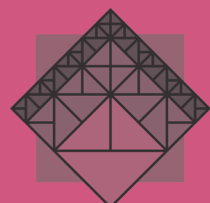
No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.



Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular dels drets d'autor.
- No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior



Edita

Federació de Municipis
de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a.
08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació

www.lacuinagràfica.com

Sumari

1^a sessió
28/09/21

2^a sessió
26/10/21

3^a sessió
23/11/21

4^a sessió
21/12/21

Introducciò

L'edició d'aquest any del Seminari de Relacions Col·lectives ha de venir forçosament condicionada per l'aprovació de les mesures urgents per a la reducció de la temporalitat en l'ocupació pública, així com per la persistència de la crisi sanitària que dona lloc a la producció de noves formes d'organització del treball, les quals generen dinàmiques inèdites en la relacions laborals del sector públic.

El Real Decret-Ilei 14/2021, de 6 de juliol, de mesures urgents per a la reducció de la temporalitat en l'ocupació pública i les noves formes de prevenció i control de la precarietat, que han estat avançades pels nostres tribunals, serà objecte d'una primera sessió que inaugurarà el professor Miguel Sánchez Morón, amb una ponència que portarà per títol "Les mesures urgents per a la reducció de la temporalitat en l'ocupació pública". Aquesta intervenció vindrà acompanyada per una aportació del professor Ignasi Beltran de Heredia sobre "L'última jurisprudència social sobre prevenció i control de la temporalitat del personal laboral de les administracions públiques", que tindrà el seu contrapunt en l'aportació de la professora Josefa Cantero sobre "L'última jurisprudència contenciosa sobre prevenció i control de la temporalitat del personal funcionari de les administracions públiques".

Les modalitats i les tècniques de selecció que convindrà emprar per abordar l'estabilització del personal no permanent en les administracions públiques ens seguiran preocupant en d'altres sessions que tindran com a protagonistes Mikel Gorriti, que ens explicarà "El canvi en matèria de selecció a les administracions locals", i el professor Federico Castillo-Blanco, que abordarà "El tractament jurídic de les tècniques de selecció de personal".

El treball a distància que s'ha generalitzat en la seva forma parcial en la majoria de les nostres administracions locals tornarà a tenir presència en el Seminari amb les aportacions del professor Xavier Solà sobre "Els drets dels representants a utilitzar els instruments de comunicació digital de les administracions públiques" i de la professora Carolina Gala sobre "Teletreball i accident de treball".

També resulta fonamental l'entrada en vigor a finals d'aquest any de la denominada directiva dels alertadors, que a hores d'ara no ha estat objecte de transposició a casa nostra, més enllà d'alguna iniciativa pròpia de determinades comunitats autònomes. D'aquí que hàgim optat per demanar al professor José María Pérez Monguió una ponència sobre "L'entrada en vigor de la Directiva dels alertadors i el seu efecte directe sobre les entitats locals" i, en línia de

continuïtat amb els temes d'integritat pública, una participació del professor Agustí Cerrillo sobre un text que ha estat pràcticament ignorat per les nostres administracions públiques com és “La proposta de codi ètic del servei públic de Catalunya i la seva projecció sobre les entitats locals”.

En el capítol de novetats tindrem amb nosaltres el professor Rafael Jiménez Asensio, que ens exposarà com ha quedat “El règim jurídic del personal directiu després de la reforma de l'article 306 de la LMRLC i el seu impacte sobre els directius eventuais”; el professor Josep Mir, amb una intervenció sobre “El dret a conèixer informació dels representants dels empleats públics” i la professora Pilar Rivas, amb un tema apassionant com és el referit a “Els algoritmes i la gestió del treball en les organitzacions estructurades pel principi d'igualtat i mèrit”.

Esperem que el programa que presentem sigui del vostre interès i que, una vegada més, us animeu a participar en aquesta 23a edició del Seminari de Relacions Col·lectives que plantegem en una forma presencial, encara que posarem a l'abast de les persones inscrites tots els mitjans que siguin necessaris per al seu adequat seguiment si finalment la situació sanitària ens obliga a la seva realització a distància.

Joan Mauri i Majós
Director del Seminari

Ponências

1^a sessió 28/09/21

Les mesures urgents per a la reducció de la temporalitat en l'ocupació pública.

Miguel Sánchez Morón, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat d'Alcalá de Henares.

La darrera jurisprudència social sobre prevenció i control de la temporalitat del personal laboral de les administracions públiques.

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, professor de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

La darrera jurisprudència contenciosa sobre prevenció i control de la temporalitat del personal funcionari de les administracions públiques.

Josefa Cantero Martínez, professora de Dret Administratiu de la Universitat de Castella-La Manxa.

LAS MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

Miguel Sánchez Morón

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

I.- INTRODUCCIÓN

La presente ponencia tiene por finalidad explicar sistemáticamente y comentar las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, complementadas por las que previsiblemente van a ser aprobadas mediante la ley de conversión de dicho decreto-ley, que actualmente se tramita en el Congreso de los Diputados.

Conviene, no obstante, empezar recordando con la mayor brevedad los aspectos esenciales del problema al que pretende dar respuesta esta nueva legislación básica, ya que ello nos puede indicar hasta qué punto las medidas urgentes que contempla son o no acertadas y pueden resultar o no eficaces.

Es bien conocido que existe un número muy elevado de personal con nombramiento o contrato temporal al servicio de las administraciones y entidades públicas españolas y que esas altas tasas de temporalidad se vienen manteniendo durante mucho tiempo y en algunos casos incrementando, sin que hasta ahora haya sido posible reducirlas sustancialmente. Sobre el número real de personal temporal hay distintas opiniones y cálculos, ninguno bien explicado: desde los que lo reducen a unas 300.000 personas en el conjunto de las administraciones públicas, hasta los que lo amplían a unos 800.000 efectivos. No hay una estadística pública que muestre los datos reales –lo que ya de por sí es un primer problema–, de manera que solo cabe hacer una estimación más o menos aproximada en virtud de los datos que recoge el Registro Central de Personal. Teniendo en cuenta que la gran mayoría de los empleados que se registran allí bajo la rúbrica “otro personal” son funcionarios interinos o personal estatutario temporal, y añadiendo una tasa verosímil de temporalidad de entre el 25% y

el 30% del personal con contrato laboral, creo que la cifra actual debe estar entre los 600.000 y los 700.000 mil. Ahora bien, la distribución de este personal es muy variada: el porcentaje es muy bajo, inferior al 8% sin duda en la Administración del Estado; mucho mayor en las administraciones autonómicas, particularmente en los grandes servicios públicos de educación y sanidad, en los que sobrepasan a veces el 30% del personal, así como en las universidades; y también sin duda es alto en muchas entidades locales, aunque seguramente hay muchas diferencias entre unas y otras. En total, si estos cálculos son correctos, aproximadamente una cuarta parte de los empleados públicos del país tendría o podría tener un vínculo temporal.

El problema, sin embargo, no es solo cuantitativo, sino que una parte importante de este personal, más difícil de cuantificar aún, mantiene durante mucho tiempo esa condición sin poder acceder a una relación funcionarial o laboral estable –es el caso de los denominados por la jurisprudencia (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio; SSTS, 3ª, de 30 de junio de 2014 y 8 de marzo de 2017, por ejemplo) interinos “de larga duración” y del personal laboral indefinido no fijo-. Además, en muchos casos la duración de estas relaciones de interinidad o temporales o la sucesión de nombramientos y contratos temporales que recaen sobre la misma persona carecen de una justificación objetiva y razonable, por lo que son manifestación de un uso abusivo de tales figuras por las administraciones públicas.

Las causas del problema son variadas y su origen se halla más que nada en la época –años 80 del pasado siglo- en que se incrementaron rápida y significativamente los servicios públicos, especialmente los de competencia autonómica y local, en razón del proceso de descentralización, y por tanto las necesidades de personal, difíciles de cubrir mediante los procedimientos ordinarios de acceso al empleo público, que son excesivamente rígidos y dilatados en nuestro sistema. Esto último sigue siendo hoy en día una de las razones básicas de la cobertura de necesidades con personal temporal. A eso hay que unir la imposibilidad de convocar muchos procesos selectivos necesarios, en razón de las tasas de reposición de efectivos que la legislación presupuestaria viene estableciendo, con más o menos limitaciones, desde hace un cuarto de siglo; y en fin, la resistencia de muchos grupos de personal temporal a aceptar procesos de selección para la cobertura de los puestos que desempeñan, basados en la libre concurrencia y la realización de pruebas de conocimiento o capacidad, por lo que procuran bloquear su convocatoria, con el apoyo de las organizaciones sindicales. En fin, la legislación no ha

sido muy estricta estableciendo límites a esos abusos y no pocas administraciones han sido menos estrictas aun en cumplir los existentes.

El caso es que llevamos más de tres décadas sin afrontar a fondo la cuestión, pese a los informes de denuncia y las propuestas de reforma que se han sucedido desde entonces (por ejemplo, un Informe del Defensor del Pueblo de 2003 y el Informe 3/2004 del Consejo Económico y Social, más la denuncia y las propuestas que formuló la Comisión para el estudio y preparación del EBEP en 2005). Eso indica la dificultad de la tarea, sin duda, pero también la ausencia de verdadera voluntad o decisión política para abordarla.

Hasta que, como ha sucedido en otros ámbitos de nuestra vida pública, han tenido que ser las instituciones europeas las que han exigido la adopción de medidas al respecto, de manera cada vez más perentoria. Así ha sucedido a raíz del Acuerdo Marco de la CES, la UNIC y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada, sancionado por la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, que entre otras cosas obliga a los Estados a combatir el abuso de la temporalidad en el empleo, privado y público. Como es sabido, ha sido el Tribunal de Justicia el que, en interpretación y aplicación de esa normativa, ha declarado en algunos casos relevantes (SSTJUE de 13 de marzo de 2014, *Márquez Somohano*, 16 de septiembre de 2016, *Martínez Andrés y Castrejana López* y *Pérez López*, de la misma fecha, 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz*, etc.) la existencia de situaciones de abuso en nuestro sector público autonómico y local y ha urgido a que sea adoptaran las medidas disuasorias efectivas que sean necesarias para resolver el problema. Medidas que al legislador y a las autoridades de cada Estado corresponde determinar, de conformidad con sus propios modelos de empleo público y sus reglas constitucionales, pues disponen para ello de un margen de apreciación, sin que ello implique necesariamente la conversión automática del personal temporal en fijo por el paso del tiempo, ni siquiera el derecho de quienes sufren el abuso de las situaciones de temporalidad a recibir por ello una indemnización en todo caso (STJUE de 22 de enero de 2020, *Baldonado Martín*). Pero, eso sí, siempre que se trate de medidas lo suficientemente eficaces para satisfacer los mandatos del Derecho europeo. Por último, como refleja la propia exposición de motivos del real Decreto-ley 14/2021, la Comisión Europea ha intervenido también, apelando a reducir la tasa de temporalidad en el empleo público en España como una de las "recomendaciones" para acceder a los

fondos que han de nutrir el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Y esas son ya palabras mayores.

Ahora bien, a la hora de definir tales medidas, nuestros legisladores y administraciones públicas no pueden eludir tampoco las consecuencias del mandato constitucional que consagra la igualdad en el acceso al empleo público, sobre la base de los principios de publicidad, mérito y capacidad. Exigencias estas que han sido interpretadas y desarrolladas en nuestro caso por una extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Esta jurisprudencia veda la transformación *ex lege* del personal funcionario interino en funcionario de carrera por el mero transcurso del tiempo (STC 111/2014, por ejemplo), así como que el fraude en la contratación temporal de empleados públicos por superarse el límite de los contratos temporales signifique que los afectados adquieran la condición de personal con contrato fijo (aunque sí adquieren la de indefinido: SSTS 4ª de 7 de octubre y 10 de diciembre de 1996, en adelante). Exige, salvo rara excepción, suficientemente justificada, que el acceso al empleo público tenga lugar mediante pruebas selectivas abiertas y no restringidas (SSTC 27/1991, de 15 de marzo, 151/1992, de 19 de octubre, 16/1998, de 26 de enero, 130/2009, de 1 de junio), sin que pueda fundarse en un simple concurso de méritos en el que se valoren básicamente los servicios prestados en régimen temporal (STS, 3ª, de 18 de abril de 1995, SAN de 14 de noviembre de 2019; aunque la STC 12/1999, de 11 de febrero, acepta una excepción). Y admite, bien es cierto, la modalidad de concurso-oposición, en la que es posible valora esos méritos, pero de una manera proporcionada, que no predetermine el resultado del proceso selectivo (SSTC 67/1989, de 18 de abril, 93/1995, de 19 de junio, 27/2012, de 1 de marzo, etc.). Todos estos condicionantes deben ser tenidos en cuenta, pues de lo contrario las medidas que se adopten podrían ser anuladas por los tribunales.

Pero no es solo una cuestión de límites jurídicos o formales, pues en realidad son varios los intereses que deben ser considerados al efecto. Los del personal interino o temporal y su aspiración a consolidar un empleo estable, que sin duda es digno de protección. Pero también los de aquellos que, sin haber tenido la oportunidad de conseguir un empleo público temporal, quieren acceder a las funciones públicas en condiciones de sustancial igualdad. Y, en fin, los de aquellos funcionarios o contratados fijos que desean acceder por movilidad a un puesto desempeñado o que podría serlo

por un empleado temporal y consideran tener un derecho preferente a ello, por haber superado un proceso selectivo abierto y, por lo general, exigente.

II.- EL PLANTEAMIENTO DEL REAL DECRETO-LEY 14/2021: MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y DE CONSOLIDACIÓN

Así las cosas, el Real Decreto-ley 14/2021 afronta el reto con dos tipos de medidas. Por una parte, modifica la legislación básica del empleo público para tratar de impedir el abuso de la temporalidad. En particular, aunque no solo, fija límites más precisos a la duración de las relaciones de interinidad y reitera la exigencia de responsabilidades para las autoridades y funcionarios que traspasen esos límites. Son medidas de carácter estructural, destinadas a tener efecto a medio y largo plazo, para evitar que se repita una situación como la actual de excesiva tasa de temporalidad en el empleo público y frecuentes abusos.

En segundo lugar, de manera más urgente, amplía y regula los procedimientos de consolidación de empleo de quienes ya hoy son interinos o contratados temporales, para intentar absorber a una buena parte de ellos en el marco de una relación estable. Todo ello con el objetivo de reducir la tasa de temporalidad en unos años por debajo del 8 por 100, una "cifra mágica" que se repite desde hace años en el texto de acuerdos sindicales y programas políticos, y que no será fácil de lograr.

A mi juicio esa doble perspectiva es correcta. Es más, el hecho de que se incluyan medidas de naturaleza estructural y no solo transitoria, como es la reforma del Estatuto Básico del Empleado Público, no significa de por sí que se desconozca o se supere el presupuesto de hecho habilitante para dictar un decreto-ley, en la medida en que la nueva regulación se vincula a la aplicación del Mecanismo Europeo de Transformación y Resiliencia, aunque quizá haya debate sobre este punto en la vía jurisdiccional, si el asunto llega a plantearse en ella. Pero la cuestión carecerá de verdadera trascendencia práctica desde el momento en que se apruebe la ley de conversión de ese decreto-ley, actualmente en tramitación.

Cosa distinta es el juicio que cabe hacer de las normas con las que se intentan afrontar esos retos. Y si la aprobación de esas normas parece o no suficiente para conseguirlo. Ello nos lleva ya al análisis de las disposiciones del Real Decreto-ley 14/2021 y de las enmiendas a su texto en vía parlamentaria. Empezaré, no obstante, al contrario

que dicha norma, por las medidas más urgentes de consolidación del empleo temporal, para centrarme después en la reforma del texto del Estatuto Básico.

III.- SOBRE LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL

1.- Alcance y límites

A este aspecto de la cuestión, el más candente, se dedica el artículo 2 del Real Decreto-ley y algunas de sus disposiciones adicionales y transitorias. Consiste en una medida por así decir clásica, que viene a complementar los procesos de estabilización de personal temporal que ya fueron habilitados por las leyes de presupuestos generales del Estado para 2017 y 2018. Solo que en este caso hay una regulación algo más precisa de los términos y condiciones esenciales de tales procedimientos. Ahora la exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2021 habla de un "último proceso de estabilización". Pero esto está por ver y, a tenor de la experiencia, parece lícito mantener al respecto un claro escepticismo.

Se trata de autorizar una tasa adicional de plazas que pueden ser objeto de oferta de empleo público, más allá de las que corresponde ofertar conforme a las tasas generales establecidas en las leyes de presupuestos. En este caso, la oferta puede extenderse a todas las plazas de naturaleza estructural, incluidas o no en las relaciones de puestos de trabajo, plantillas o instrumentos similares de ordenación de los recursos humanos que estén dotadas presupuestariamente y hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. En la práctica esta previsión comprende muchas plazas ocupadas por personal temporal de larga duración e incluso otras, ya que pueden haber sido desempeñadas sucesivamente por distintos empleados públicos. Pero no hay una estimación oficial de a cuántos puestos de trabajo puede afectar. En cualquier caso, el problema urgente se aborda ante todo a través del incremento de la oferta de plazas vacantes para personal fijo, que podrán ser cubiertas mediante el correspondiente proceso selectivo. La consolidación es de plazas y no, en principio, de personas o empleados. Nada que oponer desde el punto de vista de los principios constitucionales a este incremento de la oferta de empleo público.

En este aspecto, la única duda que puede surgir se refiere al concepto de "plazas de naturaleza estructural", ya que ahora se precisa que no tienen por qué estar incluidas en RPTs, plantillas u otras formas de organización de los recursos humanos. No parece *a priori* que los puestos de trabajo que ocupa personal nombrado o contratado para la ejecución de programas de carácter temporal o el nombrado o contratado como refuerzo en caso de exceso o acumulación de tareas –por ejemplo, la mayoría del personal estatutario "eventual" de los Servicios de Salud- sean puestos "de naturaleza estructural". Pero si se excluyen estas plazas y las que ocupa un interino por sustitución, que son vacantes que no se pueden ofertar, porque tienen un titular con derecho a reserva del puesto, se está pensando sobre todo en plazas existentes y vacantes de personal fijo. Es difícil que dichas plazas no figuren en una RPT o en una plantilla, si están dotadas presupuestariamente, salvo caso de absoluta irregularidad, que probablemente existen. Pero cabe observar que el requisito de que sean plazas estructurales se reitera en el apartado 5 del artículo 2 del Real Decreto-ley 14/2012, donde aparece ligado a la condición de que los nuevos procesos de consolidación no redunden en ningún caso en un aumento de gastos ni de efectivos.

Obviamente, corresponde a las distintas administraciones y entidades públicas en las que existan plazas de esa naturaleza y con esas características poner en marcha los respectivos procedimientos de estabilización, empezando por incluir las que consideren oportunas –pues no tienen obligación de hacerlo- en las ofertas de empleo público, para después convocar y realizar los procesos de selección que de ellas deriven.

No obstante, el Real Decreto-ley (art. 2.2) fija unos límites temporales para todos esos procesos, ya que las ofertas de empleo que los articulen, que parece pueden ser específicas o integradas en la oferta de empleo general, deben publicarse en los correspondientes diarios oficiales antes del 31 de diciembre de este año 2021. Hay que entender que este es un plazo de caducidad, de manera que la habilitación para organizar el nuevo proceso de estabilización decae en caso contrario. No solo eso sino que, una vez publicada la oferta, las convocatorias de los procesos selectivos que de ellas deriven (los de estabilización, se entiende) deben publicarse antes del 31 de diciembre de 2022 y la resolución de los procesos ha de producirse antes del 31 de diciembre de 2024. Tratándose de una medida urgente con el fin de estabilizar a personal interino y temporal y poner remedio a la actual situación de exceso y abuso parecen plazos muy largos, sobre todo el último. De cualquier forma, siguiendo la actual

jurisprudencia sobre la caducidad de las ofertas de empleo público cuando se cumple el plazo máximo legal para su desarrollo (SSTS, 3ª, de 10 de diciembre de 2018 y 12 de diciembre de 2019, entre otras), las administraciones competentes no podrán publicar convocatorias para este nuevo proceso de estabilización a partir de 2022. Si las publican efectivamente antes de esa fecha, es de suponer que finalizarán los procesos selectivos antes del final de 2024. Si no es así, es que algo funciona realmente muy mal en las administraciones incumplidoras.

Con el fin de evitar que esos procesos selectivos se prolonguen en exceso, la disposición adicional 4ª del propio Real Decreto-ley impone a las administraciones competentes la adopción de las medidas apropiadas, tales como la reducción de plazos (del procedimiento selectivo, se entiende), la digitalización de los procesos (sin mayor precisión) o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio. En realidad se trata de medidas que deberían aplicarse hoy en día en todos los procesos de selección de empleados públicos. Pero no está de más que se recojan aquí.

2.- Características esenciales de las convocatorias

Para quienes hayan venido desempeñando funciones como personal interino o temporal en las administraciones correspondientes e incluso en las plazas de que se trate, el artículo 2 del Real Decreto-ley ofrece algunas ventajas en los procedimientos de acceso. Pero, por supuesto, no las que la mayoría de ellos deseaba ni las que han venido propugnando a través de sus organizaciones representativas, en plataformas de "afectados" o a través de los recursos ante todas las instancias judiciales posibles. No obstante, dichas ventajas o facilidades podrían perfilarse más a través de la negociación colectiva, con riesgo quizá para la efectiva aplicación de los principios constitucionales de igualdad, libre concurrencia, mérito y capacidad, que el propio Real Decreto-ley (art. 2.4) dice querer garantizar en todo caso.

En efecto, según el artículo 2.4 del Real Decreto-ley 14/2021, ha de tratarse de convocatorias abiertas y no de turno restringido, ya que se recuerda la aplicación del principio de libre concurrencia. Y el sistema de selección será el de concurso-oposición, pero ello "sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa de función pública de cada Administración o la normativa específica". Quiere ello decir que hipotéticamente podría haber casos en que el sistema sea el de concurso (o en teoría también el de

oposición, aunque esto es impensable en la práctica). Ahora bien, hay aquí una remisión a la normativa propia aplicable a cada Administración o sector específico. Y debe recordarse que, según el artículo 61.6 del TREBEP, el sistema de concurso para el acceso a la función pública de carrera es excepcional y solo puede aplicarse en virtud de ley. Más aún, la doctrina del Tribunal Constitucional admite el concurso como sistema selectivo de acceso a la función pública de manera muy restrictiva, en casos en los que concurren circunstancias extraordinarias y "por una sola vez" (STC 12/1999, de 11 de febrero, por ejemplo). De manera que tampoco el legislador autonómico tiene libertad para imponer el sistema de concurso como propio de los procesos de consolidación de empleo temporal.

Aún así, hay excepciones. El propio Real Decreto-ley 14/2021, en su disposición adicional 5ª admite la aplicación del sistema de concurso para los procedimientos de estabilización de empleo temporal del personal investigador. Pues es el sistema de acceso que ya estaba previsto con carácter general por la Ley 14/2011, de 21 de junio (art. 26.4), para el empleo público en los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado.

Una segunda excepción, más importante en la práctica, es la que puede introducirse en la ley de conversión del Real Decreto-ley 14/2021, pues así se ha pactado por la mayoría de los grupos del Congreso de los Diputados y así fue anunciado por la Ministra de Hacienda y Función Pública en el debate de convalidación de ese decreto-ley. Se trata de aplicar el sistema de concurso a todas aquellas plazas que hayan estado ocupadas ininterrumpidamente por personal interino o temporal durante los últimos diez años. Queda por ver, en cualquier caso, la redacción final del precepto que recoja esta medida y si va a ser o no aceptada por el Tribunal Constitucional como una excepción justificada y razonable, ya que supone una seria limitación –en la práctica la exclusión– de los principios de igualdad y libre concurrencia. Tampoco existen estudios o estadísticas publicadas que indiquen a cuántas plazas puede afectar esa medida –probablemente no demasiadas– y en qué administraciones o sectores se hallan.

En fin, también hay que tener en cuenta que el artículo 61.7 del TREBEP incluye el concurso de valoración de méritos como uno de los sistemas posibles de acceso a la condición de personal laboral fijo, previsión que también se encuentra en la legislación de desarrollo. Puesto que el Real Decreto-ley 14/2021 se remite a ésta, puede ocurrir que en muchos casos los procedimientos de estabilización de empleo de carácter

laboral adopten ese sistema. Sin duda los sindicatos intentarán que se aplique a través de la negociación colectiva.

No obstante lo anterior, el sistema ordinario para los nuevos procesos de consolidación, al menos en el caso de las plazas de funcionarios, será el concurso-oposición, como se ha dicho. Pero cómo se diseñen esos procesos, con qué características y detalles, es algo que se remite a la negociación colectiva. Y si bien el Real Decreto-ley recalca la necesidad de aplicar los principios constitucionales, el diablo está en los detalles, como suele decirse, y esos detalles son los que van a negociarse en cada ámbito territorial, lo que quiere decir en cada Administración.

Habrà que ver, para empezar, como se articula la fase de oposición: de cuántas pruebas consta, de qué tipo y con qué temarios. La experiencia, inclusive la más reciente, relativa a los procesos de estabilización derivados de las leyes de presupuestos generales de 2017 y 2018, demuestra una clara tendencia a reducir las exigencias en esta fase y facilitar su superación. A este respecto y por lo que se refiere a las administraciones locales, la disposición adicional 1ª. 3 se ha preocupado de precisar que en estos procesos no son de aplicación los artículos 8 y 9 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y programas mínimos para la selección de funcionarios de esas administraciones; puntualización muy significativa.

No solo eso, sino que otra de las medidas pactadas para introducir en la ley de conversión del Real Decreto-ley 14/2021 es que las leyes que lo desarrollen podrán establecer que la fase de oposición no tenga carácter eliminatorio, lo que favorece sin lugar a dudas a quienes después puedan alegar méritos para la fase de concurso.

En cuanto a esta fase del concurso, el artículo 2.4 del citado Real Decreto-ley dispone que se valorará con un 40 por 100 de la puntuación total, lo que resulta congruente con la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa; y añade que en esa valoración se tendrá en cuenta "mayoritariamente" la experiencia "en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate". La expresión no es acertada, pues los interinos no pertenecen a un cuerpo o escala. Lo que quiere decirse, sin duda, es que se ha de valorar la experiencia en las plazas correspondientes a esos cuerpos, escalas o categorías, que hayan sido desempeñadas por los candidatos de forma temporal. No solo, por cierto, la experiencia en las propias plazas o puestos de trabajo objeto de cada convocatoria, como dispone en cambio la disposición transitoria 4ª del TREBEP para los procesos de consolidación que regula. Esto es importante. Pero, en

cualquier caso, se remite a la negociación colectiva la determinación de los criterios generales sobre la cuestión, de conformidad con el artículo 37.1.c) del TREBEP. No, en cambio –y el matiz es importante–, la determinación concreta de esos criterios para cada convocatoria, lo que he de incluir el concreto baremo aplicable, ya que esa es materia excluida de la negociación colectiva por el artículo 37.2.e) del propio TREBEP, precisamente para evitar interferencias que puedan menoscabar el principio de igualdad en el acceso al empleo público. Otra cosa es que *de facto* el contenido de los baremos se negocie con los representantes sindicales, cosa que no debería hacerse.

En función de todo lo expuesto y a pesar de los matices y cautelas referidos, cabe pronosticar que la mayor parte del personal interino o con contrato temporal que participe en esos procesos de estabilización conseguirá su objetivo. No va a producirse, pues, a causa de la aplicación del Real Decreto-ley 14/2021, el mayor ERE de la historia, como algunos grupos políticos han augurado con evidente demagogia (a la que, por desgracia, ya estamos acostumbrados). Por si fuera poco, el Real Decreto-ley ha querido apurar las garantías y derechos del personal temporal que participe en esos procesos selectivos de estabilización y no los supere. Por un lado, reconociéndoles el derecho a una indemnización de veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades o, en el caso del personal, consistente en la diferencia entre esa compensación y la que les corresponda por la extinción de su contrato (art. 2.6). Por otro lado, se dispone que las propias convocatorias de estabilización pueden prever que quienes no superen el proceso selectivo puedan integrarse en bolsas de interinos, ya sean específicas o las existentes, si han obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente para ello (disposición adicional 4ª). Por cierto que esta última medida no solo beneficiaría al personal temporal que participe en un proceso de estabilización sino también a cualquier otro candidato que participe en ellos. En este sentido puede tener quizá un “efecto llamada” para participar en esas convocatorias abiertas.

En definitiva, si bien el Real Decreto-ley ha tratado de salvar la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, en los términos que derivan de la jurisprudencia recaída sobre este tipo de procesos, la balanza se inclina sin duda en favor de los intereses de quienes ya desempeñan su trabajo, con carácter no fijo, en las respectivas administraciones o entidades públicas. Queda por ver si algunas de las medidas que integren la regulación final mediante ley traspasan o no los límites de la constitucionalidad.

IV.- LA NUEVA REGULACIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

1.- Objeto de la reforma del Estatuto Básico

Este otro aspecto regulado en el Real Decreto-ley 14/2021 tiene por finalidad reforzar el verdadero carácter temporal del personal interino y de los empleados contratados no fijos, mediante una serie de reformas de detalle destinadas a prevenir la prolongación irregular de los nombramientos y contratos y a combatir los abusos. A ello se dedica el artículo 1, que modifica el texto del EBEP, y varias disposiciones adicionales, transitorias y finales.

Es una regulación *pro futuro*, hasta tal punto de que la disposición transitoria 2ª establece que las previsiones del artículo 1 únicamente serán de aplicación al personal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley. Creo que lo que se pretende es, sencillamente, excluir el cese automático de los interinos por vacante que ya están en funciones a los tres años, aunque no se cubra la vacante. Pero a mi juicio es una transitoria poco acertada, pues no se entiende, por ejemplo, que no se aplique en el futuro la exigencia de responsabilidad por la prolongación irregular de una relación de empleo temporal, si afecta a empleados temporales que ya prestaban servicio con anterioridad. Mejor hubiera sido establecer que las previsiones del artículo 1 empiezan a computarse desde la fecha de entrada en vigor, con independencia de si afectan a personal temporal ya en servicio o de nuevo nombramiento o contratación.

De otra parte, es necesario señalar que, según la disposición final 2ª del Real Decreto-ley, se abre un plazo de un año para que la normativa del personal docente –no universitario y universitario, hay que entender- y del personal estatutario y equivalente de los servicios de salud se adapte a las nuevas normas de los artículos 10 y 11 del TREBEP. Por tanto, la reforma se dilata un año para esos colectivos, que son aquellos en los que existe de hecho un mayor número de empleados con vínculo temporal. Ciertamente es que el problema tiene en esos ámbitos algunas peculiaridades –por ejemplo, la figura del personal estatutario eventual- y quizá merezca una solución matizada. No obstante,

se dispone la aplicación de la reforma del TREBEP también a esos ámbitos, si no se produce la adaptación prevista en el plazo de un año, algo que parece sensato.

Dicho lo cual, la reforma se centra en el régimen del funcionario interino (art.10), pues la del artículo 11 sobre el personal laboral tiene menor importancia práctica, y en la regulación de las medidas para el control de la temporalidad y de los efectos de su prolongación irregular, en la línea de aquellas de carácter disuasorio que el Tribunal de Justicia de la UE viene reclamando que se establezcan en nuestro ordenamiento.

2.- Regulación de la interinidad

Por lo que se refiere al artículo 10, se ha querido subrayar de manera expresa en el apartado 1 que los funcionarios interinos son nombrados "con carácter temporal". Es algo que ya estaba implícito en la definición y derivaba de todo su régimen jurídico, aunque en determinadas ocasiones no se ha respetado. Esta primera modificación es más que nada semántica, pero expone a las claras el objetivo de la reforma.

A continuación, en el mismo apartado se mantienen las cuatro causas o circunstancias clásicas de interinidad –interinos por vacante, por sustitución, por programas temporales y de refuerzo– pero se modifica la redacción de tres de ellas, con consecuencias jurídicas cuya importancia no es la misma.

El cambio más relevante se produce en el apartado a) –interinidad por vacante– pues ahora se establece que en estos casos el nombramiento se puede acordar por un plazo máximo de tres años. Recordemos que la norma hasta ahora vigente perseguía también limitar en tiempo la cobertura de las vacantes mediante interinos, disponiendo en el apartado 4 del artículo 10 que esas plazas vacantes debían incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio siguiente a aquel en que se produjera el nombramiento del interino o, si no fuera posible, en el siguiente, hasta que se decidiera su amortización. El artículo 70.1 del Estatuto Básico completaba esa regulación disponiendo que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar debía desarrollarse en el plazo improrrogable de tres años, obviamente a través de la publicación de las convocatorias de acceso correspondientes y la tramitación de los procedimientos selectivos.

Pero estas normas del TREBEP se han incumplido en muchísimos casos, constituyendo tal incumplimiento la causa más frecuente de prolongación irregular de

las situaciones de interinidad. El caso es que a veces las ofertas de empleo público se aprueban con mucho retraso o bien no se desarrollan tempestivamente o hay plazas vacantes que no se incluyen en las ofertas sucesivas ni se cubren por movilidad o traslado con funcionarios de carrera y, a pesar de ello, no se amortizan; irregularidades estas que se han venido produciendo en numerosas administraciones, en unas más en otras menos, sin ningún tipo de control ni de consecuencias. Es más, algunas administraciones se han excusado en que no podían incluir las vacantes desempeñadas por interinos en la oferta de empleo público porque lo prohibía la legislación presupuestaria que establecía límites a la tasa de reposición de efectivos, pese a lo cual tampoco amortizaban las plazas en cuestión tolerando su cobertura interina durante mucho tiempo. Y lo cierto es que el Tribunal Supremo, frente a una sentencia inicial que consideró incluso contrario al artículo 23.2 CE el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10.4 del EBEP (STS, 3ª, de 29 de octubre de 2010) acabó por aceptar, a partir de las Sentencias de 13 de noviembre de 2013 y 2 de diciembre de 2015, que el mandato de ese precepto legal quedaba desvirtuado por las leyes de presupuestos posteriores, obviamente del mismo rango legal, que impedían incluir cierto número de vacantes en las oferta de empleo público. De esta manera la jurisprudencia del Tribunal Supremo sirvió de aval al incumplimiento del citado artículo 10.4, sin obligar por lo demás a las administraciones competentes a amortizar las plazas cubiertas por interinos que no podían incluirse en la oferta. Algo que, por cierto, ha criticado la reciente STJUE de 3 de junio de 2021, *IMIDRA*.

Tan solo una ley autonómica, anterior al EBEP, la Ley 7/2005, de 24 de mayo de Función Pública de Castilla y León, estableció en su día un plazo máximo, en ese caso de dos años, para el desempeño de la interinidad, debiendo cesar los nombrados en su ejercicio al transcurrir ese plazo desde su toma de posesión. Pero desconozco si esta norma autonómica ha sido aplicada efectivamente o se consideró desplazada por el artículo 10.4 del EBEP de 2007.

Ahora el artículo 10.1.a) del TREBEP deja claro que los funcionarios interinos nombrados para cubrir una vacante lo son por un plazo máximo de tres años y, según el artículo 10.4, en el caso de que las vacantes no hayan sido cubiertas antes de ese plazo por funcionarios de carrera, ya sea a través de mecanismos de provisión –parece que se quiere decir de acceso- o de movilidad, transcurridos tres años desde el nombramiento –no desde la toma de posesión- “se producirá el fin de la relación de interinidad”. Este

es, pues, un efecto jurídico automático o *ex lege* del transcurso de ese plazo máximo, aunque deberá formalizarse el cese mediante el oportuno acto administrativo notificado al interino, como se deduce del nuevo artículo 10.3. Por lo demás, el plazo de nombramiento de tres años es el máximo legalmente aceptado, pero puede ser inferior según lo que disponga el propio acto de nombramiento. Si lo es, el cese debería producirse mediante acto administrativo en el plazo que haya fijado aquel otro acto inicial de la relación, como es natural. En fin, el plazo máximo de tres años no parece casual, pues es el mismo que establece el Estatuto de los Trabajadores (art. 15.1) para el contrato temporal más habitual, el contrato por obra o servicio determinados.

A partir del momento en que se cumple el plazo máximo legal de tres años desde el nombramiento, establece el nuevo artículo 10.4 que “la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera”, lo que significa que no será legalmente posible prorrogar el nombramiento del interino que la desempeñaba y tampoco nombrar otro funcionario interino para la misma plaza o puesto de trabajo. Si no fuera posible legalmente incluir la vacante en la oferta de empleo público, podrá ser cubierta a través de procedimientos de movilidad, ser amortizada o incluso permanecer vacante. Sin embargo, en el caso de que se convoque un proceso selectivo para cubrirla – obviamente con un funcionario de carrera- y ese proceso quedara desierto, “se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino”. Pero ello llevaría un tiempo, el que tarda en convocarse y resolverse el procedimiento de acceso, y mientras tanto no cabe cubrir esa plaza por interinidad. Es, sin duda, una medida que puede ser efectiva para limitar la temporalidad en el empleo público, siempre que no se incumpla y se mantenga *de facto* una situación ilegal.

Hay, sin embargo una excepción a la regla. Si dentro del plazo de tres años a contar desde el nombramiento de funcionario interino se ha publicado ya la convocatoria para cubrir la plaza con un funcionario de carrera, el interino puede mantenerse en su puesto hasta que la convocatoria se resuelva. Por resolución de la convocatoria hay que entender aquí quizá –el legislador podía haber sido más preciso- la fecha de toma de posesión del nuevo titular de la plaza. Y también parece claro que la convocatoria puede ser de selección o de movilidad, pues la ley no distingue y es lógico entenderlo así. En todo caso, debería tratarse de una prolongación más o menos breve de la interinidad, que la reforma introducida por el Real Decreto-ley 14/2021 se ocupa de declarar que no genera el derecho del interino que la acepte a una compensación económica por el

posterior cese. Como es natural, constituiría un fraude de ley publicar una convocatoria de cobertura de la plaza y dilatar indefinidamente su resolución manteniendo entre tanto la situación de interinidad.

Por lo que se refiere a otros supuestos de interinidad, las novedades no son tan importantes. En el caso de la interinidad por sustitución transitoria del titular del puesto, derivada lógicamente de la ausencia por cualquier causa legal que suponga la reserva de ese puesto de trabajo, se precisa que el nombramiento se acordará "durante el tiempo estrictamente necesario", lo que no quiere decir siempre hasta que el retorno del titular. Eso es correcto, ya que la cobertura por interino no tiene por qué prolongarse siempre hasta que retorne el funcionario sustituido, si antes de ello dejan de existir las razones de necesidad o urgencia que justificaron el nombramiento. Pero esto no queda claro en el nuevo artículo 10.3, como se dirá.

En el caso de los interinos de refuerzo, por exceso o acumulación de tareas en la administración correspondiente, se amplía el plazo máximo de nombramiento de seis a nueve meses y dentro de un período de dieciocho meses en vez de doce; ampliación de plazos que puede parecer contradictoria con los objetivos de la reforma. No hay novedad, en cambio, en la regulación de plazo máximo de los programas temporales que legitiman el nombramiento de interinos para su ejecución.

Aparte de la regulación de esos plazos máximos que, en los casos establecidos, provocan la extinción de la relación de interinidad, el nuevo artículo 10.3 enumera las causas de finalización, completando la muy escueta regulación del texto anterior. Empieza por señalar que, además de las específicas, se aplican también las causas generales de extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos previstas en el artículo 63 del TREBEP, precisión sin duda correcta, que elimina toda incertidumbre al respecto. Y dispone que la Administración formalizará de oficio la finalización de la relación también cuando concurra alguna de aquellas causas específicas, que enumera; a saber: a) la cobertura del puesto por funcionario de carrera; b) razones organizativas que den lugar a la supresión o amortización de los puestos; c) finalización del plazo expreso de nombramiento; d) finalización de la causa que dio lugar al nombramiento.

Los cuatro supuestos son característicos y es acertado que la ley exija a la Administración un acto de formalización del cese, que debería motivarse por referencia algunas de las causas, generales o específicas, de extinción. Sin embargo, podían haberse introducido dos causas más, igualmente apropiadas, que se contemplan ya por

cierto en alguna legislación autonómica. Una es la inexistencia sobrevenida de la situación de necesidad que justificó el nombramiento, pues puede ocurrir que la necesidad de cubrir un puesto vacante desaparezca, pero de ello no se siga la amortización, ya que la plaza puede permanecer dotada hasta su cobertura reglada. En tales casos desaparece el presupuesto de hecho habilitante del nombramiento, cuya prolongación carece de motivo.

Otra causa posible y no contemplada en la reforma es la constatación del rendimiento insuficiente o de la falta de competencias efectivas del interino para el desempeño del puesto, en su caso declarada a través de un procedimiento contradictorio o en virtud de una evaluación del desempeño. En el caso de un funcionario de carrera este es un motivo legal de remoción del puesto de trabajo [art. 20.1.e) de la Ley 30/1984, de 4 de agosto y legislación autonómica concordante]. También debería serlo en el caso del interino, con la consecuencia de que pierda su empleo, ya que fue nombrado para un puesto o función determinados. La falta de mención en el artículo 10.3 de esta causa y de la anterior, que son lógicas y razonables, podría llevar a los tribunales a resolver que no es posible el cese en virtud de ellas, sino únicamente en los casos enumerados en ese artículo.

La extinción de la relación por la concurrencia de alguna de esas causas legales no confiere al cesado derecho a indemnización alguna. Se sigue aquí la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia (STJUE de 22 de enero de 2020, *Baldonado Martín*, y en relación con el contrato laboral de interinidad SSTJUE de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos* y de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras*) y, a raíz de ello, por nuestro Tribunal Supremo, ya que el cesado ha de conocer en tales casos que su relación habría de extinguirse por tales motivos y, si se aplican regularmente las causas legales del cese, no existe abuso de la interinidad (STS, 3ª, de 28 de mayo de 2020).

La reforma del artículo 10 del TREBEP se completa con una nueva redacción de su apartado 2, sobre los procedimientos de selección del personal funcionario interino. Se quiere subrayar con ello que esos procedimientos han de ser públicos y regidos por el principio de celeridad, con la finalidad de la cobertura inmediata del puesto, así como que el nombramiento derivado de esos procedimientos selectivos no confiere nunca la condición de funcionario de carrera. Pero todo esto es algo que ya resultaba de la legislación anterior, estuviera más o menos explícito.

Más interés práctico puede tener, en prevención de posibles irregularidades, que se reafirme en un nuevo apartado 3 del artículo 11 del TREBEP que los procedimientos de selección del personal laboral al servicio de las administraciones son también públicos, incluso si se trata de personal temporal, y regidos por los principios de igualdad, mérito y capacidad en todo caso. Más aun, la contratación de personal temporal, sujeta además al principio de celeridad, ha de tener por finalidad atender a razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia. La decisión de celebrar esos contratos debe quedar motivada, pues, en base a ese tipo de razones y no otras. Y no hace falta recordar que si se contrata con otra finalidad real –incluida, por ejemplo, la de combatir el desempleo en una determinada localidad– se incurre en desviación de poder y, como se va a ver, se puede incurrir en responsabilidad.

2.- Las medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público

Con este título se añade al TREBEP una nueva disposición adicional decimoséptima, que comprende una serie de medidas distintas. De manera más precisa que lo que indica ese título, son medidas destinadas a combatir las irregularidades y los abusos de las relaciones de empleo público temporal y a deducir sus efectos. Con ello parece que se quiere atender la exigencia de las instituciones europeas de adoptar soluciones disuasorias y eficaces para combatir el problema del abuso y el elevado porcentaje de personal temporal. Al tiempo, se precisan las consecuencias indemnizatorias en caso de abuso, cuestión sobre la que nuestra jurisprudencia, tanto contencioso-administrativa como social, no había fijado hasta ahora una doctrina clara y estable.

La citada disposición adicional incluye tres tipos de medidas: exigencia de responsabilidades, nulidad de determinadas decisiones e indemnizaciones aplicables.

A la primera se refieren los apartados 1 y 2. El 1 atribuye a las administraciones públicas, como tales, la responsabilidad del cumplimiento de las previsiones de la norma y en especial subraya que deben velar por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y en los nombramientos de personal funcionario interino. Es un toque de atención, pero de efectos jurídicos reducidos, ya que esa responsabilidad estaba clara con anterioridad, pues deriva del régimen general y porque es evidente que son las administraciones públicas las que deben ejecutar los mandatos y previsiones

legales en materia de empleo público. Ahora se indica que deben promover en su respectivo ámbito de actuación los criterios de actuación que permitan asegurar ese cumplimiento y la actuación coordinada de los distintos órganos competentes en materia de personal. Pero este es un mandato de perfil inconcreto.

El apartado 2 pretende algo más, pues alude ya a la exigencia de responsabilidades a que "darán lugar" las actuaciones irregulares en esta materia. Se está refiriendo, pues, a responsabilidades personales de las autoridades o funcionarios públicos competentes, aunque pudorosamente no los mencione. Y, aunque tampoco haya mayores precisiones, hay que entender que las "actuaciones irregulares" que dan lugar a esas responsabilidades son tanto las que atañen al nombramiento o contratación de personal en régimen temporal, como a la prolongación ilegal de esa situación como, en fin, a las posibles infracciones en que pueda incurrir su cese.

La exigencia de responsabilidades no solo a las administraciones públicas como tales –responsabilidades patrimoniales se entiende, en la línea de lo previsto por las SSTs, 3ª, de 26 de septiembre de 2018- sino a dichas autoridades y funcionarios es posiblemente un elemento clave para poner coto a las citadas irregularidades. Así lo entendió ya en 2005 la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, que en su informe proponía la emisión de un informe jurídico preceptivo sobre la imposibilidad legal de prorrogar de manera expresa o implícita la relación temporal de empleo público, una vez que finaliza, con la consecuencia de que el titular del órgano competente para adoptar la decisión asumiría la responsabilidad que corresponda –disciplinaria, patrimonial o, en su caso, incluso penal- por la prolongación irregular de esa relación, si se apartara del contenido del informe. Sin embargo, esta propuesta no fue incorporada al texto del EBEP. Posteriormente, quizá para responder a las exigencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 (disp. adic. 34º) estableció esa responsabilidad por la prolongación irregular de los contratos temporales del personal laboral que dieran lugar a la conversión en empleados indefinidos, pero no introdujo ninguna regla similar para el abuso de las situaciones de interinidad de los funcionarios (pese a haberse previsto así en el proyecto de ley). La misma regla se reiteró en la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para ese año. Ahora el Real Decreto-ley 14/2021 se refiere en general a las responsabilidades por cualquier tipo de actuación en la materia, tanto si afectan a personal funcionario interino como a personal estatutario o a personal laboral.

Sin embargo, la norma no precisa en absoluto de qué tipo de responsabilidades se trata, ya que de manera indeterminada alude a las "que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas". Tal grado de inconcreción podría mermar la eficacia de la disposición, a no ser que la jurisprudencia precise el tipo de responsabilidades que pueden exigirse en estos casos. A nuestro entender, si la irregularidad es cometida por una persona que tenga la condición de empleado público, podría consistir en la propia de una infracción disciplinaria, grave o muy grave, por la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales. Pero en la mayoría de los casos la decisión de nombrar, mantener o cesar irregularmente a empleados públicos temporales se adopta por personas que tienen la condición de alto cargo y no son funcionarios públicos o no se desempeñan como tales, por lo que no se les aplica el régimen disciplinario de éstos. Pensar en algún tipo de responsabilidad penal –por prevaricación quizás– no es sencillo, salvo en casos de cierta gravedad. Queda la responsabilidad patrimonial por los perjuicios de este carácter que una actuación irregular en materia de empleo temporal haya podido causar a la administración correspondiente, si se ve en la obligación de satisfacer una indemnización a los afectados por esta causa. Se debería aplicar entonces lo previsto en el artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, de manera que la Administración competente repercutiera de oficio esos perjuicios sobre los responsables, previo el oportuno procedimiento contradictorio. Pero ya sabemos que no es precisamente este un procedimiento que se suela utilizar en la práctica contra autoridades y altos cargos. En fin, podría pensarse en algún tipo de responsabilidad contable o procedimiento de reintegro ante el Tribunal de Cuentas, si bien no es la vía más apropiada, pues el posible menoscabo de caudales públicos en razón de aquellas actuaciones irregulares sería, de existir, indirecto.

El legislador de urgencia debería haber concretado más el tipo de responsabilidades a las que se está refiriendo, pues al no hacerlo se corre el riesgo de que el precepto no se aplique efectivamente y tenga un valor disuasorio muy relativo. Dicho sea sin perjuicio de las eventuales resoluciones judiciales, sobre las que es difícil predecir casi nada.

La segunda medida contemplada en la nueva disposición adicional 17ª del TREBEP (apartado 3) es la nulidad de pleno derecho de todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria o de las medidas que se adopten en su cumplimiento o

desarrollo, "cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal". En este caso se trata de una medida más concreta, que afecta solo a un tipo de actuaciones irregulares en la materia y que conecta con la mayor precisión sobre el plazo máximo de permanencia que establece ahora el artículo 10 del TREBEP, en particular para el caso de los interinos por vacante.

La declaración legal de nulidad de pleno derecho supone que las decisiones ilegales que se adopten por la Administración al respecto podrían ser revisadas de oficio en cualquier momento y ser privadas de todo efecto con carácter *ex tunc*. En el caso de las relaciones de derecho administrativo las consecuencias son claras. Ya no cabe entender que, si se prorroga ilegal o abusivamente un nombramiento como interino, el afectado tiene derecho a mantenerse en su puesto indefinidamente mientras no se produzca la causa específica de cese que le sería aplicable, tal como se deducía de las SSTS, 3ª, de 26 de septiembre de 2018. Dicha prolongación irregular no puede tener efecto jurídico alguno. Inclusive la Administración, previo procedimiento de revisión de oficio y en virtud de él, si se hubiera dictado algún acto favorable al interesado, podría proceder al cese inmediato de la persona que se encuentra en dicha situación. Bien entendidos los efectos de la nulidad de pleno derecho, incluirla en la ley puede ser un paso importante.

La tercera y última medida llamada "de control" es la regulación de las compensaciones económicas –léase indemnizaciones- en favor de aquellos empleados públicos que sean cesados o despedidos después de haber finalizado el plazo máximo de su nombramiento o contrato, por lo que han sido objeto del abuso de la temporalidad. Dichas "compensaciones" o indemnizaciones se cuantifican, en el caso del personal funcionario interino, en el equivalente a veinte días de sus "retribuciones fijas" por año de servicios, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El concepto de retribuciones fijas comprende no solo las retribuciones básicas, sino también, las complementarias de devengo fijo o periódico, excluyéndose solo, por tanto, los complementos de productividad variables o equivalentes y las gratificaciones por servicios especiales. Pero se precisa que esa cuantía estará referida al nombramiento de que traiga causa el incumplimiento, es decir, al período de interinidad derivado del mismo, y no a otros eventuales nombramientos y períodos de interinidad anteriores de que se hubiera beneficiado el interesado. La citada

“compensación” no procede, sin embargo, si el cese se produce por causa disciplinaria o por renuncia voluntaria. La solución es razonable, al tiempo que persigue una cierta equiparación a las consecuencias indemnizatorias que derivan de la legislación laboral.

Precisamente para el caso de personal temporal con este régimen laboral, se establece la misma indemnización por la misma causa, ya que es la cuantía prevista por el Estatuto de los Trabajadores en los casos de despido procedente [art. 53.1.b)]. Pero el Real Decreto-ley ha optado aquí por la cautela, en previsión de que al trabajador cesado le corresponda otra indemnización por “vulneración de la normativa laboral específica” o por la “extinción de su contrato”. Recordemos que, en ocasiones, se ha aplicado en casos como éstos la indemnización legalmente prevista por despido improcedente, si el cese no se produce por la causa legal establecida. Si procede esta otra indemnización, incluso determinada en la vía judicial, habrá que compensar su cuantía con la llamada “compensación” prevista en la disposición adicional 17ª del TREBEP.

V.- CONCLUSIONES

Lo primero que hay que celebrar, a la vista del Real Decreto-ley 14/2021, es que por fin los órganos competentes se hayan decidido a introducir en la legislación soluciones frente al problema de la excesiva temporalidad en nuestro empleo público. Ciertamente es que la iniciativa tiene poco de espontánea, ya que viene inducida por la recomendación –o la presión, si se prefiere– de las instituciones europeas. Pero bienvenida sea en cualquier caso.

Por otra parte, aunque se concreta en un decreto-ley, no se trata obviamente de una reforma elaborada con urgencia o de forma repentina. Por el contrario, se llevaba madurando durante largo tiempo por el Gobierno en coordinación con el resto de las administraciones y negociándola con los sindicatos más representativos, tal como se deduce de su exposición de motivos. Es, pues, una reforma meditada y muy trabajada, que ha tenido en cuenta las exigencias y los límites jurídicos que derivan del marco europeo y del constitucional, de conformidad con la jurisprudencia de los tribunales.

Cuadrar todas esas exigencias jurídicas en algunos aspectos junto con las demandas sindicales y de los grupos de interesados, más las necesidades de las distintas administraciones públicas, no era *a priori* una tarea fácil, sino más bien parecida a un *sudoku*. Y puede entenderse que el tipo de medidas que se contienen en el decreto-

ley son de las que había que adoptar ahora, en particular yuxtaponiendo unas medidas a corto plazo y de efecto inmediato, como son los procedimientos de consolidación de empleo, con otras de naturaleza estructural, para afrontar el problema en su raíz.

Dicho esto, lo que cuentan al final son los detalles, como se ha dicho, y sobre ellos cabe mayor discusión. Por otra parte, en el momento de escribir estas páginas, no se conoce aun el resultado de la reforma en su totalidad, pues habrá que ver el texto definitivo de la ley de conversión del decreto-ley, que deberá ser pactado en aspectos importantes, pues es evidente que no existe una mayoría en favor de la norma momentáneamente en vigor. Pero no conocemos, sino en pequeña medida, el alcance de las modificaciones que se acordará introducir.

Por lo que se refiere a la regulación del nuevo proceso de estabilización de empleo temporal, es fruto de un compromiso muy condicionado por la jurisprudencia de los tribunales, que no satisfará a casi nadie. Por supuesto a los empleados públicos con nombramiento o contrato de duración determinada, que desearían su rápida y segura, por no decir automática, conversión en fijos, aunque ya sabemos que eso no puede ser en puridad. Pero tampoco satisfará a quienes defienden, con razón, su derecho a acceder al empleo público en condiciones de igualdad, derecho que en buena parte se subordina a los intereses de aquéllos. Cómo se regulen al final y cómo se organicen y tramiten los procedimientos de consolidación correspondientes –previa negociación colectiva– es algo que deberá pasar el filtro de los tribunales de justicia. Quizá la solución incluida en el Real Decreto-ley 14/2021 no plantearía demasiadas dudas desde este punto de vista. Pero no sabemos si se podrá decir lo mismo cuando se apruebe la ley que lo sustituya. No obstante, el mayor riesgo de desequilibrio en favor de quienes ya tienen un empleo público y en contra de la igualdad de oportunidades deriva de las concesiones que las distintas administraciones competentes o muchas de ellas estén dispuestas a hacer a las organizaciones sindicales en la fase de diseño de las oposiciones y concursos: qué pruebas y cuántas, qué baremos de méritos, etc. Queda además la incógnita del número de plazas que las administraciones van a incluir en las convocatorias de consolidación, con las que no pueden especular, pues han de aprobarse necesariamente en un plazo breve (que no sabemos si mantendrá la ley de conversión).

Por lo que se refiere a la reforma del TREBEP, entiendo que va en la dirección correcta: fijación de plazos máximos de interinidad; obligación absoluta de cese o finalización por las causas legales; exigencia de responsabilidades en caso de

incumplimiento; indemnizaciones razonables por cese en caso de prolongación irregular, equiparando en lo posible los derechos del personal funcionario y laboral. Sin embargo, como ya se ha dicho, algunas normas podrían haber sido más claras y terminantes, en particular las que pretenden sancionar la comisión de irregularidades.

Dicho lo cual resta por ver hasta qué punto las medidas incluidas en el Real Decreto-ley 14/2021 son efectivas, se cumplen y pueden remediar el problema de la excesiva temporalidad del empleo público. Desde este punto de vista, pienso que son insuficientes para conseguir el fin pretendido, que solo podrá lograrse en parte, de manera que en el futuro los mismos problemas podrían volver a reproducirse o agravarse.

La propia exposición de motivos del Real Decreto-ley explica, aunque con brevedad y de forma quizá incompleta, las causas que los han originado, que en buena medida son estructurales. Tienen mucho que ver, en efecto, con nuestro modelo tradicional de empleo público, sus rigideces legales y la praxis de las relaciones de servicio en las administraciones públicas. El nombramiento de muchos interinos y el recurso a muchos contratos temporales se explica por las dificultades que encuentra la Administración para contar con personal fijo, pues es muy lenta y complicada su selección bajo las normas actuales y tampoco se puede acudir siempre que se necesita a procesos de movilidad interna, dadas las garantías legales del puesto de trabajo y la presión sindical. Mientras estas causas no se aborden en profundidad, las administraciones seguirán recurriendo a esas figuras temporales con más frecuencia de la debida y deseable, a la búsqueda de la flexibilidad que precisan. Pero a este aspecto no se refiere para nada la reforma en acto.

En fin, tampoco incide esta reforma en otro factor que es crucial: la falta de planificación en materia de recursos humanos de que adolecen la mayoría de nuestras administraciones. Esta carencia es más grave en la actualidad, si cabe, pues sabemos que en los próximos lustros vamos a tener que renovar una parte muy elevada de las plantillas por jubilación. A falta de una planificación realista y estudiada, nos podemos encontrar con la necesidad de volver a improvisar, como ocurrió en los años ochenta del siglo pasado, cuando se pusieron en marcha nuevos servicios públicos en medida considerable y se crearon casi de la nada las nuevas administraciones territoriales. La planificación del personal se debería imponer con carácter vinculante y complementarse con medidas de formación y coordinación para llevarla a la práctica. De lo contrario las

medidas ahora aprobadas no dejarán de ser un parche temporal, de un lado, y de otro añadirán una dosis más de rigidez burocrática, que tal vez vuelva a ser sorteada de nuevo debido a las urgencias del servicio, por la imaginación sin límites de los gobernantes y los gestores de recursos humanos de nuestras administraciones y entidades públicas.

21 de septiembre de 2021

La darrera jurisprudència social sobre prevenció i control de la temporalitat del personal laboral de les administracions públiques

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Professor Agregat i TU Acreditat

Universitat
Oberta
de Catalunya



28 Setembre 2021

Esquema expositivo

1. Una previa:

- *Martínez Andrés/Castrejana López*
- *Montero Mateos*
- *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*
- Reacciones Jurisprudencia *Montero Mateos & Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*
- Algunas notas sobre Indefinidos no fijos (INF)

2. IMIDRA

- Reacción a IMIDRA

3. RD Ley 14/2021, 6 julio, medidas urgentes reducción temporalidad empleo público

4. Nueva cuestión prejudicial (Auto JS/3 Barcelona 27/6/21)

Martínez Andrés / Castrejana López

STJUE 14 de septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15)

Martínez Andrés / Castrejana López (CL 5ª - no abuso)

En la medida en que (...) no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, **la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos (...) podría ser una medida apta** para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

(“origen” de las SSTS\C-A (2) 26/9/18, r1305/17; r785/17)

- “**La resolución** que así lo acuerda [cese] carece de la motivación exigible por expresar una causa que a la luz de las actuaciones **no puede tenerse por verdadera o cierta en sentido jurídico**”.
- **No conversión a INF**
- **Subsistencia y continuación de tal relación de empleo**, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena el marco normativo (art. 10.1 EBEP; y art. 9.3, último párrafo, Ley 55/2003).
- **Derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho depende de** circunstancias singulares del caso; debe ser hecho en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y debe invocarse en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios.
- El régimen procesal del recurso contencioso-administrativo **respeto principio efectividad**

Ap. 64 Montero Mateos

STJUE 5 de junio 2018 (C-677/16)

Montero Mateos

Ap. 64 Montero Mateos (recuérdese: corrección TJUE a “de Diego Porras 1” - CL 4ª)

"en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una **duración inusualmente larga**. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, **habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo**"

¿Qué es "fin imprevisible"? // ¿Qué es "duración inusualmente larga"?

Muy importante: afirmación ap. 64 se sostiene en un caso en el que se cuestiona la aplicación de la CL 4ª (no discriminación) y no la CL 5ª (abuso)

Ap. 64 - no cabe configurarlo como "*obiter dicta*" (VP a STS\Social 4/7/19, r2357/18)

¿Es exigible “sucesión de contratos” para aplicar Cláusula 5ª y apreciar abuso?

***Sánchez Ruiz/ Fernández
Álvarez***

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

Sucesión de contratos temporales

Es posible aplicar la cláusula 5ª en situaciones en las que no se produzca una “sucesión” **(+ ap. 44 Conclusiones AG):**

“cuando su continuación por tiempo indefinido se debe a que no se han cumplido las exigencias legales relativas a la cobertura de plazas vacantes”.

[En *Baldonado Martín* (STJUE 22 de enero 2020, C-177/18) descarta aplicación CL 5ª porque no queda acreditado que la Sra. Baldonado formalizara «varias relaciones de servicio»]

a). Sobre los procesos selectivos:

Los procesos de selección que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas **son una medida adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos empleados**, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva, **siempre que se lleven a cabo en los plazos establecidos**. **En caso contrario, como sucede en este caso, no sería suficientemente efectiva y disuasoria.**

aunque las personas que han sido nombrados de forma abusiva tengan la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, **esto no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar** debidamente **la utilización abusiva** de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada.

Y, además, **en el caso de que participen, el resultado de estos procesos es incierto**, pues, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso.

b). Sobre la transformación en INF

La transformación en INF tampoco es una medida adecuada, porque

«se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido».

Tampoco garantiza las mismas condiciones que los fijos (a diferencia del sector privado)

c). Sobre la indemnización por despido improcedente:

Sobre la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, **para que pueda ser calificada como una medida equivalente**

«debe tener específicamente por objeto **compensar los efectos de la utilización abusiva** de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada». Y,

«es necesario además que la indemnización concedida no solo sea **proporcionada**, sino también **lo bastante efectiva y disuasoria** como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula»

Reacciones Jurisprudencia
Montero Mateos & Sánchez
Ruiz/Fernández Álvarez

Reacciones a Montero Mateos y art. 70.1 EBEP / abuso

Sobre "finalización imprevisible"

(entre otras posibles interpretaciones): Imposibilidad de “inducir con el nivel mínimo de certeza exigible” la fecha en la que, en el instante de la formalización del contrato de trabajo temporal, podía identificarse el momento de extinción [SSTSJ\Soc CyL\Vall 11/6/18 (r833/18); 5/12/18 (r1308/18); 29/10/18 (r1489/18); y (2) 12/7/18 (r1066/17; y r982/18); y Cant 23/11/18 (r641/18)].

Sobre "duración inusualmente larga"

Inicialmente, en la doctrina judicial (entre otras posibles – aunque la más generalizada): 3 años (DA 1a Ley 43/2006, art. 15.1.a ET y art. 70.1 EBEP).

Superado el plazo de 3 años la relación deviene INF (SSTS\Soc 14/7/14, r1847/13; 15/7/14, r1833/13; y 14/10/14, r711/13) - **¡OJO doctrina revisada!**



STS\Soc 24/4/19 (r1001/17)
[distinguir antes/después]

Reacciones a Montero Mateos y art. 70.1 EBEP / abuso

“Duración inusualmente larga”, art. 70.1 EBEP y cambio de doctrina STS\Soc 24/4/19 (r1001/17)

El art. 70.1 EBEP y el plazo de 3 años que prevé es “intrascendente” para calificar la relación como inusualmente larga (“no puede operar de modo automático”).

“Dicho precepto va referido a la ejecución de la oferta de empleo público” y que “son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión”

(al menos, 250 sentencias) SSTs 12/11/19 (r3503/18); 20/11/19 (r2732/18); 3/12/19 (r3107/18); 3/12/19 (r3284/18); 6/2/20 (r2726/18); y 6 y (3) 12/5/20 (r77/18; r1301/18; r515/18; r4718/18); y (6) 9, (11) 10, (4) 11, (2) 12, (6) 15, 16, 23, 24 y 25/6/20 (r4845/18; r5002/18; r3163/18; r3799/18; r4270/18; r326/19; r3550/18; r4724/18; r4455/18; r3706/18; r3551/18; r3491/18; r1274/19; r4271/18; r3869/18; r3545/18; r2088/18; r2277/18; r1235/19; r3199/18; r3709/18; r4267/18; r491/18; r2737/18; r4841/18; r659/19; r3562/18; r3543/18; r5020/18; r3573/18; r1032/19; r2087/18; r1186/18; r94/19); (2) 16/7/20 (r1754/18; r4727/18); 15/9/20 (r3251/18); (2) 1, (3) 2, (9) 6, (5) 7, (2) 8, (3) 14, (2) 19 y 20/10/20 (r946/19; r4663/18; r1354/19; r2137/19; r2578/18; r4360/18; r1177/19; r4495/18; r1432/19; r2983/18; r2590/19; r4426/18; r4318/18; r1381/19; r2932/18; r4645/18; r2734/18; r4855/18; r1690/19; r2968/19; r3380/19; r3790/18; r493/19; r2096/18; r1801/19; r736/19; r700/19; r3/18); y 4/11/20 (r693/19); (3) 4, (2) 6, 10 y (2) 11/11/20 (r498/19; r555/19; r693/19; r3367/18; r3556/18; r1233/19; r2957/18; y r1359/19); y (4) 1, 2, 3, 9 y 12/12/20 (r4846/18; r4054/18; r4473/18; r4269/18; r4494/18; r45/18; r3034/18; r2349/18); (8) 13, (6) 14, (2) 18, 19, 20, 21, 26, (2) 27, 28 y 29/1/21 (r3547/18; r2224/19; r1987/18; r1438/19; r4033/19; r3853/18; r2611/19; r1862/19; r3334/19; r4387/18; r2209/19; r1096/19; r540/19; r1245/19; r3100/19; r1981/19; r1480/19; r2035/19; r2015/18; r2332/19; r1183/19; r4234/19; r2107/19; r1342/18); (4) 2, (2) 10, (2) 16 y 17/2/21 (r1332/19; r282/19; r1240/19; r3871/18; r3815/18; r2813/18; r942/19; r1813/18; r4789/19); (4) 2, (2) 10, (2) 16 y 17/2/21 (r1332/19; r282/19; r1240/19; r3871/18; r3815/18; r2813/18; r942/19; r1813/18; r4789/19); (18) 2, (3) 3, 9, (9) 16, (7) 17, 18, 22/3/21 (r3707/18; r4757/18; r4385/18; r4259/18; r4850/18; r4847/18; r294/19; r4532/18; r686/19; r4382/18; r1244/19; r1847/18; r1925/18; r4799/18; r473/19; r4844/18; r4268/18; r4886/18; r1607/19; r828/19; r2034/19; r691/19; r1094/19; r701/19; r3872/18; r4493/18; r1007/19; r1691/19; r2606/19; r1985/19; r422/19; r690/19; r1803/19; r2271/19; r243/19; r1353/19; r4935/18; r4665/18; r2823/19; r3690/19); (22) 13, (6) 14, (14) 27, (5) 28 y (3) 29/4/21 (r743/19; r2056/19; r1139/19; r587/19; r2678/19; r1541/19; r4063/19; r3827/19; r3503/19; r1895/19; r1361/19; r3557/18; r698/19; r4029/19; r3584/19; r2902/19; r909/19; r4910/18; r4611/18; r4161/19; r1022/19; r2877/19; r2572/19; r4324/18; r2556/19; r1206/19; r3742/19; r537/19; r3542/18; r431/19; r1865/19; r1763/19; r1176/19; r21/20; r3699/19; r2534/19; r2819/19; r1943/19; r2186/19; r2003/19; r2513/19; r1835/19; r3010/19; r2481/19; r1143/19; r2389/19; r1810/19; r4646/18; r1031/19; r3758/18); (6) 5, (4) 6, (11) 18, (3) 19 y 26/05/21 (r1703/19; r1685/19; r1166/20; r443/19; r654/20; r1237/19; r2836/19; r1198/20; r2190/19; r4504/19; r3199/19; r1627/19; r2915/19; r3814/19; r1762/19; r2585/19; r1349/19; r694/19; r1600/19; r2670/19; r3189/19; r1331/19; r4791/19; r1111/19; r3943/19; r1564/19); 1/6/21 (r3049/18).

Reacciones a Montero Mateos y art. 70.1 EBEP / abuso

- Sobre "duración inusualmente larga" y restricción presupuestaria [¿y Rodica Popescu / Mascolo?]

SSTS\Soc (2) 11/6/19 (r2610/18; r2180/18); 4/7/19 (r2357/18); 20/11/19 (r2732/18); 9/6/20 (r2088/18) reiteran que el plazo de 3 años del EBEP no se aplica de forma automática e **inciden en la congelación presupuestaria** (¿efecto "purificador" del paréntesis respecto de abuso anterior?)

- Sobre "duración injustificadamente larga": STS\Soc 5/12/19 (r1986/18)

utilizamos expresamente la locución «**injustificadamente larga**» porque lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, en modo alguno, que su duración resulte 'inusualmente' larga; sino que la duración del contrato sea 'injustificada' por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal»

¿Intento de reconducción de la doctrina *Montero Mateos* de Cláusula 4ª a Cláusula 5ª?

Reacciones a *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*

- Sobre sucesión de contratos

SSTS\Soc 9, (2) 10 y (2) 12/6/20 (r2088/18; r4845/18; r4455/18; r3491/18; y r4841/18); 13/1/21 (r3547/18); 2 y 16/2/21 (r1332/19; r1813/18):

CL 5ª D1999/70 opera con **sucesivos nombramientos (al menos 2), sea expresos, sea por tácita reconducción**

En C-A: Es exigible la "sucesión" (no basta con una única relación - aunque sea prolongada en el tiempo): SSTS\C-A 28/5/20 (r5801/17); 24/9/20 (r2303/18); (2) 29/10/20 (r1868/18; r2596/18); y SJC-A/10 Valencia 16/6/20 (n238/20).

Tampoco hay sucesión si se dan dos relaciones y una relación es muy breve - STS\C-A 23/11/20 (r5347/18):

STS\Soc 16/7/20 (r4727/18): no parece exigir la "sucesión". En términos similares, SSTS\Soc (2) 10 y 24/6/20 (r4724/18; r3551/18; r525/18);

Algunas notas sobre los INF

Tipología

- “Indefinidos” *ab origine* (ex arts. 8.2 y 11.1 EBEP — y reservados, aparentemente, para los profesores de religión del sector público)

- INF “sobrevenidos” («indefinidos no fijos»):

- contratación temporal ilícita;
- contratación temporal lícita que supere el umbral temporal ex art. 15.5 y DA 15.ª ET;
- contratación temporal lícita calificada como “inusualmente larga” ex ap. 64 *Montero Mateos*
- contratación temporal sucesiva abusiva (controversia “sucesiva”)
- cesión ilegal;
- ¿reversión? (*Correia Moreira*)
- INF adscrito a una plaza de funcionario
- Falso autónomo / contrato administrativo ilícito
- Extensible a sector público empresarial (desde 2020):

- ¿INF C-A? TS\C-A: No (¡pero sí!) SSTS\C-A (2) 26/9/18 (r1305/17; r785/17),

SSTS\Soc 18/6/20 (r2811/18),
IBANAT; y 18/6 y 2/7/20 (r2005/18;
r1906/18); y 10 y 17/9/20
(r3678/17; r1408/18); 17/2/21
(r2945/18), AENA; 26/1/21 (r71/20),
Fundación Illes B.

INF =
CAJÓN DE
SASTRE

Naturaleza jurídica (4 Etapas: condición / temporal / no temporal / temporal)

Primera etapa: SOMETIDOS A CONDICIÓN

[SSTS 7/10/1996 (r3307/1995); 20 y 21/1/1998 (r317/1997 y r315/1997); y 22/5/02 (r2591/01)]

Régimen extensible a interinos por vacante (los INF son "interinos de hecho"): SSTs\Soc 27/5/02 (r2591/01); 20/7/07 (r5415/05); 19/2/09 (r425/08); 27/2/12; 13/05/13 (r1666/12).

Segunda etapa: TEMPORALES

SSTS\Soc 24/6/14 (r217/13); 8/7/14 (r2693/13): (conflicto sobre "amortización simple"): Interinos por vacante/ INF son contratos temporales (no sometidos a condición). Coincide con ATJUE 11/12/14 (C-86/14), *Huétor Vega* (**OJO** - TJUE "binario").

Tercera etapa: NO SON TEMPORALES

SSTS\Soc 28/03/17 (r1664/15); 19/07/17 (r4041/15); 9 y 12/05/17 (r1806/15 y r1717/15). + SSTSJ\Soc Mad 24/04/17 (r109/17); 14, 16 y 19/06/17 (r452/17; r350/17; r420/17); y 7, 10, 19 y (2) 20/07/17 (r401/17; r525/17; r344/17; r486/17; r563/17); 15 y 22/09/17 (r519/17, r553/17); 9, 20 y (2) 23/10/17 (r694/16; y r661/17; r770/17; r758/17); 3, 6 y (2) 17/11/17 (r819/17; r236/17; r836/17; r831/17); y 7, 22 y 28/12/17 (r876/17; r926/17; r355/17); PV 20/06/17 (r1221/17); y 24/10/17 (r1853/17); Cant 5/12/17 (r817/17); y Ast 27/12/17 (r2549/17).

Ojo STJUE 25/07/18 (C-96/17), *Vernaza Ayovi* (¿aplicación del art. 96.2 EBEP a INF?) - Y antes *Huétor Vega* - ATJUE 11/12/14: **INF SON TEMPORALES!**

Cuarta etapa: SON TEMPORALES (o no) [¿“Gato de Schrödinger”?]

STS\Soc 2/4/18 (r27/17): en el marco de un conflicto colectivo sobre el reconocimiento del derecho a la promoción profesional regulado por convenio colectivo a los INF (y atribuyéndoselo)

OJO!

- INF pueden ser **FIJOS DISCONTINUOS**:

SSTS\Soc 11/4/18 (r2581/16); 20/9/2018 (r2494/16); 2/7/20 (r1906/18)

Doctrina reiterada en SSTs\Soc (2) 2/7/21 (r73/20; y r1325/20). **!!OJO!!**

«Decimos al respecto que aquella persigue salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, **su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice**»

¿Quinta etapa?: **CONDICIÓN**

SSTSJ\Soc And\Sev 25/10/18 (r3737/17); (2) 5/12/18 (r4313/17; y r4099/17).

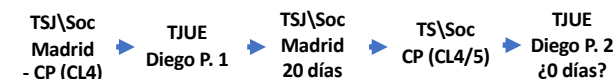
Sobre indemnización por cobertura reglamentaria de plaza

4 "FASES" INDEMNIZACIÓN de los INF:

- **Fase 1:** reconocimiento de oficio / no reconocimiento de indemnización 49.1.c ET [SSTS\Soc 6/11/15 (r2592/14); 31/3/15 (r2156/14); y 4/2/16 (r2638/14)] **vs** [SSTS\Soc 21/7/15 (r2672/14); y 19/5/15 (r2552/14)].
- **Fase 2:** reconocimiento indemnización 49.1.c ET *ex Huétor Vega* (STS\Soc 7/11/16 (r766/16) - sin entrar a valorar *de Diego Porras 1*),
- **Fase 3:** STS\Soc 28/03/17 (r1664/15): extinción por cobertura reglamentaria de plaza de INF y reconocimiento de indemnización de 20 días, sin aplicar la doctrina de *Diego Porras 1* (INF "**no son temporales**")
- **Fase 4:** STS\Soc 28/3/19 (r997/17) - INF tienen derecho a 20 DÍAS (¿en términos de *Diego Porras 2*, siguen siendo temporales?)

STSJ Cataluña 14/7/20 (r3413/20): En cobertura reglamentaria de INF, la falta de puesta a disposición de indemnización no provoca improcedencia (no son aplicables las formalidades del art. 53.1.b ET ni sus trámites)

Una previa "de Diego Porras"



INTERINOS POR VACANTE /
SUSTITUCIÓN: a diferencia del resto de contratos temporales, no tienen derecho a indemnización en cobertura reglamentaria de la plaza: aplicando *Diego Porras 2*, STS\Soc 13/3/19 (r3970/16)

Sobre indemnización a INF por cobertura reglamentaria de plaza

¡OJO!

TJUE en *de Diego Porras 2*: cuestiona que indemnización art. 49.1.c ET sea una medida contra el abuso (CL 5ª D1999/70) porque se reconoce a todos los contratos temporales haya o no haya abuso



STS\Soc 13/3/19 (r3970/16): **no procede reconocer indemnización a interinos** en virtud de D1999/70 porque **NO** es una medida contra el abuso (no “discrimina” la situación de origen del reconocimiento de INF)



El reconocimiento de 20 días a INF por cobertura reglamentaria de plaza, **TAMPOCO es una medida contra el abuso** porque tampoco discrimina en función del origen de la calificación de INF (y para el caso de que se entienda que se ha producido un despido improcedente, la indemnización tampoco sería una medida adecuada por el mismo motivo) – “PROBLEMA DE COMPARABILIDAD”

IMIDRA

STJUE 3 de junio 2021 (C-726/19)

IMIDRA

a). Sobre la “sucesión” ex Cláusula 5ª

«la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada» (...), incluye también la prórroga automática de los contratos de trabajo de duración determinada de los trabajadores del sector público, como el contrato de interinidad (...), pese a no haberse respetado la forma escrita, prevista, en principio, para la celebración de contratos sucesivos».

b). Sobre la existencia de medidas preventivas de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada

¿existencia de un proceso selectivo puede ser calificada como una «medida legal equivalente» para evitar el abuso (interpretación TS art. 70.1. EBEP)?

el hecho de que, conforme a la doctrina del TS, no pueda calificarse como un plazo fijo, esta medida «no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada» (no puede ser calificada como un «medida legal equivalente»).

IMIDRA

c). Sobre la existencia de medidas que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada

- **Acude a la figura de INF** (sigue a *Martínez Andrés/Castrejana López*), :

«en la medida en que no exista ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo (...), la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los «trabajadores indefinidos no fijos» podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco»

- **Sobre la indemnización** - debe entenderse la del art. 49.1.c ET (sigue de *Diego Porras 2*),

tampoco es una medida efectiva, pues, «tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada».

¡OJO! (ap. 76) se socaba el efecto útil de la Directiva si, no existiendo ninguna medida efectiva para evitar y sancionar los abusos de los contratos de interinidad, no se les abona la indemnización prevista para el resto de contratos.

d). Sobre los procesos selectivos y los límites presupuestarios

«debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada».

Reacción a *IMIDRA*

STS 28 de junio 2021 (r3263/19)

Alineándose (de forma crítica) a la doctrina del TJUE en el caso IMIDRA, establece siguientes criterios (corrigiendo su anterior doctrina):

- Primero: cabe entender que se ha producido un abuso aunque no se haya producido propiamente una «sucesión» de contratos.
- Segundo: la contención presupuestaria no justifica la extensión temporal de la interinidad por vacante.
- Tercero: fija un plazo de 3 años máximo para la interinidad por vacante, precipitando la conversión en INF [no lo fija a un plazo como se exige en *Sánchez Ruiz / Fernández Álvarez*].
- Cuarto: la figura de INF es una reacción adecuada para combatir el abuso.
- Quinto: el cese por cobertura reglamentaria de la plaza supone el reconocimiento de una indemnización de 20 días con un máximo de 12 meses [no discrimina en función del origen abusivo o no de la calificación de INF].

STS\Soc 28 de junio 2021 (r3263/19): Reacciones TS

1. Interinos por vacante, superación de 3 años y calificación de INF

Más de 60 casos: SSTS\Pleno (2) 29/6/21 (r2395/19; r3061/19); y (2) 30/6/21 (r2482/19; y r3274/19); (4) 29, (9) 30/6/21 (r1378/19; r1396/19; r2086/19; r2296/19; r3198/2018; r1708/20; r2303/19; r1645/19; r442/20; r1216/19; r1972/20; r1036/19; y r463/20); (10) 1, (18) 6, (9) 7, (3) 8, 14, 20, (11) 21 y (3) 22/7/21 (Pleno, r50/20; Pleno, r2293/19; Pleno, r1100/19; Pleno, r2290/19; r2936/19; r1982/19; r5006/18; r2903/19; r1343/19; r1073/19; r1811/19; r4857/19; r3132/19; r3108/19; r2037/19; r2847/19; r2031/19; r414/19; r2943/19; r1954/19; r1876/19; r2223/19; r1476/19; r1818/19; r4117/19; r3064/19; r3445/19; r4908/18; r2278/2018; r3710/19; r1856/19; r116/20; r1980/19; r3681/19; r925/20; r1101/19; r2967/19; r157/20; r1863/19; r2976/19; r1647/19; r4158/18; r5145/18; r3236/20; r3375/19; r3474/19; r3450/19; r1329/19; r1797/19; r3684/19; r1368/19; r2508/19; r3498/19; r543/19; r4842/18; r2988/19).

2. Cese de interino por cobertura reglamentaria de la plaza, reconociendo la condición de INF y la indemnización de 20 días (con un máximo de 12 meses)

SSTS 1, (3) 6, 7, 13 y (3) 21/7/21 (r2594/19; r2054/20; r2820/19; r1677/19; r4445/19; r3521/2018; r1893/19; r1890/19; r1872/19)

En una empresa sector público: STS 14/7/21 (r3043/2018), AENA.

3. Cese de interino: no procede indemnización, pese haber superado el plazo de 3 años, dado que se han publicado diversas convocatorias (y han quedado desiertas)

Concursos de traslado: STS 1/7/21 (r2443/19)

4. Cese de interino: no procede indemnización prevista en el art. 53.1.b ET si extinción es regular, no ha sido cuestionada y no se ha superado el plazo de 3 años

STS 6/7/21 (r4606/19)

5. Cese de interinos por vacante superando 3 años sin solicitud de condición de INF ni cuestionando invalidez del cese: no procede indemnización

STS 26/7/21 (r1902/19): Reclamación de cantidad solicitando una indemnización de 20 días tras cese reglamentario (por el turno de promoción interna) de interino por vacante durante 9 años, sin solicitar la condición de INF ni una eventual invalidez del cese, no procede compensación alguna.

1. Proceso selectivo temporal y temporalidad ilícita

- **Relación “fija”:** SSTSJ\Soc Galicia 28/6/18 (r1102/18); 30/4/19 (r4813/18); y 13/5/19 (r280/19); 7/11/19 (r2079/19); y 16/6/20 (r5330/19); y 9/12/20 (r1631/20) + ATSJ Galicia 19/1/21.
- **INF:** la SSTSJ\Soc Galicia 30/10/19 (r1710/19); 11/6/20 (r5173/19); 11 y 17/6/20 (r5173/19; y r9/19); y 1/7/20 (r5589/19): No cabe declaración de fijeza si se ha seguido procedimiento selectivo para contratación temporal

SSTS\Soc 17/9/20 (r154/18); y 30/9/20 (r112/18): ni proceso de selección para ocupar plaza temporal ni entrevista personal son suficientes ex art. 103.3 CE

**¿Debate
finalizado?**

2. Superación de pruebas selectivas para personal fijo en sociedad pública sin obtención de plaza y posterior acceso a bolsa de empleo, temporalidad ilícita y fijeza

SSTSJ Baleares 25/3 y (2) 15/420 (r136/19; r131/19; y r110/19)

3. Reconocimiento de condición de “indefinido”/Fijeza

Aplicación art. 15.5 ET: **STSJ MAD 17/2/21 (r845/20)** que, en un supuesto de sucesión contractual (de ¡274 contratos! durante 31 años) en Correos y Telégrafos (y siguiendo un razonamiento similar a las SSTSJ MAD 24/6/20, r237/20; y 11/11/20, r551/20) descarta que la calificación INF se ajuste al contenido de la Directiva 1999/70 y acaba reconociendo la condición de indefinida ordinaria (esto es, la fijeza).

**Real Decreto-ley 14/2021, de 6
de julio, de medidas urgentes
para la reducción de la
temporalidad en el empleo
público**

RDley 14/2021: Art. 2: Procesos de estabilización de empleo temporal

¿Los INF son personal temporal o indefinido? ¿e INF fijos-discontinuos?

¿Se cumple con el requisito de ocupación de “forma temporal” (ex ap. 1 art. 2 RDley 14/21)?

Ap 6: “Corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización.

En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso”.

Estabilización (art. 2 RD Ley 14/2021) e indemnización (relaciones anteriores a entrada vigor RD Ley 14/21)

[Recordar: ap. 130 Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez no exige "fijeza" + Sigue vigente DA 43ª.TRES de la LPGE'18]

Interino por vacante (o INF no reconocido judicialmente)

No sigue proceso estabilización (ex art. 2 RDL 14/21)

Extinción cobert. reglament. (sin seguir estabilización RD Ley 14/21)

indemnización
0 € (art. 49.1.c ET); Pueden ser 20 días si abuso y declarado INF (ex STS 28/6/21)

(Renuncia): Extinción cobert. reglament. ex estabilización RD Ley 14/21

0 € (art. 2.6 RDL 14/21);
¿Pueden ser 20 días si abuso y declarado INF (ex STS 28/6/21) – acumula 3 años a 31/12/20 ex art. 2.1 RD Ley 14/21? Resto de temporales: indemnizaciones ex art. 49.1.c ET

Sigue proceso estabilización (ex art. 2 RDL 14/21)

No supera selección y se produce extinción por cobert. reglament.

20 días (art. 2.6 RDL 14/21)
[en principio, también extensible a resto de temporales; también si se ingresa en bolsa DA 4ª RD Ley 14/21]

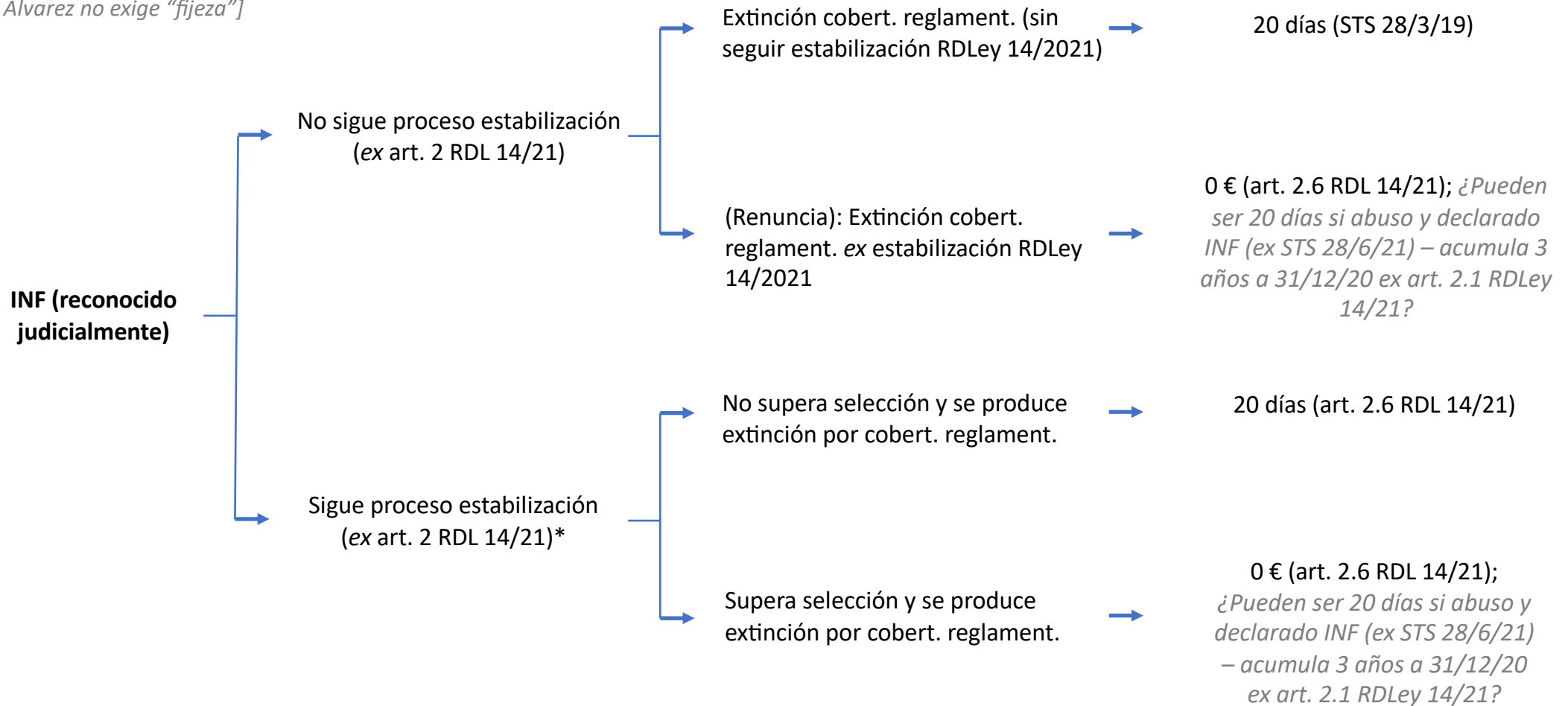
Supera selección y se produce extinción por cobert. reglament.

0 € (art. 2.6 RDL 14/21);
¿Pueden ser 20 días si abuso y declarado INF (ex STS 28/6/21) – acumula 3 años a 31/12/20 ex art. 2.1 RD Ley 14/21? Resto de temporales: indemnizaciones ex art. 49.1.c ET

Ojo Resto temporales: la cobertura reglamentaria de plaza ex estabilización no describe causa extintiva: ¿indemnización de 33 días/24 meses?

Estabilización (art. 2 RD Ley 14/2021) e indemnización (relaciones anteriores a entrada vigor RD Ley 14/21)

[Recordar: ap. 130 Sánchez Ruiz/Fernández
Álvarez no exige “fijeza”]



* Algunos INF son “fijos-discontinuos” y podría cuestionarse si son “temporales”. **OJO nueva CP JS/3 BCN!**

RDley 14/2021: Art 1 – Nueva DA 17ª EBEP

(aplicable sólo al personal personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a entrada en vigor RDley 14/2021 – 8 de julio 2021)

Ap 1 y 2. Régimen de responsabilidad

“Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino.

Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal”

“Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”

[Recordar: DA 43ª.TRES de la LPGE’18 prevé exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas ante «cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo»]

RD Ley 14/2021: Art 1 – Nueva DA 17ª EBEP

Ap. 3: “Todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los “**plazos máximos de permanencia**” [¿?] como personal temporal será nulo de pleno derecho”

- Interinos por vacante: ¿Art. 70.1 EBEP?
- Eventual / obra y servicio: ¿Art. 15.1.a y b ET?
- Ojo con ap. 2 DA 15 ET [¿ha quedado derogada/modificada?]

¿E interinos por sustitución? **STS 26/5/21 (r2199/19)**: contrato de interinidad no solo puede formalizarse para sustituir a un trabajador con contrato suspendido, sino también si sustituido es adscrito temporalmente a puesto de trabajo distinto, conservando el derecho a la reserva de su puesto de trabajo de origen. **OJO acotación STS 6/7/21 (r2746/19)**: NO es extensible a situaciones de carácter permanente

¿El “plazo máximo de permanencia” = ineficacia automática del contrato?

¿Impide la aplicación del ap. 5 art. 15 ET/DA 15ª ET?

RD Ley 14/2021: Art 1 – Nueva DA 17ª EBEP

Ap 5: “En el caso del personal laboral **temporal**, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, **sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica.**

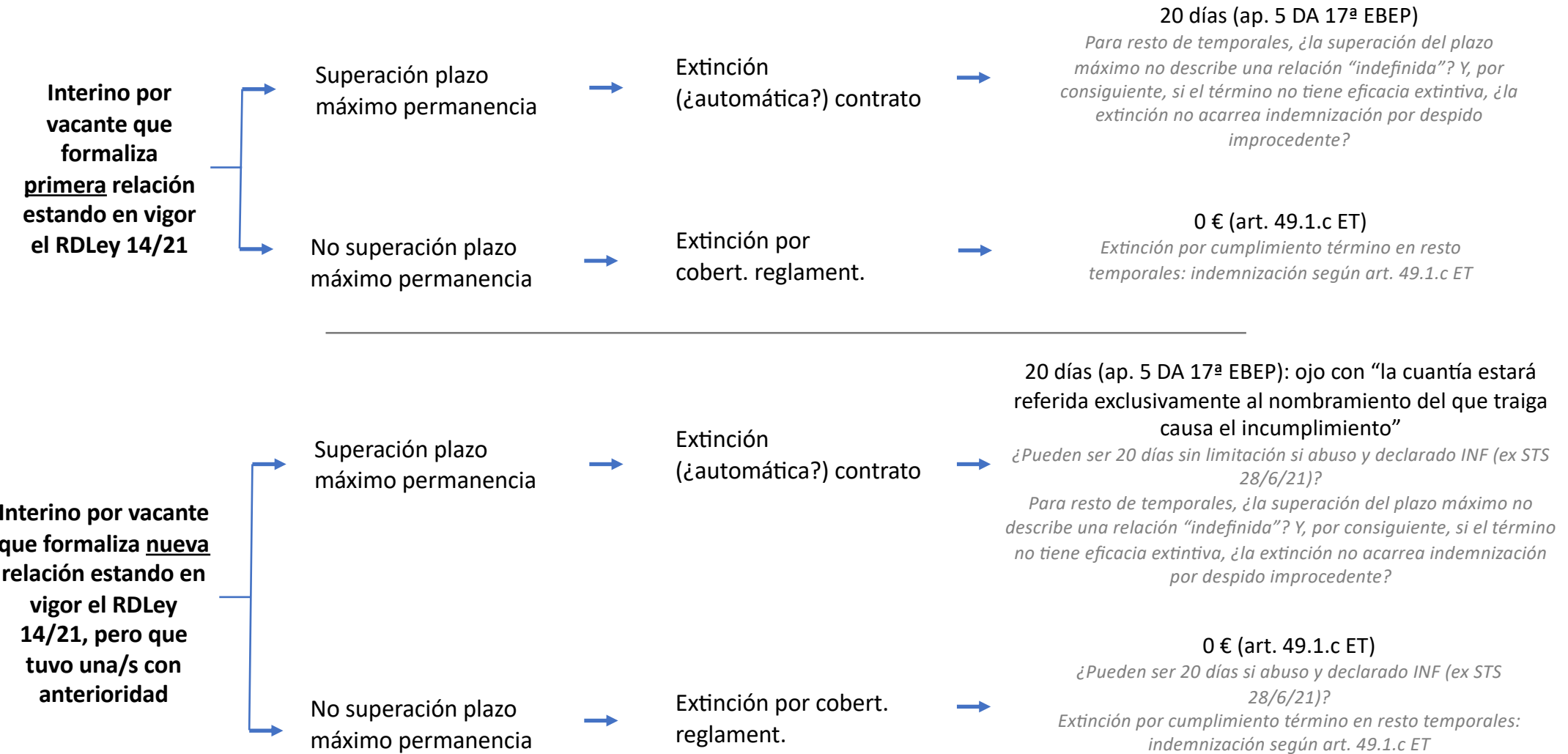
Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, **y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato,** prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y **la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento.** En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria”.

¿Incluimos a los INF o no? ¿Distinguimos entre INF fijos-discontinuos?

[¿y teoría unidad esencial del vínculo?]

**Nueva DA 17ª EBEP (art. 1 RD Ley 14/21) e indemnización
(relaciones a partir entrada vigor RD Ley 14/21)**



Nueva cuestión prejudicial

Auto JS/3 Barcelona 27 de junio 2021

Auto JS/3 Barcelona 27 de junio 2021

Primera. ¿Puede entenderse conforme a la definición de «trabajador con contrato de duración determinada» establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco (...), la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se conozca la fecha exacta?

Segunda. ¿Puede entenderse conforme a la definición de «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco (...), la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se conozca la fecha exacta?



Seminari
sobre relacions col·lectives



La darrera jurisprudència social sobre prevenció i control de la temporalitat del personal laboral de les administracions públiques

**¡Moltes
gràcies!**

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Professor Agregat i TU Acreditat



ÚLTIMA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA SOBRE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA TEMPORALIDAD DEL PERSONAL FUNCIONARIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Josefa Cantero Martínez

Profesora titular de Derecho Administrativo (acreditada a cátedra)

UCLM

(28 septiembre 2021)

SUMARIO: I. Introducción. II. La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. III. Su necesaria adaptación al ámbito funcional. IV. Los posibles caminos sugeridos por la jurisprudencia comunitaria para prevenir los abusos en la Administración y, en su caso, sancionarlos. IV. El concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada». 1. Su interpretación como premisa para la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo marco. 2. La sustitución temporal de funcionarios puede constituir una razón objetiva a los efectos de esta cláusula. 3. El problema de los nombramientos únicos, continuados y de las interinidades excesivamente largas. 4. La nueva doctrina fijada en la STS de 28 de junio de 2021, Sala Social: ¿fijación de un tiempo máximo? V. Las consecuencias del abuso del interinaje en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Su adaptación a lo público. 1. La imposibilidad de convertir de forma automática al interino en funcionario de carrera (los principios constitucionales y las líneas rojas del modelo). 2. Tampoco el personal estatutario eventual de los servicios de salud puede convertirse en personal indefinido ni en personal estatutario interino. 3. El acto administrativo del cese es anulable y, en consecuencia, supone la continuación de la relación de empleo hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico. 4. La Administración debe realizar una reflexión organizativa sobre de su plantilla. 5. Cabe la posibilidad de reconocer un derecho indemnizatorio, pero solo dependiendo de las circunstancias singulares del caso. VI. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En las ponencias anteriores han quedado perfectamente expuestos los problemas jurídicos que plantea la temporalidad en el empleo público y los intentos de nuestros poderes públicos por mitigarlos¹, en aplicación básicamente de las previsiones

¹ La temporalidad es altamente disfuncional. Por una parte, "perjudica a los funcionarios de carrera, que ven mermadas sus posibilidades de promoción y de movilidad por la presencia de interinos que ocupan puestos que ellos desearían cubrir y, por otra, a los aspirantes a un primer empleo en el sector público, que observan con preocupación como la oferta de empleo público es escasa y no recoge muchas vacantes ocupadas por personal

contenidas en la cláusula 5 de la *Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada*², en adelante, Acuerdo marco. Esta cláusula vino a establecer un nuevo régimen jurídico para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o, en lo que aquí nos ocupa, sucesivos nombramientos como funcionario interino o como personal estatutario temporal.

En este trabajo pretendo hacer un análisis de la jurisprudencia que se ha dictado sobre esta materia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. En casi todas las sentencias analizadas, los interinos recurrentes solicitaban que, en aplicación de dicha cláusula, se les nombrase funcionarios de carrera o, con carácter subsidiario, que se les nombrase con otra denominación pero en las mismas condiciones que los funcionarios de carrera, tras la correspondiente indemnización por daños morales derivados de su contratación abusiva y de forma similar a la indemnización que se reconoce ya para los contratados temporales de la Administración

Pues bien, a falta de previsión legal sobre los efectos de los abusos del interinaje en la Administración, la doctrina del Tribunal Supremo ha realizado una importante labor interpretativa para hacer compatible los principios constitucionales rectores del acceso a la función pública con la sanción de la cláusula 5 del Acuerdo marco, tal como ha sido interpretada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Desde su sentencia de 26 de septiembre de 2018, ha señalado de forma inconcusa que la solución aplicable a las funcionarias no es la conversión que pretenden, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de la relación que mantienen con la Administración hasta que las plazas vacantes sean legalmente ocupadas y sin derecho a la indemnización que solicitan por daños morales porque para ello es necesario acreditar la concurrencia de tales daños.

Es decir, la jurisprudencia contenciosa-administrativa dictada en esta materia varía sensiblemente de la jurisprudencia social en cuanto a los efectos que provoca el abuso del interinaje funcional. Si éste se produce en la contratación laboral, la sanción que prevé nuestro ordenamiento para la Administración consiste en la conversión del contrato temporal en indefinido no fijo y en el pago de una indemnización de veinte días de salario por año trabajado cuando se produzca el cese, independientemente de la modalidad contractual celebrada. Por el contrario, si el abuso se produce en el nombramiento de interinos, el cese se califica como acto administrativo anulable, el interino se incorpora a la Administración hasta que ésta cumpla lo dispuesto en la normativa básica y, como regla general, no recibe ningún tipo de indemnización.

El análisis de esta materia no resulta sencillo porque falta un marco legal de referencia que nos diga exactamente qué ocurre cuando la Administración abusa en los nombramientos de sus funcionarios interinos y cuándo debe entenderse producido dicho abuso. Ello ha llevado a interpretaciones muy dispares y creativas por parte de

con nombramientos provisionales y, por último, al propio personal interino que lleva mucho tiempo desempeñando funciones públicas y que desea, como es lógico, la estabilidad profesional. Defensor del Pueblo, Informe: *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, Madrid, 2003, disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2003-01-Funcionarios-interinos-y-personal-eventual-la-provisionalidad-y-temporalidad-en-el-empleo-p%C3%BAblico.pdf>

² <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1999-81381>

nuestros jueces y tribunales que, en no pocas ocasiones, han aportado las mismas soluciones que aporta la jurisdicción social y ello ha tenido que ser casado y corregido por el Tribunal Supremo. Por otra parte, existe una prolija jurisprudencia comunitaria que nos ha dado orientaciones importantes sobre las posibles medidas que puede adoptar el Estado español para resolver y sancionar este problema y que deben ser tenidas en cuenta por el juez nacional. Ahora bien, como ha establecido la jurisprudencia comunitaria, al interpretar y aplicar las normas del Derecho interno, el juez nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, sin que dicha cláusula pueda servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional³.

Esta complejidad aumenta si tenemos en cuenta que las interpretaciones que ha realizado la jurisprudencia comunitaria ante los abusos de los nombramientos temporales en la Administración no han sido estables en el tiempo. En un primer momento, a través fundamentalmente de tres sentencias que dictó el TJUE el 14 de septiembre 2016. Junto a al famoso caso “De Diego Porras», dictó dos sentencias más: casos C-184/15 y C-197/15, asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López y asunto C-16/15, Asunto Pérez López. De especial interés resulta para nosotros el asunto Castrejana-López⁴, no solo porque se pronuncia por vez primera sobre los efectos del abuso en el caso de funcionarios interinos, sino también porque dio lugar a la STS de 26 de septiembre de 2018, que fue pionera en sentar doctrina casacional sobre esta materia. En todas ellas hizo el Tribunal una interpretación generosa y expansiva de la cláusula que, posteriormente, fue matizada y revisada, entre otras, por su sentencia de 5 de junio de 2018, (asunto 677/16, caso Montero Mateos⁵) y su sentencia de 22 de enero de 2020 (asunto C-177/18, Baldonado Martín). Más recientemente ha concretado su doctrina a través de sus sentencias de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18, Domingo Sánchez Ruiz, y C-429/18, Berta Fernández Álvarez y otras) y de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19, IMIDRA).

Ello nos aboca a una situación de gran confusión, agudizada por el intento interesado de mezclar las soluciones administrativas con las soluciones que aporta la normativa laboral, usando la técnica del “espiguelo”, según convenga. Y ello hay que tenerlo en cuenta, toda vez que en la mayor parte de las demandas se entremezclan alusiones a resoluciones dictadas por distintos tribunales, tanto de la jurisdicción social, como de la

³Y ello porque la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco carece de efecto directo y no puede invocarse por un particular ante un juez nacional con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria. Así lo han dicho, entre otras, las sentencias del TJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C212/ 04, apartado 110; de 15 de abril de 2008, Impact, C268/06, apartado 80; de 19 de marzo de 2020 Sánchez Ruiz C-103/18 y C 429/18, apartado 118 y la sentencia de 11 de febrero de 2021, caso MV y Topéis, C-760/18, apartado 64.

⁴ Esta cláusula debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se conceda a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

⁵ La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

contencioso-administrativa. Y es muy diferente la naturaleza y normas aplicables según la relación sea laboral o administrativa.

Todo ello, claro está, teniendo en cuenta que estas sentencias, además de ser casuísticas, dependen en gran medida de cómo se haya planteado ante la justicia comunitaria la cuestión prejudicial. Como denuncia abiertamente la STS de 28 de junio de 2021, de la Sala de lo Social y dictada en unificación de doctrina, *"en ninguno de los párrafos transcritos, esta Sala reconoce su propia doctrina. Bien sea por la errónea comprensión de nuestra jurisprudencia o bien por una deficiente traslación de la misma al TJUE, lo cierto es que nuestra doctrina no es la que se refleja en la STJUE de 3 de junio de 2021, obviamente tributaria del contenido del Auto de planteamiento de cuestión prejudicial remitido"*.

Otro importante elemento de complejidad en esta materia son las visiones interesadas realizadas por determinados colectivos y la presión que realizan. Se ha acabado conformando todo un entramado de intereses contrapuestos que da lugar a reivindicaciones contradictorias y difícilmente reconciliables entre sí. En este sentido, es destacable la fuerte presión que algunas asociaciones de interinos están realizando ante la Comisión Europea, que han denunciado a España por presunto incumplimiento de lo previsto en la cláusula 5 del Acuerdo marco⁶. Han denunciado que, a tenor del acuerdo suscrito el 29 de marzo de 2017, "el Gobierno de España no procederá a convertir los contratos sucesivos de duración determinada de los empleados del sector público en contratos por tiempo indefinido, sino que, en su lugar, contratará trabajadores permanentes mediante concursos públicos". Estas denuncias han motivado la apertura de un procedimiento de infracción relativo a la posible incompatibilidad del derecho español con la cláusula 5 del Acuerdo marco.

Mientras tanto, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta cuestión ante las soluciones completamente dispares que están realizando algunos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Salas de diferentes Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas, que han declarado la conversión de las relaciones temporales en indefinidas y derecho a cuantiosas indemnizaciones cuando se produce el cese⁷. Para hacer este análisis jurisprudencial he realizado una selección de algunas de las sentencias más importantes, sin ánimo de exhaustividad, siendo plenamente consciente de que estas líneas doctrinales pueden cambiar a consecuencia de los giros que se vayan produciendo en la jurisprudencia comunitaria y de la aprobación del ***Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público***, que modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP) y que, sin duda, producirá

⁶ Información sobre el curso dado a las denuncias registradas con la referencia CHAP (2013) 01917. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/information-notice-multiple-complaint-chap-2013-01917_es.pdf. El seguimiento actual puede realizarse a través del siguiente link: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/live_work_travel_in_the_eu/reply_pm_es_public_sector_ftwd_20210729_es.pdf. (consultados el 20 de septiembre de 2021).

⁷ Asimismo, todavía están pendientes de resolver por el Tribunal Supremo varios recursos de casación en relación al personal estatutario temporal de carácter interino, cuyos autos de admisión ya han indicado que van a tener en cuenta la doctrina apuntada por la STJUE de 19 de marzo de 2020. También queda pendiente alguna cuestión prejudicial planteada sobre la materia (Auto de 24 de enero de 2019 del Juzgado nº 24 de Madrid en el que se requiere la interpretación la sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2016).

cambios en esta jurisprudencia. Dicho texto está siendo objeto de seguimiento por parte de la Comisión, aunque tampoco sabemos su redacción final. La norma ha sido convalidada por el Congreso de los Diputados en su sesión plenaria de 21 de julio de 2021. En la misma sesión, se acordó su tramitación como proyecto de ley, que ya ha sido publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, el 30 de agosto de 2021.

II. LA CLÁUSULA 5 DEL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

La jurisprudencia comunitaria ya se había pronunciado en múltiples ocasiones sobre la cláusula 4 de la Directiva, que prohíbe tratar a los funcionarios interinos de una manera menos favorable que a los funcionarios de carrera (trabajadores fijos comparables⁸) por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Sin embargo, hasta estos últimos años no había sido tan prolija interpretando la cláusula 5 del Acuerdo marco a propósito del ordenamiento funcional español.

Esta cláusula, efectivamente, tiene como finalidad poner límites a la utilización abusiva de los nombramientos temporales y a la precarización de los funcionarios interinos. Obliga a los Estados a prevenir los abusos “como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Para ello, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán una o varias de las medidas que propone, teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores. Las medidas deben ser proporcionadas y lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de los objetivos del Acuerdo marco. Pueden consistir en el establecimiento de:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

La cláusula remite a cada uno de los Estados miembros para que determinen, previa consulta con los interlocutores sociales, en qué condiciones los nombramientos temporales se considerarán “sucesivos” y celebrados por tiempo indefinido.

Aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, sino que remite directamente a cada uno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos. Sin

⁸ La cláusula 2 define al “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” como un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. El trabajador comparable del funcionario interino, utilizando las categorías propias de nuestra función pública, sería el funcionario de carrera.

embargo, estas medidas no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

Sobre la aplicación de la Directiva a los funcionarios públicos no existe ya duda alguna. Ésta parte de un concepto unitario de trabajador, ya preste servicios en el sector privado o público y, a su vez en este, ya se trate de funcionarios, personal estatutario y personal laboral. La STJUE de 22 de diciembre de 2010, en sendas cuestiones prejudiciales planteada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña y nº 3 de Pontevedra, en relación con la interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, reconoció que los funcionarios interinos están incluidos en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70 y en el del Acuerdo marco y, en consecuencia, declaró el derecho a que el reconocimiento de trienios a los funcionarios interinos tuviera efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo para la transposición de la Directiva al Derecho interno.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado numerosos pronunciamientos sobre esta cuestión desde el año 2016, declarando que el régimen jurídico que se aplica al problema de la temporalidad del empleo en la Administración y, en especial, la interpretación realizada por nuestros jueces y tribunales, es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo marco porque no dispone de medidas adecuadas para prevenir estos comportamientos abusivos y, llegado el caso, para sancionarlos adecuadamente. Así lo ha reconocido también España ante la Comisión Europea. Dicha cláusula se opone a que la norma nacional sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho Administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar. Asimismo, se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de un abuso en la contratación por los inconvenientes procesales que le supone (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15).

Para el **personal laboral** de la Administración, las exigencias de esta cláusula están adecuadamente transpuestas a través de la creación de la figura del **"empleado indefinido no fijo"**, que permite armonizar el carácter tuitivo del Derecho Laboral con los principios constitucionales que rigen el acceso a la Administración y con la especial naturaleza pública de la Administración como empleadora. Su regulación, no obstante, es parcial y todavía permite un importante marco de mejora clarificando su régimen jurídico. Ahora está prevista en la Disposición adicional decimoquinta del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Según dicho precepto, su declaración no es obstáculo para la obligación de la Administración de proceder a la cobertura ordinaria de los

puestos de trabajo de que se trate o, en su caso, para que se decida su amortización. Ello significa que, en cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los correspondientes procedimientos selectivos, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo. La jurisprudencia, tras muchos titubeos, ha terminado reconociendo una indemnización de 20 días por año trabajado al producirse el cese, incluso en los contratos de interinidad (STJUE de 3 de junio de 2021, Sala Séptima, asunto IMIDRA (C-726/19) y STS de 28 de junio de 2021, de la Sala de lo Social).

Por lo demás, esta figura ha recibido el espaldarazo de la jurisprudencia comunitaria y de la doctrina del Tribunal Constitucional. Permite armonizar la protección del trabajador que exige el Acuerdo marco con los intereses públicos y con los principios constitucionales rectores del acceso a la Administración. De no haberse realizado esta armonización, la normativa comunitaria podría convertirse en la puerta falsa que permitiera al acceso a la Administración de personas que no han demostrado fehacientemente su mérito y capacidad a través del correspondiente proceso selectivo o, lo que es más grave, socavar las bases de nuestro Estado de Derecho, desconociendo el principio de igualdad y dando cobertura a posibles comportamientos arbitrarios, nepóticos o clientelares de la Administración. Bastaría con cometer conscientemente una irregularidad para provocar la fijeza del empleado temporalmente contratado.

Distinto es lo que ocurre para **el personal funcional**, sometido a relaciones de Derecho Administrativo. Se han hecho algunas modificaciones en los últimos años para determinar con mayor precisión los supuestos que habilitan a la Administración para el nombramiento de los interinos y la duración máxima del nombramiento en algunas de sus modalidades (interinos por programas e interinos por acumulación de tareas), que se han recogido en los artículos 10 y 70 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (TREBEP). Sin embargo, no se han establecido medidas legales efectivas para evitar y sancionar el abuso en sus nombramientos y, **cuando se han establecido, o bien la Administración no las ha respetado o bien la jurisprudencia las ha interpretado con mucha flexibilidad**. Este aspecto es muy importante porque **de poco sirve tener un marco legal adaptado a las exigencias comunitarias si después la propia Administración lo incumple y ello no es sancionado adecuadamente por los jueces y tribunales**. Ello podría sugerir la necesidad de establecer, además del marco legal, posibles sanciones para los responsables del incumplimiento y una especial formación -o utilización de otras vías- que garanticen un cambio de cultura en esta materia, el conocimiento y la comprensión de este aspecto para todos los actores implicados.

III. SU NECESARIA ADAPTACIÓN AL ÁMBITO FUNCIONARIAL

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha visto obligada a realizar una intensa labor interpretativa para aplicar las exigencias de esta cláusula al ámbito del empleo público a falta de regulación legal. Tanto la respuesta que se ha dado desde el ámbito de la

jurisdicción social como desde el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa han tenido en cuenta la especial naturaleza del empleador, que es una Administración pública, su posición institucional y el respeto a los principios constitucionales rectores del acceso al empleo público. Por ello, el fraude en la contratación temporal nunca va a tener como efecto la adquisición de fijeza del empleado laboral ni el derecho a la inamovilidad del funcionario interino, a diferencia de lo que ocurriría con un trabajador del sector privado. Ello incidiría de modo directo en los principios constitucionales y, muy en especial, en el principio de igualdad.

La propia doctrina del Tribunal Constitucional ha justificado este tratamiento diferente. En el Auto del Pleno del TC 124/2009, de 28 de abril, justificó que en el sector privado y en el sector público tengan las irregularidades de la contratación un alcance muy distinto. Y ello porque la contratación de personal laboral para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales. La Administración no tiene libertad para contratar porque las normas le dicen con quién y cómo debe hacerlo, respetando escrupulosamente el principio de igualdad y dando a todos el mismo trato.

Los abusos o fraudes en la contratación en la empresa privada perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley. Pero en el sector público existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en la medida en que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad (ATC 364/1991, de 10 de diciembre). Por esa razón, nuestro máximo intérprete de la Constitución no ha dudado en permitir que los órganos judiciales tomaran en consideración esos principios para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad. Se daba así pleno espaldarazo a la creación judicial de la figura del empleado "indefinido no fijo".

Ahora bien, la respuesta disimil a la abusividad dentro del ámbito del empleo público para cada uno de los colectivos, funcionarios y laborales, ha de explicarse también en virtud de la diferente naturaleza jurídica del vínculo que los une con la Administración y de las diferencias que existen entre ambos tipos de jurisdicción. La jurisdicción social aplica las normas laborales a los contratos temporales irregulares y, además, como se suele decir, se caracteriza por su carácter tuitivo y protector del trabajador, mientras que la jurisdicción contencioso-administrativa, por el contrario, aplica las normas y las instituciones propias del Derecho público, que están orientadas fundamentalmente a la satisfacción del interés general. Por ello, la solución al problema del interinaje irregular se ha encontrado aplicando instituciones propias del Derecho Administrativo, como la institución de la responsabilidad patrimonial o la teoría de la invalidez del acto administrativo.

Tal como adecuadamente clarifica la STSJ de Madrid, de 28 de enero de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, cada clase de personal tiene su propio régimen jurídico, que establece sus derechos y obligaciones⁹. *"El funcionario interino no está vinculado a la Administración por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho Público, distinción esencial, pues la regulación de la contratación temporal es distinta según la clase de vinculación con la Administración, de manera que ante esa diferencia no es acogible invocar la Directiva de referencia, pues la existencia de desigualdades en el conjunto de derechos y deberes de empleados públicos se deriva de la distinta naturaleza de la vinculación, lo cual, según la Jurisprudencia del TJUE, no contradice el Acuerdo Marco."*

La jurisdicción contenciosa pondera y tiene en cuenta, además, otros intereses generales que están en juego en el ámbito de lo público. Así sucede con el ejercicio de la potestad autoorganizativa de las Administraciones públicas, con las expectativas de los demás funcionarios de carrera y de los posibles opositores, que también tienen derecho a concurrir en condiciones de plena igualdad para el acceso a la función pública. En muchas ocasiones ha apelado directamente a los principios que rigen la buena administración y la planificación en el ámbito de la Administración.

La sanción ante la abusividad del interinaje no puede concretarse en la consolidación automática de las relaciones de empleo, tal como pretenden de forma sistemática todos los funcionarios interinos recurrentes en las sentencias analizadas. No solo porque ello no viene exigido por el Derecho comunitario ni está previsto en nuestra legislación, sino fundamentalmente porque ello resultaría de todo punto incompatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que han de inspirar el acceso al ejercicio de funciones públicas. La sanción de estos comportamientos debería incentivar que las Administraciones adopten las medidas que garanticen ese derecho a la estabilidad en el empleo, pero no justifica la adopción de cualquier medio, de cualquier medida, para ello, y menos aún cuando esa pretendida solución conlleva la vulneración de principios esenciales recogidos en la Constitución en materia de acceso a la función pública. Además, el art. 103.1 de la Constitución obliga a la Administración a actuar de acuerdo, entre otros, con los principios de objetividad y eficacia, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Tiene que velar por ese interés general que, como bien expresa la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona, de 19 de abril de 2021, sentencia núm. 127/2021, no tiene por qué coincidir con el interés particular de quien aspira a ser nombrado personal fijo.

La jurisprudencia social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encara el problema fundamentalmente desde el punto de vista de la protección del empleado contratado temporalmente, pero no ha abordado con plenitud el problema que,

⁹ Por cierto, esta sentencia niega la legitimación de la funcionaria recurrente en su condición de interina a impugnar la oferta de empleo público. En esta condición puede invocar en su favor el art. 70 del TREBEP, precisamente para reclamar la ejecución de las ofertas de empleo en plazo, no para pretender, como es el caso, anular la OEP por no contemplar regulación que le otorgue una situación de primacía, al margen de los principios de igualdad, mérito y capacidad, respecto a los aspirantes a acceder a la función pública. Carece de legitimación para su impugnación esgrimiendo su interés en la ampliación de la duración de su situación de interinidad, que es lo que en el caso de autos subyace, pues ese beneficio es indirecto y no es legítimo, y no puede ser alegado por la recurrente válidamente, careciendo también de acción para la defensa, en abstracto, de la legalidad, porque en esta materia la acción no es pública.

plantea el hecho de que hay que combinar esa protección con la de los terceros que tienen reconocido como derecho de rango constitucional el acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad y de acuerdo a los principios de mérito y capacidad. Pero los Tribunales internos, a la hora de determinar, como ordena el TJUE, las medidas a adoptar, no pueden dejar de valorar ambas perspectivas y, sobre todo, de tener en cuenta la existencia de otros intereses públicos, el ejercicio de otras potestades de la Administración como la potestad organizatoria, que supone que ha de tener discrecionalidad a la hora de definir sus plantillas porque así lo exige el principio de eficacia o incluso el principio de legalidad, que impide que pueda crear plazas y convocar procesos selectivos si existe una limitación presupuestaria.

La jurisprudencia contenciosa ha realizado una importante labor interpretativa para valorar todos estos intereses. Como resalta la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Albacete de 3 de marzo de 2021, sentencia núm. 51/2021, *“es posible que estas matizaciones no den una protección completa y absoluta frente al nombramiento temporal fraudulento desde el punto de vista del interés del empleado, pero sí dan, primero, una cierta protección desde el punto de vista del interés general; segundo, protegen también los derechos de terceros en el acceso al puesto; y por último, dan una respuesta desde el punto de vista de la protección del sistema frente a los nombramientos temporales y en términos globales ello tenderá a la reducción de la temporalidad”*.

Esta composición de todos los posibles intereses en juego explica la diferente respuesta y los diferentes matices que incorpora este ámbito jurisdiccional al problema del abuso del interinaje en la Administración.

IV. LOS POSIBLES CAMINOS SUGERIDOS POR LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA PARA PREVENIR ABUSOS Y, EN SU CASO, SANCIONARLOS

La jurisprudencia comunitaria está siendo muy prolija en esta materia, desde que se pronunciara por primera vez en sus tres famosas sentencias de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos Diego Porras (C-596/14); Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15) y 197/15) y en el asunto Pérez López (C-16/15). El régimen resultante de todos sus pronunciamientos es francamente complejo, toda vez que son muy casuísticos y han ido perfilando sus decisiones según las circunstancias concretas del caso planteado y según el marco fáctico y normativo explicado por el juez nacional, cuya exactitud no corresponde verificar al TJUE. Como el propio Tribunal ha especificado en algunas de sus sentencias, cuando se pronuncia sobre un procedimiento prejudicial puede aportar precisiones destinadas a orientar, pero no corresponde al mismo pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes (apartado 42 STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184 y C-197/15 y en los mismos términos, apartado 60 STJUE de 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18).

En algunos de sus últimos pronunciamientos nos ha señalado con mayor claridad las opciones que tiene el legislador español para adaptarse a las exigencias comunitarias y la verdadera naturaleza de este problema que, en ocasiones, no depende tanto del

marco legislativo, sino de la utilización que hace la Administración de las figuras temporales y de la interpretación que después realizan de este marco nuestros jueces y tribunales, a falta de una regulación expresa del legislador. En todo caso, estas sentencias nos permiten también delimitar las claves que ha de tener en cuenta el legislador a la hora de solucionar los problemas de la temporalidad del empleo en la Administración.

Dicha cláusula exige que, cuando se produzca una utilización abusiva de sucesivos nombramiento de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida efectiva que presente garantías de protección de los trabajadores, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. El Acuerdo marco obliga a los Estados miembros a adoptar esas medidas, pero les deja libertad en cuanto a la elección de las mismas, siendo los tribunales nacionales competentes los que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco (apartados 56 a 60 STJUE 11 de febrero de 2021, asunto C- 760/18). En este sentido, las limitaciones en la tasa de reposición de efectivos establecidas en las distintas leyes presupuestarias durante los años de crisis no eximen a la Administración de adoptar medidas legales equivalentes al objeto de garantizar el efecto directo y primacía del apartado 5 del Acuerdo marco ante una situación prolongada de abuso. Así lo señala la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018, en aplicación de la doctrina comunitaria.

Además de las sentencias de septiembre de 2016, ya conocidas, son especialmente relevantes dos pronunciamientos más recientes:

El primero, la **Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 en los asuntos acumulados C-103/18, Sánchez Ruiz, y C-429/18, Fernández Álvarez**. Analiza el asunto de un informático que trabajó como personal estatutario temporal interino para el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) de forma continuada durante más de 17 años y el de otros trabajadores que ejercieron como personal estatutario temporal interino (odontólogos) en períodos que van de los 12 a los 17 años y fueron objeto de entre 82 y 227 nombramientos sucesivos, según el caso. Todos ellos pretendían, dado el abuso en la contratación temporal, el reconocimiento de la condición de personal estatutario fijo. Ante las cuestiones prejudiciales planteadas, la sentencia nos da las claves de las posibles medidas que pueden adoptarse internamente para evitar y sancionar estos comportamientos abusivos, siempre que se apliquen adecuadamente y se establezca algún efecto negativo o sanción para la Administración en caso de incumplimiento. Se señalan como posibles soluciones tres medidas:

1. **La convocatoria de procesos selectivos** para la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos, siempre que se respeten dichos plazos y que los procesos sean frecuentes. Si no se garantiza que se organizan efectivamente dichos procesos y no se establece ningún efecto negativo o sanción para ese empleador, no resultará adecuado este mecanismo para prevenir la utilización abusiva. Lo mismo sucede con los procesos de consolidación previstos en la disposición transitoria cuarta del

TREBEP, en la medida en que establecen solo una facultad a la Administración de convocarlos, pero no una obligación.

la organización de tales procesos dentro de los plazos establecidos es una medida apta para prevenir y evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada siempre que se cumplan dichos plazos, pero no para sancionar¹⁰. La jurisprudencia comunitaria es clara en la exigencia de una **sanción o efecto negativo para el empleador**. La organización de estos procesos no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada, máxime cuando su resultado es además incierto y están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso¹¹.

En el mismo sentido, el **Auto del TJUE de 2 de junio de 2021**, ha considerado que, en la medida en que los procesos previstos en el art. 61 del TREBEP también están abiertos a los candidatos que no hayan sido víctimas de ese abuso y no confieren a los empleados públicos víctimas de tal abuso ninguna garantía de adquirir la condición de personal estatutario fijo, no pueden constituir medidas que sancionen debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Dado que la organización de tales procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de nombramientos o relaciones de servicio, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales nombramientos si no existen otras medidas para sancionar y prevenir dichos abusos.

2. **La transformación de los empleados públicos temporales en «indefinidos no fijos»**, siempre que les permita disfrutar de los mismos derechos que los trabajadores fijos comparables. Su aplicación al ámbito funcional podría llevar a la creación de una nueva figura de “funcionario interino indefinido”. Los efectos prácticos de esta figura ya se sugieren en la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo al declarar la anulabilidad del cese y la

¹⁰ Por ejemplo, en el Derecho italiano, el artículo 36, apartados 5 y 6, del Decreto Legislativo número 165/2001 establecen como medida disuasoria y preventiva de estas irregularidades una serie de sanciones que pueden adoptarse frente a las Administraciones y frente a sus directivos. La Administración que haya infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no puede llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción. Contra los directivos, estableciendo un sistema de reintegro o repetición. Las Administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave (véase la STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro, apartado 52).

¹¹ Conviene tener en cuenta que esta sentencia se estaba refiriendo a los procesos selectivos del personal del SERMAS y en esas categorías (informático y odontólogo) sólo se había convocado un proceso selectivo entre los años 1999-2015. En el caso de los médicos forenses interinos, analizado en la SAN de 30 de marzo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, se habían realizado múltiples procesos selectivos y que además habían ido aumentando de forma progresiva el porcentaje de puntuación de la experiencia y antigüedad para favorecer la incorporación de este personal a la función pública, se consideró que no se había producido un comportamiento abusivo por parte de la Administración.

automática reincorporación del interino a la Administración, aunque deberían ser perfilados por el propio legislador. Lo que no permitiría nuestro ordenamiento constitucional es la conversión automática del funcionario interino en funcionario de carrera.

3. La concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente. En estrictos términos jurídicos, esta opción solo sería obligatoria para el personal laboral de la Administración por aplicación de la cláusula 4 del Acuerdo marco, no para los funcionarios interinos (sometidos a relaciones de Derecho público, en las que el "trabajador comparable", a efectos del Derecho comunitario, es el funcionario de carrera). Así lo han declarado la STJUE de 22 de enero de 2020, asunto Baldonado Martín y Ayuntamiento de Madrid, C-177/18 y las STS de 21 de julio de 2020 y de 29 de octubre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. La primera de ellas ha fijado la siguiente doctrina casacional: la legislación española sobre función pública, que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos, ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, no se opone a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco.

El segundo pronunciamiento importante que se ha dictado recientemente sobre la materia es, sin duda, la **STJUE de 3 de junio de 2021, Sala Séptima, asunto C-726/19, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA)**, que analiza el contrato laboral de interinidad en la Administración (artículo 4 del *Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada*). En este caso, el trabajador había sido contratado para cubrir un puesto de trabajo por el tiempo que durara el correspondiente proceso selectivo. No obstante, como consecuencia de la crisis económica y del retraso en la organización del proceso selectivo, el vínculo con el IMIDRA se extendió durante más de 13 años. En este caso, no se había producido una sucesión de contratos temporales, sino un único contrato de interinidad, aunque, según la sentencia, hay que interpretar de una manera no restrictiva el concepto comunitario de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada» pues, en caso contrario, permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años con un solo nombramiento (STJUE de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros, C-760/18, apartado 45 y jurisprudencia citada).

El Juzgado de lo Social de Madrid declaró la conversión de ese contrato en indefinido no fijo y reconoció el derecho del trabajador a una indemnización por despido de 20 días de salario por año trabajado. El IMIDRA impugnó la sentencia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid alegando que la jurisprudencia social del Tribunal Supremo ha excluido que los contratos de interinidad puedan ser recalificados como relación laboral indefinida no fija. Según dicha jurisprudencia, ni la celebración de sucesivos contratos de interinidad ni la prórroga de tales contratos, que pueden llegar incluso a los 20 años, se consideran abusivas ni su despido por la cobertura de la plaza vacante da derecho a indemnización alguna. Asimismo, ha considerado que el plazo máximo de 3 años que prevé el artículo 70 del TREBEP para

la realización de los procesos selectivos no constituye una garantía inamovible ni tiene carácter automático, sino que dicho plazo puede prorrogarse *sine die* por diversas causas y, en particular, como consecuencia de la grave crisis económica del año 2008.

El TJUE ha declarado que la interpretación del contrato laboral de interinidad que ha realizado hasta ahora la jurisprudencia social de nuestro Tribunal Supremo al permitir que puedan renovarse y prolongarse durante varios años y no den lugar a una indemnización cuando se extinguen, a diferencia de lo que sí ocurre con otros contratos temporales, resulta contraria a la cláusula 5 del Acuerdo marco. Asimismo, ha considerado que, en principio, la fijación del **plazo máximo improrrogable de 3 años** que establece el art. 70 del TREBEP para la ejecución de la oferta de empleo público no es contrario al Acuerdo marco y permitiría cumplir con las exigencias que se derivan de su cláusula 5. La organización de tales procesos dentro de los plazos establecidos puede prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos, pero solo si se garantiza que dichos procesos se organizan efectivamente. Por otra parte, la crisis económica no excusa del cumplimiento de la normativa comunitaria. Según el TJUE, el establecimiento anual de limitaciones a través de la tasa de reposición de efectivos no puede justificar la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

En fin, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si estas medidas son adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la contratación temporal. Esta interpretación está siendo muy conflictiva, básicamente porque hasta hace tan solo unos meses no disponíamos del adecuado marco jurídico que diera cobertura a estas interpretaciones jurisprudenciales (véase el Auto del TS de 4 de febrero de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Para guiar la labor interpretativa del juez es imprescindible la previa intervención del legislador, que debe decantarse por alguna de estas opciones, con las matizaciones y características apuntadas por la jurisprudencia comunitaria. Ha sido finamente el **Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público**, el que ha venido a realizar una nueva regulación de este problema. Está norma, que se está tramitando como proyecto de ley, será la que a partir de ahora oriente la interpretación que realicen los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo sobre las medidas para sancionar y prevenir los abusos de la temporalidad en nuestras Administraciones públicas. Hasta que la nueva jurisprudencia empiece a aplicar este nuevo marco jurídico, veremos cuál es la respuesta dada hasta el momento.

IV. EL CONCEPTO DE "SUCEIVOS CONTRATOS O RELACIONES LABORALES DE DURACIÓN DETERMINADA"

Los nombramientos temporales no constituyen, por sí mismos y de manera automática, un motivo de fraude de Ley, ni un supuesto de desviación de poder, ni un caso de abuso en los términos señalados en la cláusula 5 del Acuerdo marco. Su aplicación

requiere que se hayan producido "sucesivos contratos" o "sucesivas relaciones laborales de duración determinada" o, en el ámbito público funcional, sucesivos nombramientos. La interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados es enormemente casuística y corresponde realizarla a cada uno de los Estados miembros. Como regla general, se exige que se haya producido una concatenación de varios nombramientos, aunque las interpretaciones que ha realizado nuestro Tribunal Supremo dependen de las circunstancias concretas de cada uno de los supuestos planteados e incluso de la intencionalidad de la Administración.

1. Su interpretación como premisa para la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo marco

Con carácter general, y de acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia de la UE, las situaciones contractuales y los nombramientos temporales pueden calificarse de «abuso» a los efectos de la cláusula 5 del Acuerdo marco en el caso de que se utilicen para responder a una necesidad de personal del empleador que es fija y permanente en la Administración, en la medida en que su utilización se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, (STJUE de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, apartado 39 y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo and Others, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C418/13, apartado 101).

El supuesto típico se da cuando se produce una concatenación de contratos o nombramiento de carácter temporal sin justa causa. En el caso de utilización abusiva de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, tal como ha señalado la STJUE de 19 de marzo de 2020, el hecho de que el empleado público de que se trate haya consentido el establecimiento o la renovación de dichas relaciones no priva de carácter abusivo al comportamiento del empleador. Buen ejemplo de ello es el caso analizado en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 (Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud) y asunto C-197/15 (Castrejana López y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz). El asunto Castrejana-López es especialmente importante porque dio lugar a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018, Sección 4ª de la Sala Tercera**, que es la que vamos a analizar con detalle en este trabajo.

Esta sentencia fue la pionera en fijar la doctrina casacional del Tribunal en esta materia. En este caso, el señor Castrejana había estado prestando servicios como arquitecto en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz durante 19 años, realizando siempre las mismas funciones aunque, inicialmente como personal laboral y después a través de varios nombramientos como funcionario interino para la realización de distintos programas de carácter temporal, que se fueron prorrogando, sin que la loable intención del Ayuntamiento de prestar esos servicios a sus vecinos sea excusa para justificar la abusividad de tales nombramientos. A pesar de que el art. 10 del TREBEP regula este supuesto del interinaje y pone límites, lo que podría ser considerado como una "medida equivalente" a efectos del Acuerdo marco, no lo considera así la Sala porque el "programa temporal" que motivaba el nombramiento del funcionario interino no tenía establecido un plazo de ejecución ni se habían cumplido los límites temporales

establecidos en el art. 10 el TREBEP para esta concreta modalidad de interinaje. En definitiva, como aquellas "medidas legales equivalentes" se omitieron y no fueron cumplidas por el Ayuntamiento, resultó ineficaz su previsión legal y ello debía ser sancionado.

Por otra parte, no toda sucesión de nombramientos es abusiva. Así, por ejemplo, en la STS de 19 de noviembre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, se estima el recurso de casación interpuesto por la Administración vasca porque en el acto de nombramiento constaba que se hacía por seis meses prorrogables, hasta un máximo de tres años. El Servicio Vasco de Salud había realizado además un juicio sobre la pertinencia de crear el puesto desempeñado como plaza estructural. Así lo hizo, sin que la recurrente superase como eventual el plazo máximo legal de tres años que prevé la normativa autonómica. No se incurrió en abuso, en los términos que previene el Acuerdo marco, pues el nombramiento y las prórrogas fueron por motivos temporales o coyunturales en tanto se creaba la vacante estructural, como así se hizo.

En los asuntos Martínez Andrés y Castrejana López y en Pérez López, antes citados, se abordó la interpretación de los conceptos de «razón objetiva» y «necesidad permanente» en el sector público y, más concretamente, en los servicios públicos esenciales (salud, educación y justicia). La jurisprudencia española había considerado que si existe una razón para que todos y cada uno de los contratos sean temporales, entonces la contratación temporal no incurre en fraude a la ley y la utilización sucesiva de contratos de duración determinada no sería constitutiva de fraude, porque nada impide celebrar varios contratos temporales sucesivos con el mismo trabajador siempre que la razón de cada uno de esos contratos sea acorde con la modalidad específica de contratación aplicada. De ser así, no obstante y tal como se planteó en la cuestión prejudicial, ello sería incompatible con la jurisprudencia del TJUE porque, debido a las características particulares de un servicio público esencial, jamás se podría producir una utilización indebida de este tipo de contratos en el sector público, la Directiva 1999/70/CE nunca será de aplicación y, en consecuencia, los trabajadores sustitutos o eventuales nunca lograrán los objetivos de estabilidad que propugna la Directiva. De ahí la necesidad de analizar siempre las particulares circunstancias que envuelven cada caso concreto.

En definitiva, en líneas generales, no es posible admitir la existencia de un abuso en la contratación temporal con solo acreditar un periodo continuado en régimen de temporalidad; ni siquiera cuando se aprecie que las tareas a las que está destinado el empleado son ordinarias y no coyunturales ni urgentes. No cabe un automatismo en esta materia sino que es necesario atender a todas las circunstancias concurrentes para apreciar una situación de abuso en los nombramientos de personal temporal (STSJ de Asturias de 26 de mayo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).

1. La sustitución temporal de funcionarios puede constituir una razón objetiva a los efectos de esta cláusula

En una Administración que presta servicios públicos esenciales, como ocurre con la sanidad o la educación, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, del disfrute de permisos, para cubrir situaciones administrativas, etc. Por ello, como regla general, la sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede constituir una **razón objetiva** en el sentido de esta cláusula, justificando tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la eventual renovación de esos contratos en función de las necesidades que surjan, (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de noviembre de 2014, asuntos C-22/13 , C-61/13 y C-62/13, comúnmente conocida como Caso Mascollo, Considerando 92; STJUE de 26 de enero de 2012, asunto C-586/10, Bianca Küçük, Considerando 31 o STJUE de 19 de marzo de 2020 (asunto C-16/15, Sánchez Ruiz, Considerando 73).

En este mismo sentido, por ejemplo, se ha pronunciado la STS de 16 de junio de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, sentencia núm. 865/2021, que ha estimado el recurso de casación interpuesto por la Universidad del País Vasco frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Bilbao de 24 de octubre de 2017, que había estimado la pretensión de una funcionaria interina que había realizado varias sustituciones como auxiliar de biblioteca. Al finalizar cada sustitución fue cesada como funcionaria interina, sin que esos ceses fueran nunca impugnados. Más tarde presentó reclamación de indemnización, consistente en veinte días por año trabajado más los correspondientes intereses, con fundamento en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea iniciada por la sentencia Diego Porras (C-596/14) de 14 de septiembre de 2016 y le fue concedida por el Juzgado. La Sala, al igual que dijera en sus Sentencias de 28 de mayo y de 21 de julio de 2020, recuerda que el cese del funcionario interino por causas objetivas no da derecho a indemnización. Por ello, la legislación española que no contempla indemnización para este supuesto no es contraria a la mencionada normativa europea, máxime en este caso y teniendo en cuenta que el cese del funcionario interino por la finalización de la sustitución determinante de su nombramiento es, sin duda, una causa objetiva de terminación de la relación de servicio.

2. El problema de los nombramientos únicos, continuados y de las interinidades excesivamente largas

Especialmente problemática ha sido la cuestión de determinar si puede hablarse de un abuso en la contratación cuando solo existe un único nombramiento para un puesto de trabajo en régimen de interinidad y no varios y sucesivos nombramientos, a pesar de que el vínculo con la Administración se extienda durante muchos años, tanto en el caso de interinidades por vacante como en el supuesto de interinidades por sustitución. Se trata de un concepto clave que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a aplicar el Acuerdo marco (véase, en este sentido, la STJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C- 212/04 , apartado 83).

Para la aplicación del sistema de protección del Acuerdo marco, en principio, es necesario estar ante una situación de abuso por concatenación de contrataciones o

nombramientos. Ello ha llevado a interpretar que, cuando estamos en presencia de un único contrato o nombramiento, independientemente del tiempo de duración, no estamos ante una utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, en la terminología empleada por el artículo 5.1 de la Directiva. Así, la STJUE de 23 de abril de 2009, ASUNTO C-378/07, Angelidaki, inició una doctrina según la cual la cláusula 5ª, apartado 1, letra a) del Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada "no se aplica a la celebración de un primer o único contrato o relación laboral de duración determinada" (apartado 107). Esta doctrina, sin embargo, ha sido matizada en alguna sentencia posterior.

Algunas sentencias comunitarias han mantenido una interpretación mucho más amplia de estos conceptos. Así ha sucedido, por ejemplo, con la STJUE de 19 de marzo de 2020 y, de modo todavía más concreto, con la STJUE de 3 de junio de 2021, en el asunto IMIDRA, donde admite expresamente que un contrato único puede también constituir un uso abusivo de la contratación en atención a las circunstancias particulares del caso. En principio, la cláusula atribuye a los Estados miembros y a los interlocutores sociales la facultad de determinar en qué condiciones los contratos de trabajo o las relaciones laborales de duración determinada se considerarán «sucesivos» (sentencias del TJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04 , apartado 81; de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17 , apartado 79, y de 22 de enero de 2020, Baldonado Martin, C-177/18, apartado 71). Ello se explica por el afán de preservar la diversidad de las normativas nacionales en esta materia. Ahora bien, recuerda el TJUE que dicho margen de apreciación no es ilimitado, toda vez que, en ningún caso, puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco. En particular, las autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo.

Una definición demasiado restrictiva del concepto de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada» permitiría a la Administración emplear a trabajadores de forma precaria durante años. Podría tener por efecto no solo de excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección que otorga el Acuerdo marco, vaciando de gran parte de su contenido el objetivo perseguido por estos, sino también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal.

Considerar que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada por la única razón de que el empleado afectado, aun cuando haya sido objeto de varios nombramientos, ha ocupado de manera ininterrumpida el mismo puesto de trabajo durante varios años y ha ejercido, de manera constante y continuada, las mismas funciones, mientras que el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante y, por ello, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente de año en año, puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo.

Con base en esta argumentación, la jurisprudencia comunitaria ha aclarado que los Estados no pueden excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada» a aquellas situaciones en las que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo.

El tema no es pacífico porque introduce en la interpretación del concepto de abusividad la conducta o actividad que haya desempeñado la Administración durante todo ese tiempo¹². A pesar de haberse dictado esta sentencia comunitaria, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sigue manteniendo una interpretación muy estricta y reiterando la doctrina casacional sentada en la STS de 28 de mayo de 2020, Sala Tercera, Sección 4ª, recurso nº 5801/2017. En ella negó la aplicación del Acuerdo marco en los casos en los que existe un único nombramiento que se prolonga en el tiempo durante varios años. La existencia de un único nombramiento evitaría hablar de fraude de ley. Por ello, cuando se producía el cese de algún funcionario interino o del personal estatutario de carácter interino, con una única relación de servicios, ha considerado que no procedía ni su conversión en personal indefinido, propio del ámbito laboral, ni a la indemnización de 20 días por año de trabajo desempeñado, previsto en la legislación laboral y no en la de función pública.

Así lo han considerado, entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera, Sección 4ª del TS de 24 de septiembre, de 29 de octubre y de 23 de noviembre de 2020. En esta última, en la STS de 23 de noviembre, por ejemplo, ha considerado que el cese de un funcionario interino, con una relación de servicios prolongada durante siete años y una

¹² En el caso de los médicos forenses interinos, analizado en la SAN de 30 de marzo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, no se consideró la abusividad porque se habían realizado múltiples procesos selectivos que habían ido aumentando de forma progresiva el porcentaje de puntuación de la experiencia y antigüedad, hasta llegar a un 47,9% sobre el total de puntuación máxima en la fase de concurso. Además, en el auto de remisión enviado por el juez español al Tribunal no se hizo referencia a las medidas legislativas extraordinarias adoptadas por el Estado, a partir de 2017 y que han continuado hasta la actualidad al objeto de reducir la temporalidad en el empleo público, por lo que no fueron valoradas por el juez comunitario. Es significativo el Acuerdo marco de 29 de marzo de 2017 para la mejora del empleo público firmado del Gobierno de España y los sindicatos CCOO, CSIF y UGT. Este Acuerdo marco de 29 de marzo de 2017 quedó plasmado en los presupuestos generales del Estado para 2017(que habilitaba a ofertar en las OPES 2017, 2018 y 2019 sin computar en tasa de reposición hasta el 90% de sus puestos temporales de más de 3 años a 31 de diciembre de 2016 y todos los anteriores a 2005 mediante un proceso selectivo respetuoso con los principios constitucionales. Como consecuencia de las habilitaciones presupuestarias, se realizaron ofertas de empleo público con un número elevadísimo de plazas y procesos selectivos por parte del Estado y las Comunidades Autónomas. De hecho, para este colectivo de médicos forenses, antes de esos procesos selectivos existían 300 médicos interinos y, como consecuencia de esos procesos selectivos de 2017 y 2019 se habían convocado ya un total de 207 plazas.

previa de pocos meses, estaba justificado y no se incluía dentro de la cláusula 5 del Acuerdo marco. El interino había sido objeto de dos nombramientos. El primero, nombrado como personal eventual durante unos meses por exceso o acumulación de actividad y el segundo nombramiento se había realizado como interino por vacante durante más de siete años continuados hasta que la plaza finalmente fue amortizada. Por tal motivo no concurre el supuesto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada" que permitiría la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

La STSJ de Murcia de 28 de mayo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), también ha considerado que la cláusula 5 del Acuerdo marco no resultaba aplicable cuando el funcionario interino había disfrutado de un único nombramiento. Como es habitual en todas las sentencias que estamos analizando, los interinos recurrentes solicitaban, en aplicación de la Directiva 1999/70/CE, que se les nombrase funcionarios de carrera; con carácter subsidiario que se les nombrase con otra denominación pero en las mismas condiciones que los funcionarios de carrera y que para el supuesto de que fueran rechazadas tales peticiones que se les adjudicaran en propiedad las plazas que ocupaban en el Ayuntamiento de Murcia y, en todo caso, tras la correspondiente indemnización por daños morales derivados de su contratación abusiva¹³. La sentencia núm. 134/2020, de 24 de julio, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Murcia, estimó sólo parcialmente el recurso, considerando que se había producido una utilización abusiva o fraudulenta de la contratación temporal de dos de las recurrentes, al haber sido nombradas, temporalmente y de forma sucesiva, a través de varios nombramientos y varias prórrogas, por lo que se les reconoció el derecho a continuar prestando los mismos servicios como funcionarias interinas por vacantes, sin justificación suficiente de las razones del cambio.

La Sala ha estimado el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento, revocando la sentencia de instancia y negando todas las pretensiones de los interinos, aplicando la jurisprudencia sentada en la STS de 26 de septiembre de 2018, en la que se ha señalado que "la solución aplicable a las funcionarias no es la conversión que pretenden, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de la relación que mantienen con el Ayuntamiento hasta que las plazas vacantes sean ocupadas, en su caso, en la Oferta de Empleo Público en que están incluidas". Asimismo, ha considerado que "no tienen derecho a la indemnización que solicitan por daños morales porque para ello es necesario acreditar, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios lo que no consta intentado en el presente caso, aun tratándose de daños morales."

¹³ Se trataba de un delineante que había sido nombrado en el año 2006 como funcionario interino por plaza vacante y había accedido a la misma procedente de la lista de espera constituida tras el correspondiente proceso de selección. Dicha plaza ya había sido incluida en la Oferta de Empleo Público de 2015 del Ayuntamiento. No se había producido una utilización abusiva de la contratación, a juicio de la Sala, porque el funcionario apelante continuaba desempeñando el puesto de trabajo en régimen de interinidad. No consta ningún cese ni nuevo nombramiento con dicho carácter, y no puede entenderse, en consecuencia, que hay nombramientos implícitos cada año, ni que se renueve el nombramiento. Las otras recurrentes habían sido contratadas laboral y temporalmente como auxiliares administrativos. Después fueron nombradas como funcionarias interinas por programas en 2007, nombramientos que fueron prorrogados hasta en 10 ocasiones, hasta septiembre de 2017. En ese año volvieron a ser nombradas funcionarias interinas por vacantes.

También en el mismo sentido se ha pronunciado la STSJ de Extremadura de 20 de mayo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. En este caso, los tres funcionarios interinos recurrentes habían sido nombrados para ocupar un puesto de trabajo vacante o desocupado por estar las titulares en comisión de servicio en otro puesto de trabajo en la Administración. Habían obtenido un único nombramiento y llevaban varios años desarrollando sus funciones sin solución de continuidad. No existía, pues, ninguna concatenación de nombramientos para el mismo puesto de trabajo sin causa alguna. Ha considerado que la Administración no ha actuado con abuso ni en fraude de Ley, pues en cuanto las plazas han quedado vacantes se han dado pasos tendentes a ser cubiertas por personal funcionario hasta que se había producido la incorporación del titular sustituido.

La STSJ de Cantabria de 7 de mayo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia núm. 134/2021, por citar otro ejemplo, ha interpretado que no había existido tal abuso al tratarse de nombramientos únicos y no de una concatenación de nombramientos o contratos temporales. Además, se daba la circunstancia de que la Administración había intentado proveer los puestos ocupados por las recurrentes en varias ocasiones y se habían convocado las plazas sin que las actoras hubieran superado el proceso selectivo. Faltaría así el supuesto de hecho de utilización abusiva por parte de un empleador público de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada.

En general, puede decirse que en estos supuestos de un único nombramiento no se ha considerado aplicable el sistema de protección del Acuerdo marco y se ha seguido la doctrina casacional que estableció la STS de 28 de mayo de 2020, al considerar que "el cese de un funcionario interino, **con una única relación de servicios**, no determina derecho a indemnización de 20 días por año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcionarial". En la mayor parte de las sentencias analizadas se tiene también en cuenta el comportamiento de la Administración.

En el mismo sentido, la STS de 19 de noviembre de 2020, sienta la base de que no todo nombramiento como interino prolongado en el tiempo implica, per se, el fraude en la utilización de esta forma de cobertura provisional de las plazas. Ha declarado que "el nombramiento de interinidad implica el desempeño de una plaza vacante cuando sea necesario atender las funciones propias del puesto hasta que se incorpore el titular o se amortice la plaza. Se está ante un **nombramiento continuado** y no un encadenamiento de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada", a los que alude la cláusula 5.1 del Acuerdo marco, luego no hay abuso si el cese se produce en las circunstancias antes expuestas".

3. La nueva doctrina fijada en la STS de 28 de junio de 2021, Sala Social: ¿fijación de un tiempo máximo?

Recientemente el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha cambiado su doctrina sobre esta materia para adaptarse a las nuevas exigencias que se derivan de la STJUE de 3 de junio de 2021 en el asunto IMIDRA. Nos referimos a la **Sentencia del**

pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021 (sentencia número 649/2021). Aunque va referida a la contratación laboral temporal en la Administración, no hay ninguna razón objetiva para que no acabe haciéndose extensible también a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta nueva doctrina fija el tope de 3 años para la ejecución de la oferta de empleo público y, en consecuencia, también para la duración del interinaje por plaza vacante.

Esta solución, que parece muy razonable, supone una importante novedad respecto del criterio seguido en la Sala hasta ese momento y que se refleja, entre otras muchas, en la STS de 9 de febrero de 2021, Sala Cuarta, de lo Social, que limitaba el plazo de 3 años fijado en el art. 70 del TREBEP exclusivamente para la ejecución de la oferta de empleo público, fijando la doctrina de que este precepto *"imponer obligaciones a las Administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos de interinidad por vacante, ni tampoco que este tipo de contratos tenga una duración máxima de tres años, plazo que viene referido sólo a la ejecución de la oferta de empleo público"*.

Como regla general, se han considerado fraudulentas aquellas relaciones en las que la Administración ha estado durante muchos años sin convocar la plaza vacante sin motivo ni justificación alguna. Estas situaciones constituyen un abuso de derecho en la contratación temporal en los términos del art. 7.2 del Código Civil que deslegitimaba el contrato inicialmente válido, que se desdibujaba al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo transcurrido, necesariamente se había incorporado al habitual quehacer de la Administración contratante. Ahora bien, la doctrina del Tribunal Supremo, tanto **de la Sala de lo Social como de la Sala de lo Contencioso-Administrativo**, había venido justificando estas irregularidades por las limitaciones de las leyes presupuestarias durante la crisis económica. La inactividad de la Administración para convocar los procesos selectivos no se debía a ningún comportamiento fraudulento porque la Administración estaba obligada a cumplir la norma (principio de legalidad de la actuación administrativa). Se debía precisamente a la paralización de las convocatorias públicas de empleo que ordenaron las leyes españolas para cumplir la normativa comunitaria, garantizar la estabilidad presupuestaria y dar así cumplimiento al *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012*.

Sin embargo, la STJUE de 3 de junio de 2021 ha supuesto un punto de inflexión en esta doctrina. Ha considerado que la crisis económica y las limitaciones de las leyes presupuestarias no justifican la inexistencia de medidas en nuestro Derecho para prevenir y sancionar los abusos de la contratación temporal, lo que ha obligado al TS a cambiar su doctrina, toda vez que, lo que antes justificaba el comportamiento de la Administración y evitaba considerar la existencia de un abuso, ahora ya no sirve para justificar la prolongada extensión de estos contratos temporales. Este mismo planteamiento debería ser válido para los nombramientos de funcionarios interinos por vacante.

Esta sentencia comunitaria ha llevado al Tribunal Supremo a reflexionar nuevamente sobre esta materia y a modificar su doctrina en unificación de doctrina, a través de la **Sentencia del pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021**

(sentencia número 649/2021)¹⁴. Como alega, técnicamente y en rigor, dado que, por definición, el contrato se extiende hasta que la plaza vacante que ocupa el interino sea cubierta por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, mientras esto no ocurra estaremos en presencia de un único contrato y, en ningún caso, de contratos sucesivos, salvo que el trabajador sea cambiado a otra vacante. Sin embargo, esta visión, que pudiera considerarse técnicamente correcta, no es, sin embargo, coherente con la propia finalidad del Acuerdo marco cuyo objetivo es, en todo caso, evitar los abusos en la materia.

Las reflexiones que ha realizado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a pesar de que están referidas al contrato laboral de interinidad, bien podrían aplicarse al ámbito de lo contencioso-administrativo: aunque se haya cumplido con todos los requisitos legales y se haya identificado correctamente la plaza cuya cobertura legal o reglamentariamente se pretende, vinculada al correspondiente proceso selectivo, no cabe duda de que *“una **duración excesivamente larga** del contrato de interinidad debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, expectativas que derivan de los **tiempos ordinarios** para la cobertura de la vacante que ocupa, y que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación. También el hecho de que los trámites administrativos para la cobertura de la vacante **se dilaten en el tiempo** de manera innecesaria. Circunstancias todas ellas que obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad”*.

Pues bien, el Tribunal es plenamente consciente de la utilización de términos jurídicos indeterminados que requieren de una interpretación por parte del operador jurídico. En buena lógica, y como punto de partida, considera que, **“salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga”**. Este plazo, además de ser coherente con el establecido para otras modalidades de contratos laborales, es el establecido en el art. 70 del TREBEP, que establece que las ofertas de empleo público deben ejecutarse en el plazo máximo de tres años. La

¹⁴ El contrato de interinidad por vacante es aquél que puede celebrarse para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Se trata de un contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización, en la medida en que su persistencia será la del tiempo que dure el proceso selectivo. En este caso, la Sala tiene en cuenta el contrato de interinidad celebrado por una empleada del Patronato de la Alhambra y Generalife de Granada que se había extendido desde el año 2009 hasta el 2017 como consecuencia de la inactividad de la Junta de Andalucía. La Administración tardó más de seis años en organizar y publicar un concurso de traslados para la cobertura de la plaza vacante. Al ser un concurso de traslados entre laborales fijos, entiende el TS que el proceso no tenía complicación alguna ni estaba afectado por las limitaciones de gasto público. No existe, por tanto, circunstancia alguna que pueda justificar la inactividad de la Administración durante tan amplio período de tiempo. Consecuencia de todo ello fue el reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo y, tras la extinción de su contrato, una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, con un máximo de doce mensualidades.

indicación de tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor.

IV. LAS CONSECUENCIAS DEL ABUSO DEL INTERINAJE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SU ADAPTACIÓN A LO PÚBLICO

Cuando se produce un uso abusivo de nombramientos de duración determinada es indispensable que nuestro ordenamiento reaccione y aplique alguna medida de protección efectiva del funcionario interino afectado, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. El Tribunal Supremo ha tenido en cuenta que, a falta de previsión legal al respecto, las medidas que se adopten no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

Con esta pretensión, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, fundamentalmente a raíz de su **sentencia de 26 de septiembre de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, sentencia núm. 1426/2018**, ha clarificado los efectos que debe tener el uso abusivo del interinaje para prevenirlo y sancionarlo. Esta sentencia es muy importante porque interpreta las soluciones jurisprudenciales apuntadas por una de las famosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, en concreto la del funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, asunto Castrejana-López, arquitecto municipal que había sido contratado laboralmente y después había disfrutado de varios nombramientos como funcionario interino para la ejecución de programas de carácter temporal. El TS anula parcialmente la STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, en la medida en que le había reconocido al recurrente el derecho a que su relación con la Administración fuera considerada a todos los efectos como indefinida no fija y a recibir una indemnización cuando, llegado el caso, se produjera su cese justificado.

Esta interpretación se ha realizado de forma creativa, aplicando la doctrina general sobre la validez de los actos administrativos y la responsabilidad patrimonial de la Administración, respetando los principios constitucionales que rigen el acceso a la Administración y el funcionamiento de la Administración pública y, al mismo tiempo, ponderando todos los intereses que pueden entrar en conflicto, la potestad autoorganizatoria de la Administración y fundamentalmente de los demás funcionarios de carrera y de los posibles opositores.

Esta doctrina ha puesto un freno a los intentos de "laboralizar" esta materia. Ha clarificado que el Derecho comunitario no impone necesariamente dar a los funcionarios el mismo tratamiento que da al personal laboral de la Administración, convirtiendo al funcionario interino en una especie de "funcionario indefinido". Dicha jurisprudencia ha sido reiterada en otros muchos pronunciamientos. Algunos de ellos han introducido algunos matices de interés, tal como después veremos.

Como resultado de esta labor interpretativa, las consecuencias que provoca el abuso de los nombramientos temporales en el ámbito funcional son las siguientes: el funcionario interino no adquiere la condición de funcionario de carrera, pero el acto administrativo de cese se considera anulable y, en consecuencia, no provoca ningún efecto jurídico. Ha considerado que tendrá que subsistir y continuar tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el artículo 10,1 TREBEP. Si el funcionario cubrió fraudulentamente necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, debe valorarse, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones que prestó, si procede o no la ampliación de la relación de puestos de trabajo de la plantilla. En caso de respuesta negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se dé alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas. La declaración de la plaza ocupada por el actor como estructural es un pronunciamiento que excede del ámbito de las medidas adecuadas para prevenir el abuso de la contratación temporal. Veamos con más detalle estas consecuencias.

1. La imposibilidad de convertir de forma automática al interino en funcionario de carrera (los principios constitucionales y las líneas rojas del modelo)

El Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de establecer la conversión automática de contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido, aplicando las soluciones que aporta para los laborales de la Administración. No exige necesariamente la mutación del funcionario interino en funcionario de carrera. Nuestra constitución establece unos principios rectores del acceso a la Administración y de toda su actividad que lo impiden. Como bien señala la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, huelga decir que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la figura del funcionario interino "fijo" como tampoco la del interino "indefinido no fijo". En consecuencia, ninguna base jurídica tiene, por tanto, la pretensión de que al personal interino de larga duración se le exima de someterse a unas pruebas objetivas de evaluación de sus conocimientos. Ahora bien, en este caso, la cláusula 5 exige que los Estados establezcan cualquier otra medida eficaz para prevenir y, cuando proceda, sancionar el abuso como consecuencia de la utilización sucesiva de los nombramientos irregulares, sin que estén obligado a aplicar en el sector público las mismas medidas

de protección que ha establecido en el sector privado (sentencias del TJUE de 7 de septiembre de 2006, Marrosu and Sardino, C53/04, apartado 49 y de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro).

También la Audiencia Nacional se ha pronunciado de forma rotunda en el mismo sentido. Podemos traer a colación, por citar tan solo algún ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, ante el ejercicio del derecho de petición del art. 29 de la Constitución y Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, que los médicos forenses interinos presentaron ante el Ministerio de Justicia y al Gobierno de España, en el que solicitaban el pleno reconocimiento de todos los derechos de los médicos forenses de carrera y que se les reconociera a cada uno de los solicitantes la condición de empleado público fijo, bajo los principios de permanencia e inmovilidad, o subsidiariamente, de empleado público indefinido al servicio de la Administración de Justicia, en aplicación de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco, con todos los efectos económicos inherentes. Como declara esta sentencia, en contra de las pretensiones de los funcionarios recurrentes, lo cierto es que el TJUE no exige forzosamente que los interinos se conviertan en funcionarios de carrera cuando se produce algún abuso. Como señala la sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021 (asunto C-760/18) remitiéndose a su anterior sentencia de 19 de marzo de 2020:

"La cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. No obstante, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada" (apartado 58).... Corresponde a los Estados miembros la facultad de apreciar si, para prevenir la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, recurren a una o varias de las medidas enunciadas en esta cláusula o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores" (apartado 64).

Ello es así porque la adquisición de la condición de funcionario de carrera sólo puede producirse tras la superación del correspondiente proceso selectivo, que es el instrumento o técnica que permite hacer efectivos los principios rectores del acceso a la Administración, esto es, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. La conversión automática resultaría también contraria al principio de eficacia que proclaman los puntos 1 y 3 del art. 103 de la Constitución y supondría un desconocimiento de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, que establecen el derecho fundamental de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a la función pública. Conviene recordar que la igualdad en el acceso es una dimensión específica del derecho a la igualdad de trato al ciudadano, que entronca directamente con las bases del Estado de Derecho y que constituye, desde la perspectiva institucional, uno de los fundamentos objetivos del orden jurídico (STC 302/1993, de 21 de octubre). Este principio se aplica a ambos colectivos de empleados, aunque se basan en títulos jurídicos distintos, el art. 14 de la Constitución, para el personal laboral, y el art. 23.2 de la Carta Magna para el personal funcional. Como ha reconocido la STC 236/2015, de 19 de noviembre, el art. 14 también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcional, con la

consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para el acceso que tengan carácter discriminatorio o que no vayan referidos exclusivamente al mérito y capacidad. Con base en esta argumentación, no cabría una transformación automática del funcionario interino en funcionario de carrera ni una novación del contrato laboral temporal en contrato fijo (que no indefinido) sin realizar el correspondiente proceso de selección.

Es más, incluso las pruebas restringidas a determinados colectivos de personal se han considerado contrarias a dicho principio, salvo que exista una justificación amparada en una situación excepcional y por una sola vez (STC 302/1993, de 21 de octubre y STC 86/2016, de 28 de abril, entre otras). Lo que sí permite la jurisprudencia constitucional es dar importantes ventajas a los interinos respecto del resto de opositores, pues ha amparado la posibilidad de beneficiar al personal temporal a través de la valoración como mérito -no como requisito- de los "servicios prestados" en la Administración, siempre que ello no sea lo determinante de la nota final (STC 107/2003, de 2 junio y STC 138/2000, de 29 de mayo, entre otras).

Como señala la STS de 28 de septiembre de 2020, es importante: *"... no olvidar que la consolidación o estabilización del empleo temporal no puede suponer, porque lo impiden los artículos 14 , 23.2 y 103.3 de la Constitución, convocatorias restringidas, ni la conversión en funcionarios de carrera de los que lo son interinamente, sino que han de conciliarse con el derecho de todos a acceder a la función pública"*.

En definitiva, la consecuencia del abuso del interinaje no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 del TREBEP (STS de 26 de septiembre de 2018).

2. Tampoco el personal estatutario eventual de los servicios de salud puede convertirse en personal indefinido ni en personal estatutario interino

La temporalidad en el sector público sanitario ha dado lugar a múltiples pronunciamientos judiciales que han ido perfilando los efectos de los abusos de la contratación en este ámbito. Ello resulta perfectamente lógico si tenemos en cuenta que el porcentaje de empleados públicos temporales en sanidad es altísimo por la propia naturaleza de los servicios que prestan y su naturaleza de servicio esencial e ininterrumpido. Se han analizado de modo particularizado los efectos que producen los abusos en el nombramiento del personal estatutario temporal que regula el art. 9 de la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante, Estatuto Marco)*, especialmente del personal eventual. El párrafo tercero regula con detalle las causas o supuestos de los nombramientos como personal eventual. A ellos puede recurrir la Administración sanitaria cuando se trate de prestar servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria; cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y

continuado de los centros sanitarios y para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

También está perfectamente delimitado cuándo se debe proceder a su cese: cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento y cuando supriman las funciones que en su día lo motivaron. Es más, la propia norma prevé cautelas para evitar que se pueda producir un abuso en estos nombramientos. En el caso de que se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. Es decir, desde un punto de vista teórico podríamos decir que existe un marco de regulación casi perfecto, que cumpliría las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo marco porque regula las causas del nombramiento, la duración máxima y las cautelas para evitar el abuso. Ahora bien, una cosa es la regulación, que puede ser plenamente respetuosa con las exigencias comunitarias y otra muy distinta que la Administración las respete, tal como se aprecia en las sentencias que hemos analizado en este trabajo.

Efectivamente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta materia, estableciendo la doctrina aplicable al caso. Ha rechazado reiteradamente la aplicabilidad de la figura de personal indefinido no fijo como solución para los supuestos de utilización sucesiva por las Administraciones Públicas de contratos o nombramientos de carácter temporal para atender necesidades permanentes o de carácter estructural. Igualmente, ha considerado que no procede reconocer al personal nombrado por tiempo determinado el derecho a ser indemnizado por su cese cuando este se acuerde por la Administración. Dicha doctrina está directamente condicionada, no sólo por los principios constitucionales rectores del acceso al empleo público, sino también por los principios que rigen la buena administración y la planificación en el ámbito de la Administración.

Podemos traer a colación las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 1425/2018 y 1426/2018, de 26 de septiembre, parcialmente estimatorias de los recursos de casación presentados sobre las consecuencias de la utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. En estos casos, constatada la utilización abusiva de los nombramientos con vulneración de lo dispuesto

en la cláusula 5.1 del Acuerdo marco, la solución jurídica aplicable "*no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*".

Esta solución es la más acorde con las exigencias de una planificación adecuada de los recursos públicos en los servicios de salud, bajo los principios de buena administración que vinculan a la Administración (art. 103.1 CE), ya que corresponde a la Administración

titular del servicio determinar, tras los estudios correspondientes, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión.

Esta solución constituye la doctrina inconcusa que se ha dictado al respecto para los abusos del nombramiento del personal eventual del art. 9.3 del Estatuto Marco. Dicha doctrina ha sido matizada y clarificada recientemente a través de la **STS de 23 de junio de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª**, que ha casado la STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2019 (Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo).

En el caso analizado en esta sentencia, la actora había sido contratada como personal estatutario temporal, en la categoría de Facultativo especialista, en el Área de Obstetricia y Ginecología en el Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña, de manera continuada desde julio de 2014, con sucesivas prórrogas para atender a necesidades estructurales. La sentencia confirmó sus pretensiones, dado que se habían ido sucediendo distintos nombramientos para prestar servicios siempre en el mismo centro hospitalario y para cubrir necesidades permanentes. En consecuencia, declaró que sus sucesivos nombramientos como personal eventual, celebrados sin solución de continuidad, lo fueron en fraude de ley, por lo que se le reconoció la condición de personal temporal indefinido del SERGAS, asimilado a interino, como solución disuasoria y proporcionada a la contratación fraudulenta de la que había sido objeto durante más de seis años. De esta manera, se le reconocía también su antigüedad y, al asimilarlo al interino, quedaba amparada ante posibles ceses, que sólo serían posibles de amortizarse el puesto o por cubrirse por los procedimientos legales¹⁵. Para llegar a esta conclusión, la Sala había tenido en cuenta la conocida jurisprudencia del TJUE, que exige al juez nacional que aprecie la concurrencia de fraude en la contratación e interpretar la cláusula 5.1 de la Directiva en el sentido de que es contrario a la misma que se reconozca un derecho al mantenimiento de la relación laboral a quienes han celebrado un contrato de trabajo con la Administración y hayan sido objeto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, pero no a los que hayan prestado servicios en régimen de Derecho administrativo, salvo que en el ordenamiento jurídico nacional haya una medida eficaz que sancione los abusos, lo que debe comprobar el juez nacional.

La STS de 23 de junio de 2021 aprecia su interés casacional para la fijación de doctrina porque el caso enjuiciado introducía algunos matices de interés respecto de su sentencia de 26 de septiembre de 2018. Ha estimado el recurso de casación interpuesto por el SERGAS contra la sentencia 471/2019, de 23 de octubre, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. A diferencia de lo que había ocurrido en sentencias anteriores, en este caso todavía no se había producido el cese de la actora como personal eventual. La actora permanecía prestando sus servicios en el SERGAS. Es decir, no había

¹⁵ El nombramiento del personal estatutario interino se expide solo para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. Su cese se produce cuando se incorpora el personal fijo tras la realización del correspondiente proceso selectivo o cuando se decida amortizar la plaza. El nombramiento de sustitución se realiza cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los periodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza. En estos casos, también de delimita con precisión cuándo se produce su cese, que requiere la reincorporación de la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

accionado contra la extinción de una relación de servicios que se considerara fraudulenta, ni la finalidad de la recurrente era obtener un pronunciamiento de condena al restablecimiento de la misma, sino que lo pretendido era meramente un pronunciamiento declarativo que impidiera a la Administración demandada adoptar decisión alguna extintiva¹⁶. En otras palabras, pretendía el reconocimiento de la condición de "indefinido no fijo". La sentencia recurrida había acogido esta pretensión, precisado que tal situación era "asimilada a interino"¹⁷ y, además, había estimado la pretensión de la recurrente de declarar judicial y directamente que la plaza que había venido ocupando la parte actora era "estructural".

No se discute que había existido abuso de la contratación temporal por los sucesivos nombramientos que, encadenados en el tiempo, han mantenido la vinculación de la actora con el SERGAS bajo figuras de personal de apoyo o de cobertura. Ahora bien, a juicio de del TS, ante dicha situación de abuso, la solución jurídica aplicable, máxime cuando todavía está vigente la relación de empleo como es el caso, no es la conversión del personal estatutario eventual de los servicios de salud en personal indefinido, aun con el matiz de no fijo, ni de indefinido asimilado a personal interino, como resuelve la sentencia recurrida, sino únicamente la continuación de la relación de empleo con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el artículo 9.3 de la Ley 55/2003. Igualmente, ante otros casos similares, ha insistido en que no procede reconocer el derecho a ser indemnizado por su cese cuando éste se acuerde por la Administración (STS de 17 de febrero de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, sentencia núm. 215/2021, ante la impugnación de una médica anestesióloga que había sido objeto de una concatenación de nombramientos desde el año 2012 a 2018 en el Complejo Hospitalario Universitario A Coruña.

3. El acto administrativo del cese es anulable y, en consecuencia, supone la continuación de la relación de empleo hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico

¹⁶ Algunas sentencias habían considerado que solo se puede examinar si existe abuso en la contratación temporal cuando el funcionario interino recurra el acto administrativo de cese, dado que no se puede considerar como abuso que los recurrentes permanezcan desempeñando ininterrumpidamente durante años sus funciones como percibiendo las mismas retribuciones, trienios y complementos que los funcionarios de carrera (sentencia de 7 de noviembre de 2017 del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 12 en el ejercicio del derecho de petición de los médicos forenses interinos).

¹⁷ El Auto del TJUE de 2 de junio de 2021 se ha pronunciado sobre la técnica que consiste en la transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos de personal estatutario interino, planteando cuestión prejudicial sobre la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, por la que se dictan instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos interinos por vacante del Servicio Madrileño de Salud. Ha considerado que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que reserva únicamente al personal estatutario eventual la facultad de obtener la transformación en personal estatutario interino, en el caso de que tal transformación constituya una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos como consecuencia de la sucesiva utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada, o una medida legal equivalente, conforme a dicha disposición, siempre que en el ordenamiento jurídico nacional existan otras medidas eficaces para prevenir y sancionar tales abusos respecto de los empleados públicos temporales que no tienen la condición de personal estatutario eventual, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

Esta es la principal consecuencia que la declaración de abusividad tiene para los funcionarios interinos: la subsistencia del vínculo. Según la doctrina del Tribunal Supremo, se trata de una sanción proporcionada al propio actuar de la Administración, toda vez que es igualmente lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco. Además, esta solución es la más acorde con las exigencias de una planificación adecuada de los recursos públicos bajo los principios de buena administración que vinculan a la Administración (art. 103.1 CE), ya que corresponde a la Administración titular del servicio determinar, tras los estudios correspondientes, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión.

Esta solución, que se apuntó en la STS de 26 de septiembre de 2018, es plenamente coherente con los principios del Derecho público. Permite armonizar la protección del empleado con los principios constitucionales, con la potestad autoorganizatoria y con las expectativas de los posibles opositores. En la medida en que esta solución no supone la estabilidad ni la permanencia en el empleo público al margen de las exigencias constitucionales, no supone un perjuicio para potenciales aspirantes legítimos a los procesos selectivos.

Declarado el abuso, la relación de empleo del funcionario no debe tenerse por finalizada, toda vez que *“la resolución del cese carecería de la motivación exigible por expresar una causa que, a la luz de las actuaciones, no puede tenerse por verdadera o cierta en sentido jurídico”*. La Sala aplica la doctrina general sobre los elementos del acto administrativo y su validez. Dicho acto (la resolución que acuerda el cese del interino) *“no serviría al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita. Es esto, la adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de esa potestad, lo que integra uno de los elementos objetivos de aquél, constituyendo su causa en sentido técnico. Elemento objetivo que cabe ver en el inciso final del art. 53.2 (“El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”) de la Ley 30/1992, entonces en vigor. Su ausencia jurídica, por inadecuación a dichos fines, arrastra de por sí la falta de motivación del acto administrativo. En consecuencia, aquella resolución incurrió, así, en un supuesto de anulabilidad, el del art. 63.1 de dicha Ley, en relación con los arts. 53.2 y 54 de la misma”*.

Es decir, el acto administrativo por el que se acuerda el cese sería anulable porque no se ajusta al ordenamiento jurídico ni es adecuado a los fines que persigue (art. 34.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común). No cumpliría el elemento teleológico, la finalidad que persigue el acto, lo que afectaría directamente a su motivación. Desde esta perspectiva, el acto administrativo del cese carecería de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin (art. 48.2 de la dicha Ley).

Como consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo, el cese acordado deja de producir efectos jurídicos, lo que se traduce en la subsistencia de la relación de empleo. El funcionario se reincorpora nuevamente a la Administración, pues debe continuar ejerciendo las funciones y tareas del puesto, con los derechos profesionales y económicos que le son propios, hasta que la Administración (en el caso de autos, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz) cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico. Este precepto básico al que se refiere el Tribunal es el art. 10.1 del

TREBEP. Esta medida es la única que, además de ser proporcionada a la actuación de la Administración, es lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco. El Tribunal explica que si el único efecto de la irregularidad de los nombramientos consistiera en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, la medida no sería lo bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización.

Esta solución expresa la misma filosofía integradora de dos ordenamientos diferentes, el laboral y el administrativo, que en su día inspiró la creación jurisprudencial de la figura del empleado indefinido no fijo, que es más respetuosa con el principio de igualdad que la declaración de fijeza. Supone una traslación de aquella solución al ámbito funcionarial. Dicho principio resulta malparado si alguien puede acceder a un puesto público sin ser objeto de un procedimiento de selección objetivo, pues se le privilegia frente a los demás ciudadanos. La reincorporación del funcionario interino a su puesto de trabajo es una sanción para la Administración como empleadora que también beneficia al interino porque le proporciona ventajas como el disfrute de un empleo y unas remuneraciones públicas por tiempo indeterminado, además de una mejor posición real para acceder a la cobertura definitiva de la vacante por el procedimiento reglado, toda vez que conseguirá más experiencia y más méritos para concurrir a un posterior concurso-oposición.

La interpretación que ha realizado nuestro TS ha tomado en consideración los principios constitucionales que impiden la conversión del interino en funcionario de carrera, impidiendo así que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución. Y ello es así porque, tal como señalaron los Autos del Tribunal Constitucional 364/1991, de 10 de diciembre, y 124/2009, de 28 de abril, las irregularidades de la contratación tienen un alcance distinto en el sector privado y en el sector público, en la medida en que la presencia de una Administración pública es, por sí mismo, un factor de diferenciación relevante en consideración a su posición constitucional y a la necesidad de someterse a los principios constitucionales que rigen su actuación (art. 103.1 CE) y la selección de su personal (arts. 14 y 103.3 CE).

4. La Administración debe realizar una reflexión organizativa sobre de su plantilla

Si la Administración incumple el carácter forzosamente temporal que caracteriza al funcionario interino es dable entender que ello se hace para cubrir funciones permanentes y estables de la organización y no temporales o provisionales. Por ello, la Administración debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a dichas funciones en concreto, si procede o no el incremento de la plantilla, con las consecuencias ligadas a la decisión que se adopte en la correspondiente relación de puestos de trabajo (RPT). De resultar negativa dicha reflexión organizativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, *"ha de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se dé alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente deban prestar tales funciones"*.

Cuando se trata de nombramientos como personal estatutario eventual, la respuesta viene más claramente definida por el legislador, que obliga a la Administración a realizar un estudio de si procede la creación de una plaza estructural de plantilla en el centro si se realizan más dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo de dos años. Lo que no cabe es que el juez sustituya directamente a la Administración en este análisis y decida declarar que ese puesto es estructural. El art. 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, prohíbe que los jueces y tribunales puedan determinar en sus sentencias el contenido discrecional de los actos anulados.

5. Cabe la posibilidad de reconocer un derecho indemnizatorio, pero solo dependiendo de las circunstancias singulares del caso

Uno de los aspectos más problemáticos que plantea el abuso en los nombramientos es la determinación de si el funcionario interino tiene derecho a una indemnización cuando se produce su cese, toda vez que se ha reconocido dicho derecho a los empleados laborales temporales de la Administración cuando se produce su despido. La respuesta que se ha dado por parte de la jurisdicción social y la contencioso-administrativa difiere en este punto. La doctrina del Tribunal Supremo ha descartado la aplicación de las indemnizaciones propias de la relación laboral, aunque ello no impide que el funcionario afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales pueda tener derecho a una indemnización, pero este reconocimiento dependerá de las circunstancias singulares del caso y debe ser alegado, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso¹⁸.

Sobre este asunto se ha pronunciado la jurisprudencia comunitaria en múltiples ocasiones. En algunos pronunciamientos se ha extendido desproporcionadamente, a mi juicio, la figura del "trabajador fijo comparable" que define la Directiva y se ha comparado al funcionario interino, no con un funcionario de carrera, sino con un trabajador laboral con contrato indefinido, sin tener en cuenta que se trata de colectivos distintos que se hallan sujetos a marcos jurídicos diferenciados, de derecho público en el caso de los funcionarios y de derecho privado en el caso del personal laboral.

En todo caso, aclarar este aspecto es esencial para determinar si se pueden constituir situaciones comparables mezclando figuras que pertenecen a marcos jurídicos distintos. En rigor, la situación del funcionario interino solo puede compararse con la del funcionario de carrera y entre ambos tipos de funcionario (interino y de carrera) no se produce discriminación alguna porque nuestro ordenamiento funcional no prevé ningún tipo de indemnización cuando se extingue la relación funcional, a diferencia de lo que ocurre con el ordenamiento laboral. Como acertadamente ha apuntado la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona, de 19 de

¹⁸ El Auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, ha admitido a trámite el recurso de casación al considerar que tiene interés casacional objetivo determinar si resulta procedente reconocer en casos de cese del personal interino, una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, por entender que se ha producido una utilización fraudulenta.

abril de 2021, sentencia núm. 127/2021, no se permite la técnica del "espigueo", eligiendo entre las normas laborales y las de función pública según convenga, pues no se puede pretender, en un régimen estatutario, utilizar previsiones de diversos sistemas para configurar una ordenación a la carta eligiendo, según el momento, lugar y circunstancias, las normas que se consideren más convenientes, construyendo un sistema diferente a los previstos y establecidos en nuestro sistema jurídico. Así lo han considerado, entre otras muchas, la sentencia del Juzgado contencioso-administrativo núm. 2 de Murcia, de 21 de septiembre y del Juzgado contencioso administrativo núm. 2 de Santiago de Compostela en su sentencia núm. 152/2017, de 5 de mayo.

El Derecho comunitario no impone a los Estados miembros sancionar el abuso con una indemnización, ni siquiera cuando ella se prevé para los trabajadores del sector privado. En este sentido se pronunció la STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro, en el caso de Italia. Recuerda el Tribunal que no existe una obligación legal de convertir los contratos de duración determinada en contratos indefinidos para los trabajadores de la administración pública, toda vez que deben superar un concurso público correspondiente para poder convertirse en trabajadores indefinidos. Aunque se había planteado en la cuestión prejudicial la conveniencia de conceder también a los empleados públicos una "compensación por la pérdida de oportunidades", similar a la de los trabajadores del sector privado, la Sala no considera que ello vaya en contra del Acuerdo marco, pues existen otras medidas de sanción equivalentes y efectivas en el ordenamiento italiano.

Dirá que la cláusula 5 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que *"no se opone a una normativa nacional que, por una parte, no sanciona el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada mediante el pago al trabajador afectado de una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación laboral de duración determinada en una relación de trabajo por tiempo indefinido pero, por otra parte, prevé la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente"*.

Mucho más clarificadora resultó en este sentido la **STJUE de 22 de enero de 2020, en el asunto C-177/18, Baldonado Martín y el Ayuntamiento de Madrid**, referida ya al ordenamiento español. Se trataba de una funcionaria interina que había desempeñado durante más de 7 años sus funciones de jardinera, en el mismo puesto de trabajo, de forma constante y continuada, siendo estas funciones idénticas a las realizadas por otros trabajadores de jardinería del Ayuntamiento, por lo que pretendía también la aplicación analógica de la indemnización que correspondería en casos similares al personal laboral de su Administración. El Tribunal, no obstante, parte de la base de que la comparabilidad del funcionario interino ha de hacerse con el funcionario de carrera de esa Administración y no con su personal laboral. Por ello, concluye que la cláusula 4 del Acuerdo Marco "no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera

cuando se extingue la relación de servicio, mientras que prevé el abono de una indemnización al personal laboral fijo cuando finaliza el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva y que:

"Los artículos 151 TFUE y 153 TFUE y la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización cuando finaliza el contrato de trabajo".

A pesar de ello, también han sido muchas las sentencias que habían mantenido la interpretación opuesta y habían extendido también a los funcionarios interinos el derecho a una indemnización cuando se producía su cese. Buena muestra de ello es la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de A Coruña, de 30 de julio de 2017, o la sentencia núm. 202/2017, de 17 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Barcelona, que habían declarado el derecho del actor, funcionario interino, a percibir una indemnización de 20 días por año trabajado o la STSJ de Castilla y León (sede en Burgos) de 21 de mayo de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, que condenó a la Administración a abonar una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio prestado (10.764,08 euros) por el cese del funcionario interino destinado en el Centro de Depósito de Aguas del Ayuntamiento de Segovia.

La línea jurisprudencial señalada por nuestro TS a partir de su sentencia de 26 de septiembre de 2018 niega la indemnización al considerar que una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso no sería lo bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización. Aun así, y aunque la ley no prevea ningún tipo de indemnización, el TS no descarta por completo que ésta pueda darse si se dan los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Así, por ejemplo, en la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, los funcionarios recurrentes solicitaban, además de su conversión en funcionarios de carrera, una indemnización de 18000 euros como sanción para la Administración, que es negada por la Sala. En general, se admite un posible derecho a indemnización, aunque no por traslación de lo previsto en el ámbito laboral. Dicha indemnización depende de las circunstancias singulares del caso. En el caso analizado por la sentencia se había pedido la indemnización a tanto alzado, sin probar lesión de ningún tipo ni cuantificar el daño producido en quienes seguían incluso desempeñando funciones como funcionarios interinos del Ayuntamiento de Madrid. También ante un caso similar la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª ha negado la indemnización al entender que, en la actualidad, el funcionario continuaba ocupando el puesto para el que fue nombrado en 2001 de forma interina, por lo que el actor obtiene así suficiente resarcimiento, sin perjuicio de que la Administración deba terminar con la situación de abuso y convocar las correspondientes pruebas selectivas.

En este sentido, resulta también clarificadora **la STS de 21 de julio de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª**, que ha casado la sentencia núm. 202/2017, de 17 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Barcelona. Ha sentado la doctrina de que la legislación española sobre función pública, que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, no se opone a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE.

El asunto que motivó este pronunciamiento fue la solicitud de una funcionaria interina del Ayuntamiento de Llinars del Vallés. Cuando fue cesada como policía local, tras prestar más de 11 años de servicio, solicitó que se le abonaran las retribuciones que estimaba procedentes tras su cese, que se produjo como consecuencia de la cobertura por procedimiento reglamentario de la vacante que venía desempeñando. La indemnización solicitada ascendía a 20.398,88 euros, cantidad equivalente al despido objetivo. Dicha petición se hacía al amparo de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (Sala Décima, asunto C-596/14, Diego Porras) y de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16 (TJCE 2018, 65), caso Lucía Montero, relativa al derecho a indemnización por cese en la contratación. El Ayuntamiento presentó recurso de casación al considerar que la sentencia había infringido las cláusulas 3, 4, 5 de la Directiva y las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/2014, (caso Diego Porras), asunto C-16/2015 (TJCE 2016, 107), (caso María Elena Pérez López contra el Servicio Madrileño de Salud), así como la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2013, asunto C-178/12 (caso Rivas Montes).

En la resolución del caso, el TS tiene en cuenta la naturaleza de las funciones del policía local, que están reservadas a los funcionarios públicos porque implican el ejercicio de autoridad (art. 9.2 del TREBEP, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y art. 92.2 de la Ley 7/1985 de Bases de régimen local). En la medida en que el personal laboral no podría desempeñar el puesto que ha ocupado la actora hasta su cese, tiene un estatuto jurídico que no permite calificarlo de "comparable", a los efectos de la cláusula 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que incorpora como anexo la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999. Asimismo, tiene en cuenta que la funcionaria solo ha tenido una única relación de servicios, que se ha extendido durante más de once años y que su cese se ha producido por un hecho establecido en la legislación funcionarial, esto es, por la ocupación de la plaza por el funcionario que superó las pruebas selectivas a las que, también concurrió la actora, si bien no las superó.

Todo ello le permite concluir que el hecho de que la normativa funcionarial (TREBEP) no prevea el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, mientras que prevé el abono de una indemnización al personal laboral fijo cuando finaliza el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva, no es contrario a lo dispuesto en la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo marco recogido en la Directiva 1999/70. Así, además, lo declaró también la *STJUE de 22 de enero de 2020, asunto C-177/18, Baldonado Martín*, referida

a un puesto de jardinería desempeñado por un funcionario interino, que no está sometido al principio de reserva a funcionarios que impone.

Es decir, el puesto de jardinero podría perfectamente haber sido ocupado mediante contratación laboral, pero no es ese el dato relevante. La doctrina comunitaria no analiza la naturaleza jurídica de las funciones realizadas por el empleado público, sino estrictamente si la formalización de su relación con la Administración se ha producido bajo el paraguas del Derecho público (nombramiento como funcionario) o del Derecho privado (contratación como personal laboral). En este caso, a mayor abundamiento, la reserva del puesto de policía local a los funcionarios de carrera despeja toda duda de que la relación es necesariamente funcional y, por consiguiente, no existe término "empleado comparable" a los fines del Acuerdo marco. La comparación entre empleados ha de hacerse sometiéndose al mismo régimen jurídico. No se permiten soluciones cruzadas, que aplican a los funcionarios interinos el régimen aplicable al personal laboral de la Administración.

En definitiva, el Derecho comunitario no exige que la legislación funcional prevea indemnizaciones por cese para los funcionarios interinos, aunque los prevea para el personal laboral temporal cuando finaliza el contrato de trabajo. Ahora bien, ello no significa que no se pueda reconocer un derecho a la indemnización para el funcionario irregularmente nombrado. Así lo ha reconocido la STS de 26 de septiembre de 2018, que ha interpretado que, de entrada, no cabe negarlo, aunque todo dependerá de las concretas circunstancias del caso. Nos proporciona algunas orientaciones básicas para ejercitar esta pretensión.

Este derecho debe solicitarse en el mismo proceso en el que se declara la existencia de la situación de abuso y ello requiere que el actor:

- a) Hubiera invocado en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados. Dichos daños deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas "equivalencias", con otras relaciones laborales o de empleo público.
- b) Hubiera acreditado, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo pudiera quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Ello es así por la propia configuración del proceso contencioso-administrativo, toda vez que el art. 31.2 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, a la hora de establecer las pretensiones de las partes, prevé que el demandante además de la anulación del acto, pueda solicitar el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda¹⁹. El funcionario no debe acudir a un proceso

¹⁹ La cuestión relativa al plazo para el ejercicio de la acción también presenta problemas. De hecho, el Auto del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) ha admitido a trámite el recurso de casación por considerar que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las cuestiones siguientes: primera, si de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de

distinto de aquél en que se declara el abuso para pretender, también, el reconocimiento de un derecho indemnizatorio²⁰.

Esta es la interpretación que ha realizado el TS de la jurisprudencia comunitaria para sancionar los abusos del interinaje, aunque nada impide que el legislador pueda hacer tábula rasa y extender el mismo tipo de compensación económica para todos los funcionarios que se sometan a un proceso de estabilización de empleo público y no superen el proceso selectivo. Se ha previsto una compensación económica para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización. Esta compensación económica será equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. Asimismo, el funcionario también tendrá derecho a la indemnización a partir del cese cuando se incumpla el plazo máximo de permanencia (disposición adicional decimoséptima del ***Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público***).

6. La declaración de un puesto de trabajo como estructural excede de las medidas para prevenir el abuso de la contratación temporal

Así lo ha considerado también la STS de 23 de junio de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, armonizando los también las potestades organizativas y de planificación de la Administración con las exigencias comunitarias para responder a los abusos de la contratación. La sentencia gallega sobre la que se pronuncia la Sala había estimado las pretensiones de la recurrente y, dado que había desempeñado sus funciones durante varios años en el hospital, declaró que la plaza que había venido ocupando la parte actora era "estructural". Había considerado que el art. 9.3 del Estatuto Marco solo dudosamente satisface los estándares de protección que viene exigiendo la jurisprudencia comunitaria, toda vez que dicho precepto se limita meramente a obligar a la Administración a estudiar las causas que motivaron los nombramientos para

2016, dictada en el asunto C-596/14, el cese de un funcionario interino tiene o no derecho a indemnización. Y, segunda, en el caso de ser aplicable el plazo de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, la determinación del cómputo del plazo de prescripción en los casos de ceses no impugnados.

En lo que ahora interesa, se ha señalado que la viabilidad de la acción de responsabilidad requiere de su interposición en el plazo legalmente fijado y que este plazo es el previsto en general para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Su cómputo comienza, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, por lo que, en el caso de autos, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del TJUE que permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. Este criterio jurisprudencial, de que el régimen de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados por la aplicación de normas declaradas inconstitucionales o contrarias a Derecho de la Unión Europea, ha sido introducido por los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, art.32 y 34, que prevé expresamente que la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad o infracción del Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la publicación en el BOE o DOUE. Ello aboca al problema de determinar cuál es la sentencia del TSJUE que ha declarado norma nacional aplicable al caso contraria al Derecho de la UE o acto anulado, teniendo en cuenta que los ceses no fueron impugnados.

²⁰ En el caso analizado en la sentencia concluye que no procede reconocer derecho indemnizatorio alguno, distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, pues la sentencia de instancia: a) niega que en la demanda se concretasen los daños y perjuicios para así poder ser objeto de plena contradicción por la demandada; y b) reconoce, sin concretarlo, un derecho indemnizatorio de futuro, en el momento del cese, que el Tribunal entiende improcedente por las razones expuestas.

valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. Ni hay obligación jurídica de crearla ni derecho alguno del personal eventual a ocuparla si la Administración decidiera crearla.

A juicio del Tribunal Supremo, no obstante, la declaración de la plaza ocupada por la actora como estructural es un pronunciamiento que excede del ámbito de las medidas adecuadas para prevenir el abuso de la contratación temporal, máxime cuando la Administración recurrente había acometido, a través del plan de estabilidad del empleo y provisión de plazas de personal estatutario del Servicio Gallego de Salud 2017-2018, la consolidación de determinadas plazas como la ocupada por la actora, con aplicación, por tanto, de la solución prevista en el artículo 9.3 de la Ley 55/2003. En el mismo sentido se habían pronunciado ya las STS 1427/2018, de 26 de septiembre, la 1557/2020, de 19 de noviembre, la 1532/2020, de 17 de noviembre y la 1202/2020, de 24 de septiembre.

El abuso tiene como consecuencia la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3 del Estatuto Marco, pero no la declaración de una plaza como estructural.

A MODO DE CONCLUSIÓN

En los últimos años se han hecho algunas modificaciones en el TREBEP para determinar con mayor precisión los supuestos que habilitan a la Administración para el nombramiento de los interinos (interinos por programas e interinos por acumulación de tareas) y se han fijado medidas importantes para evitar que el nombramiento de interinos por vacante se prolongue en el tiempo. Para ello se ha establecido la obligación de la Administración de convocar las plazas vacantes y se ha fijado la duración máxima para la ejecución de las convocatorias (artículos 10 y 70 del TREBEP). Sin embargo, la experiencia demuestra que estas medidas, que son plenamente compatibles con la cláusula 5 del Acuerdo marco, no son suficientes si la Administración no las cumple, ya sea por simple inactividad o ya sea porque se lo impiden las propias leyes de presupuestos a través de la fijación de rigurosas tasas de reposición de efectivos.

Este aspecto es muy importante para enfocar correctamente el problema. De poco sirve tener un marco legal adaptado a las exigencias comunitarias si después la propia Administración lo incumple y ello no es sancionado adecuadamente por los jueces y tribunales. Ello sugiere tal vez la necesidad de establecer, además del marco legal, posibles sanciones para los responsables del incumplimiento y una especial formación -o utilización de otras vías- que garanticen un cambio de cultura en esta materia, el conocimiento y la comprensión de este aspecto para todos los actores implicados. De esta manera, sancionando a las personas concretas que han sido responsables de la falta de realización de los procesos selectivos o que no han realizado todas las medidas para llevarlos a cabo, se puede compatibilizar la sanción comunitaria al empleador con los principios del Derecho público que rigen el acceso a la



Administración. Esta medida sería menos gravosa para el interés general que la conversión automática del interino en un funcionario de carrera.

La reciente aprobación del **Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público**, aborda por vez primera en nuestro ordenamiento funcional una regulación más extensa y profunda de esta cuestión. Con esta norma, que no nos corresponde ahora valorar porque ha sido objeto de la primera ponencia del seminario, se han establecido medidas legales más efectivas para evitar y sancionar el abuso en sus nombramientos. A partir de ahora, es previsible que se introduzca algún cambio importante en esta línea jurisprudencial en los próximos meses, especialmente en materia de indemnización y en la medida en que se vaya aplicando el Real Decreto Ley. Mientras tanto, está siendo tramitada en las Cortes Generales como proyecto de ley. Habrá que esperar a que se apruebe la ley para ver el escenario final.

2a

sessió

26/10/21

El canvi en matèria de selecció a les administracions locals.

Mikel Gorriti i Bontigui, responsable de Recursos Humans de la Direcció de la Funció Pública del Govern basc.

El tractament jurídic de les tècniques de selecció de personal.

Federico Castillo-Blanco, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Granada.

El règim jurídic del personal directiu després de la reforma de l'article 306 de la LMRLC i el seu impacte sobre els directius "eventuals".

Rafael Jiménez Asensio, catedràtic acreditat de Dret Constitucional i consultor de les administracions públiques.

El cambio en materia de selección en las administraciones locales.

Autor: Mikel Gorriti Bontigui.

Responsable de Recursos Humanos. Dirección de Función Pública

Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno

Gobierno Vasco.

Resumen

Últimamente se escribe mucho sobre la necesidad de repensar el acceso a las administraciones públicas (AAPP). Casi todas las personas que se aventuran en esta difícil tarea tienen claro el diagnóstico: excesivamente memorísticas e injustas (falsos negativos), pero, a mi juicio, adolecen de una visión sistémica, profesional y científica de los conceptos y criterios necesarios para su solución. Este escrito parte de la premisa de que toda selección en las AAPP debe cumplir dos valores: eficacia: *hacer bien lo que hay que hacer* e igualdad: *personas con las mismas posibilidades tienen las mismas probabilidades*. Y hacerlo bajo los modelos de *porque tiene, hará* (perfil) y *porque hizo, hará* (modelo de generalización), a decidir según la tipología de las personas candidatas y la coyuntura selectiva. También apoyándose en la investigación demostrada en relación con la *validez predictiva* de las pruebas necesarias teniendo siempre a la predicción del desempeño o su aprendizaje como el criterio último de decisión.

Palabras clave: demografía y selección, complejidad y selección, modelo selectivo, perfil, fiabilidad, validez predictiva, herramientas selectivas, pruebas psicométricas, pruebas prácticas, entrevista conductual estructurada, decisión selectiva, metanálisis, controles selectivos, igualdad.

Sumario: 1. Elementos de la convocatoria; 2. El modelo selectivo; 3. Diseño del proceso selectivo; 4. La decisión selectiva; 5. Controles posteriores del proceso;

1. Elementos de la convocatoria.

Este apartado pretende identificar los condicionantes organizativos y coyunturales de las convocatorias de procesos selectivos de acceso. Organizativos en función de las necesidades de RRHH de cada convocatoria, y coyunturales en función de las realidades demográficas y geográficas de las mismas. Estas decisiones son trascendentes y previas para decidir el modelo selectivo y, por ende, el proceso de selección. No siempre las AAPP son libres a la hora de decidir estos temas, ni siempre sus necesidades se pueden solventar por convocatorias libres de estos condicionantes. La selección para el acceso debe ser acorde con las necesidades de la propia organización pública en primer lugar, pero también debe estar adaptada a las realidades y características de la población a la que se oferta.

- a. A grupo, cuerpo, escala, puesto o tareas. Criterios de decisión en función de la convocatoria.

La administración convocante debe decidir el nivel de abstracción de su objeto de predicción. En última instancia este siempre es el desempeño eficaz, pero a él se puede llegar de varias maneras y todo empieza en la realidad organizativa convocada. Así, el mayor nivel de abstracción posible se refiere al Grupo. Tradicionalmente y sancionado por el TREBEP (2015) las AAPP se organizan en cinco grupos: A1, A2, C1, C2 y AP (Agrupaciones Profesionales). En realidad, y desde el punto de vista de eficacia selectiva (calidad de la predicción) existen solo tres niveles de abstracción concluidos por la posibilidad de diferenciar la complejidad implicada en las ejecuciones y por la irrupción de la automatización de los procesos rutinarios. Así solo existen complejidades técnicas (altas) más o menos ausentes de automatización (por ahora), labores de auxilio administrativo con relación directa con la ciudadanía, y niveles de complejidad baja propia de labores de mantenimiento, traslados y labores menores no automatizadas. Excepto en puestos de auxilio administrativo sin rutinas propios de la relación con la ciudadanía y las labores de las agrupaciones profesionales donde sí es posible niveles de abstracción más bajos, seleccionar para el Grupo A1 (el grupo A2 tiende a desaparecer...) lleva implícito un modelo selectivo muy polivalente donde será necesaria una formación selectiva diferenciada en función de los destinos posibles tras la Oferta de Empleo Público (OEP), o temarios excesivamente amplios de los que este trabajo pretende huir. Según esto, este documento solo contempla la

selección a Grupo en el caso del Grupo A1 con posteriores periodos formativos selectivos y para realidades organizativas muy polivalentes. No lo contempla para los Grupos C1 (el grupo C2 por la automatización tiende a desaparecer) ni para las agrupaciones profesionales de baja complejidad donde aspectos distintos a los conocimientos y las destrezas deben ser los contenidos de la medida (aptitudes y personalidad).

Este trabajo entiende los Cuerpos como la agrupación de personas en función de sus titulaciones. Cuerpos Generales difícilmente diferenciables de lo expuesto más arriba en relación con la selección al Grupo A1 y Cuerpos Específicos constituidos por titulaciones únicas o muy cercanas sin más probatura, o por profesiones reguladas. Siempre que se haga selección a cuerpos deberá haber una formación selectiva diferenciada en función de destinos posibles y vacantes tras la OEP. En estos casos el objeto de la predicción de la OEP será el aprendizaje y superación de dicho periodo formativo.

Este documento entiende las Escalas como la agrupación de puestos surgida de la polivalencia por conocimientos comunes. Para generar esta realidad organizativa será necesario disponer de los conocimientos de cada puesto fruto de procesos de análisis de puestos de trabajo (APT) y procesos de agrupación que identifiquen distancias formativas entre ellos (clústeres). En estos casos también deberá haber una formación, quizás no selectiva, diferenciada en función de destinos posibles y vacantes tras la OEP. En esta selección comenzarán a tener importancia las pruebas prácticas sobre destrezas básicas y propias de cada escala convocada.

La selección a puesto debe partir de los conocimientos y destrezas necesarios para desempeñar las tareas más relevantes del mismo. Este conocimiento será condición necesaria para el diseño del proceso selectivo y deberá partir de procesos previos relevantes y fiables de APT. Las OEP para puestos de trabajo asegurarán los conocimientos básicos necesarios para el desempeño de las tareas más relevantes del puesto convocado. En función de la población presentada a las OEP y de sus conocimientos o experiencias previas adquirirán especial importancia la formación selectiva o las pruebas prácticas en el caso de presentarse, también, personal interino. Si por cualquier coyuntura no hubiera periodo formativo selectivo, adquirirán especial

importancia las pruebas selectivas que deberán ser fieles a los desempeños relevantes del puesto convocado (pruebas prácticas y entrevistas).

La selección a tareas en OEP este documento solo la contempla para personal laboral en el caso de convocatoria externa y en el caso de funcionarios como procesos selectivos internos para proyectos coyunturales, temporales, o para estructuras adhocráicas. En estos procesos adquieren especial importancia las pruebas prácticas y las entrevistas conductuales estructuradas basadas en comportamientos laborales relevantes identificados por procesos de análisis de puestos o de prospectiva en el caso de ser tareas nuevas. Dichos comportamientos laborales deberán ser el objeto de la medida por encima de las aptitudes y los conocimientos. Y su constatación la razón única de la predicción.

b. Coyuntura la convocatoria.

Toda convocatoria de OEP se inserta en una coyuntura política, social y demográfica. Si bien la primera no debería ser especialmente condicionante más allá de la legitimación que las urnas pueden dar al rediseño organizativo previo a la gestión planificada de vacantes, sí lo son las realidades sociales y demográficas de la población destino de la convocatoria. Saber o estimar por datos o indicadores el número de personas susceptibles de presentarse, sus rangos de edad, sexo, origen geográfico, demográfico y cultural, en una sociedad cada vez más diversa puede influir, de hecho, debería hacerlo, a la hora de diseñar el proceso selectivo. Así, en la era de las tecnologías de la comunicación, convocatorias masivas con orígenes geográficos distantes puede llevar a considerar procesos de selección *online* lo cual condiciona el tipo de pruebas susceptibles de ser parte de dichos procesos (conocimientos en formato tipo test; aptitudes, etc.) siempre que se asegure la fiabilidad de las respuestas. También la edad porque medias altas suelen ser propias de convocatorias a escalas o a puestos técnicos donde un curso de formación posterior selectivo puede ser menos indicado (dificultad de aprender por edad). Y edades medias bajas suelen ser para convocatorias de alta polivalencia (grandes temarios y pruebas psicotécnicas) o baja complejidad (auxilio administrativo o agrupaciones profesionales). Para ninguna de estas dos últimas es aconsejable el uso de entrevistas conductuales. Las únicas que este documento propone. En definitiva, variables demográficas y geográficas pueden condicionar el diseño selectivo o

matizarlo en orden a que este sea más eficaz: supere el azar y disminuya los falsos positivos y negativos.

Todas estas consideraciones quedan matizadas por la presencia de candidatos que prestan (interinos/as) o han prestado servicios en las administraciones públicas, la convocante u otras. El hecho trascendente aquí es que estas personas forman parte o lo han hecho en algún momento de la cultura de la administración y, más importante, tienen experiencia previa; tienen destrezas en los desempeños que se pretende predecir. Desde un punto de vista estrictamente técnico este hecho debería condicionar el diseño selectivo que debería decantarse por una convocatoria a puestos pues en ellos se han generado dichas destrezas. Sin embargo, la eficacia no es el único valor de la selección, también lo es la igualdad (23.2. de la CE) por lo que este valor puede transgredirse si se diseñase el proceso selectivo solo para demostrar dichas destrezas en lo que suele llamarse “procesos de consolidación”. Por otro lado, este tipo de personas con experiencia suelen ser de edades medias o altas lo cual también condiciona el diseño selectivo (dificultad de memorización de grandes temarios). Así, jugar con convocatorias a escalas con formación no selectiva o a puestos que den gran valor a pruebas prácticas es un equilibrio difícil que cada administración debe tener en cuenta a la hora de diseñar su proceso selectivo. También lo es el equilibrio entre las fases de oposición y concurso. Y en este último, las titulaciones o acreditaciones que forman parte de la convocatoria o se excluyen.

c. El Perfil.

El perfil de un puesto de trabajo (es difícil concretar perfiles para cuerpos o escalas) es un conjunto de determinantes del desempeño que al poseerlos en mayor o menor medida predicen que las personas harán las tareas de modo eficaz. El perfil está constituido por cuatro elementos:

- *Aptitudes*: Se refiere a capacidades básicas exigibles en mayor o menor medida a todas las personas para el proceso de aprendizaje de un puesto de trabajo. Son por tanto predictoras del aprendizaje y por lo tanto de la adaptación al puesto de trabajo. Significan “tener capacidad para”. (Poder).
- *Conocimientos*: Se refiere a los conceptos, criterios y modelos mentales que conforman un marco de referencia en el que adquieren significado determinados contenidos, realidades y fenómenos propios de un área o dominio de

conocimientos o experiencia. Suelen concretarse en significados comunes para todos aquellos que participan de ese marco de referencia. (Saber).

- *Destrezas*: Cuando un problema tiene una forma estandarizada de resolverse, a esa forma de proceder se le denomina destreza. Es la habilidad resultante de juntar, con entrenamiento, conocimiento técnico, aptitudes y práctica. (Saber hacer).
- *Rasgos de Personalidad*: La personalidad es la predisposición heredada y aprendida para actuar de una determinada manera; variables moderadoras de cualquier ejecución que predicen que un trabajador que posee las características arriba descritas las empleará correctamente. Las tres primeras características del perfil predicen que el candidato sabe hacer o que está capacitado para ello, la personalidad predice que lo hará y qué sentido tendrá dicha ejecución. (Querer).

Cualquier desempeño pone en juego los cuatro elementos, a la vez. Cualquier conducta humana implica aprendizaje y adaptación a un contexto o coyuntura (aptitud), marco de referencia donde adquieren sentido realidades a interpretar (conocimiento), experiencias exitosas previas y prevenciones por las fallidas (destrezas), y una motivación para actuar de una determinada manera (personalidad). Es decir, en todo desempeño se activa el perfil por lo que, en sentido estricto, para toda convocatoria sería necesario medirlo en su integridad para poder predecir con garantías. Pero esto no siempre es posible en la realidad lo cual no significa que tal exigencia se tenga en mente a la hora de su diseño y por lo tanto exija su conocimiento.

Son los APT's los que identifican los perfiles. Un APT es un proceso en el que se pregunta a los trabajadores "cómo hacen lo que deben de hacer"; sus tareas¹. De los cuatro componentes del perfil, a las personas empleadas públicas se les debe preguntar solo por conocimientos y destrezas. Los primeros a partir de taxonomías previas fruto de investigación y las segundas mediante entrevistas en función de las tareas más relevantes. Las aptitudes y la personalidad exigen inferencias de carácter técnico especializado propias de la Psicología del Trabajo y de las Organizaciones por ello no deben preguntarse a las personas trabajadoras. Toda esta información debe

¹ En un APT no se debe preguntar por las funciones de los puestos (qué debe hacerse) porque ellas son fruto del diseño organizativo, proceso esencialmente político con ayuda de técnica organizativa.

superar controles de fiabilidad y procesos de síntesis o taxonomización realizados por personal especializado (normalmente técnicos/as de RRHH). Deben recogerse en informes sintéticos o “monografías de puestos de trabajo” que deben ser públicas y residentes en cada administración convocante.

2. El modelo selectivo

Existen dos modelos desde los que se afronta el reto de predecir una conducta: el deductivo y el de generalización.

Deductivo. También conocido como teoría del rasgo. Sostiene que existe una relación causal entre determinados rasgos de la persona y la conducta que se quiere predecir. Se le conoce como modelo deductivo porque a partir de la posesión de determinados rasgos se deduce (predice) la conducta. Este modelo se sustenta en la identificación de los elementos del *perfil* ya comentado. Su corolario es “porque tiene, hará”.

Generalización. Su corolario es “porque ha hecho, hará”². Actúa según la máxima de que el mejor predictor de la conducta futura es la conducta pasada. Su modo de actuar es la generalización. Este enfoque está especialmente indicado cuando las personas candidatas poseen previamente a la selección las conductas laborales que son objetivo de la selección (interinos). Aquí más que predecirlas se constatan. Veremos que para que un proceso selectivo en la Administración pueda llegar a un equilibrio entre lo que se debe hacer y lo que se puede hacer van a ser necesarios ambos enfoques total o parcialmente o en distintas fases del proceso selectivo.

3. Diseño del proceso selectivo

Como criterio general de diseño selectivo, conviene tener presente que en contra de la tradicional forma de diseñar la selección: Selección ⇔ formación ⇔ evaluación del desempeño, conocer bien el desempeño genera la conciencia de que el proceso debe diseñarse justamente al revés y según esta secuencia de preguntas: ¿Qué significa hacerlo bien? (destrezas) ¿Qué se necesita saber para hacerlo así de bien? (conocimientos) y ¿qué se necesita tener para poder aprenderlo? (aptitudes). Desde este punto de vista la formación también puede considerarse parte del proceso selectivo y, como hemos visto, esta especialmente aconsejado para la selección a

² Porque ha hecho bien, muchas veces, y hace poco, es muy probable que lo vuelva a hacer.

grupos, cuerpos o escalas. En general siempre que lo convocado al proceso tenga un alto grado de polivalencia y el aprendizaje sea, en sí mismo, una posibilidad de concreción o adecuación por destrezas demostradas en dicha formación, un periodo de formación selectiva debe contemplarse como parte del proceso selectivo.

a. Criterios de elección de pruebas. Justificación técnica y secuencial.

No existe un orden concreto de cualquier proceso selectivo que satisfaga todas las circunstancias posibles de la medida. Cada Administración puede decidir su orden en función de las posibilidades de medida de la convocatoria (masivas o no), de si lo hace para acceder a ella mediante una OEP a cuerpo, escala, puesto, etc., o por selección estratégica para adaptarse a desempeños y complejidades por venir de estudios de prospectiva. A modo de ejemplo y teniendo en cuenta criterios como la posibilidad de la medida, el coste del proceso, la objetividad de las pruebas y la posible necesidad de defensa legal, un orden típico de pruebas puede ser el siguiente:

- Pruebas de Conocimiento (tipo test).
- Pruebas Psicotécnicas.
 - o Prueba de Aptitud Mental General³.
 - o Personalidad.
- Pruebas de Conocimiento (desarrollo).
- Pruebas Prácticas o de Simulación.
- Entrevista.

Esta secuencia de pruebas se ha establecido teniendo en cuenta, a la vez, los siguientes criterios:

- La objetividad de las pruebas: A mayor objetividad menor necesidad de interpretar las puntuaciones y menor posibilidad de error en la corrección por no intervenir personas en ella (corrección mecánica).
- La validez y fiabilidad de la prueba: la relevancia de lo que mide (si mide lo que quiere medir y si ello es importante para el trabajo que se selecciona) y lo fiable que es el instrumento midiendo (si aquello que mide, lo mide bien). Todos estos

³ A los efectos de este escrito, la aptitud mental general es sinónima de inteligencia.

datos deben ser obtenidos por datos del propio manual de la prueba, investigación propia o meta analítica⁴.

- La sensibilidad de la prueba: qué capacidad tiene la prueba para diferenciar a las personas candidatas.
- A cuántas personas presentadas puede o debe medir la prueba simultáneamente.
- El punto de vista del candidato/a: la invasión de intimidad de las preguntas, el esfuerzo exigido para la realización de la prueba, la justicia percibida y la posibilidad de aportar información, etc.
- El costo de la prueba. Tanto de diseño (económico) como de administración (gestión de personas para cuidar, materiales, etc.).

b. Pruebas de conocimiento.

Este tipo de pruebas pretenden medir el rango y nivel de los conocimientos requeridos para el puesto o cuerpo convocado, tal y como han sido establecidos a partir del APT y hayan sido concretados en un informe resultado de este análisis. Su finalidad es asegurar el marco de referencia necesario para poder desempeñar las tareas más relevantes, y para aprender los contenidos formativos resultantes de la evolución del puesto. Los datos de la investigación más la objetividad de sus resultados, las ubica en el primer lugar de la secuencia de pruebas.

Cuando estas pruebas sean “tipo test” su diseño deberá ser especialmente cuidadoso en que el enunciado sea inequívoco; el contenido sea relevante y referido a las tareas más importantes de lo convocado; que la respuesta correcta se puede identificar en el temario de la convocatoria; que no se propenda a una respuesta automática sino que exija cierta reflexión; que exista concordancia gramatical y semántica entre las preguntas y las opciones de respuesta; que los distractores (respuestas alternativas a la buena) sean posibles para quien no sabe; que todas ellas sean preguntas autónomas y no solapadas; que no haya obviedad de buenas o malas respuestas.

⁴ Los metaanálisis consisten en estudiar y aglutinar lo que muchos estudios individuales han concluido. Son “estudios de estudios” en los que, además, se corrigen posibles errores cometidos en los trabajos individuales. Normalmente errores debidos al tamaño de la muestra, a falta de fiabilidad o a la restricción del rango en los datos predichos que la selección produce.

Cuando las pruebas de conocimiento sean de desarrollo escrito u oral (donde se propone un tema a desarrollar por la persona candidata) además de los criterios arriba expuestos y que le sean de obvia aplicación, deberá diseñarse una respuesta patrón fácilmente identificable en el temario de la convocatoria que deberá ser utilizada para la evaluación de esta. La evaluación deberá hacerse de forma colegiada por, al menos, tres personas del tribunal cuyas puntuaciones deberán utilizarse para estimar la puntuación media (nota de la prueba) y la fiabilidad inter-jueces que deberá superar un umbral mínimo que luego se concreta.

La puntuación de las pruebas de conocimiento se obtendrá aplicando unos criterios de corrección que permitan identificar los puntos obtenidos en la escala decidida (peso) para este tipo de pruebas. Los criterios de corrección deberán ser previos a la prueba y obtenidos a partir de la información que con relación al puesto y a las tareas más relevantes ha aportado el APT. En todos los casos deberá establecerse un mínimo que garantice un desempeño básico o su aprendizaje. Se aconseja no establecer puntuaciones corte (umbrales) en función de las puntuaciones de los presentados.

c. Pruebas psicométricas.

Aptitud Mental General. Este tipo de pruebas mide la capacidad para aprender y para adaptarse al entorno del puesto de trabajo. Tal y como veremos más adelante la investigación asegura una validez alta en función de la complejidad las conductas que se pretenden predecir (a más complejidad mayor importancia de la inteligencia...). Aunque este hecho la colocarían en primer lugar de la secuencia de pruebas, la cultura de la Administración y el hecho de que personas con menor capacidad pueden desempeñar puestos de complejidad media y media baja, además de que, generalmente, es mejor aceptado el conocimiento demostrado que la capacidad para adquirirlo, las ubican en segundo lugar de la secuencia de pruebas propuesta. Basándonos en la complejidad identificada por el APT, esta prueba se propone solamente para los puestos de los grupos A1 y para modelos selectivos de perfil o acceso de nuevo personal a las AAPP.

Para evitar efectos de aprendizaje previo o entrenamiento en este tipo de pruebas por parte de las personas candidatas lo cual desvirtúa su capacidad de evitar falsos positivos, se aconseja diseñar *exprofeso* este tipo de pruebas para cada

administración en caso de usarse y contratar también que su diseño no discrimine por cuestiones de raza o cultura.

Al ser personal con titulación superior para quien se propone administrar esta prueba, no se aconseja establecer puntuaciones corte mínimas ni hacerla excluyente.

Personalidad. La personalidad predice el comportamiento en el contexto en el que se desempeñan las tareas, el trabajo en equipo y el grado de iniciativa y dedicación que la persona candidata dará a su trabajo (motivación). Su validez varía según autores, criterios de predicción y niveles de complejidad de los puestos a predecir. Su fiabilidad es alta siempre que se utilicen instrumentos bajo el modelo de los “cinco factores”. Respecto de la personalidad se deben matizar algunas cuestiones: al ser medida con cuestionarios auto-referenciados (contestamos refiriéndonos a nosotros mismos) puede tener problemas de autoengaño y gestión de la propia imagen (algunos controlan sus respuestas). La gestión de la propia imagen no necesariamente es negativa ya que la mayoría de los trabajadores moldean su comportamiento cuando trabajan. Además, desde el propio contexto de las AAPP este tipo de pruebas tienen rechazo social, sobre todo cuando las personas candidatas son interinas que habiendo trabajado años en la Administración deciden presentarse a las OEP's. Muchas de ellas la consideran una invasión de intimidad innecesaria al haber ya demostrado mediante su desempeño sus capacidades o actitud. También tiene rechazo sindical y algunos de estos colectivos lo consideran una intromisión ideológica. Aunque el autoengaño y la gestión de la propia imagen no afectan a la validez de este predictor generalmente considerada, sí pueden influir en la prelación de los candidatos/as en la puntuación final.

Al ser una prueba de rasgos de personalidad (deseables) y no de estado (patologías) tampoco en este caso se aconseja establecer puntuaciones corte lo cual no significa que no deba haber mayor puntuación para perfiles de mayor adecuación en función del desempeño contextual de lo convocado. Estos perfiles de personalidad deberán haber sido establecidos previamente.

d. Pruebas prácticas.

La característica principal de estas pruebas es la fidelidad (el parecido) entre lo que en ellas se hace y las tareas del puesto convocado, aunque es verdad que en toda prueba práctica se acota el dominio del puesto convocado debiendo ser especialmente cuidadoso en qué comportamientos laborales relevantes (CLR) se escogen para su diseño. Su fin principal es medir las destrezas necesarias para el desempeño de tareas relevantes tanto por las consecuencias de una mala ejecución, como porque ellas deberán desempeñarse nada más acceder al puesto, de ahí que estas pruebas pertenecen al modelo selectivo de porque hizo, hará. Este hecho también es una limitación sobre todo en planteamientos selectivos basados en polivalencia y con curso selectivo posterior ya que muchas personas presentadas no tienen estas conductas y porque no se puede examinar a alguien sobre aquello que se le va a enseñar. Sin embargo, para personas con experiencia previa, estas pruebas suelen ser pertinentes.

Se aconseja que su diseño se base en la *teoría general de resolución de problemas* según el siguiente esquema: contexto (aporte de información básica de la organización, puesto y coyuntura); diagnóstico (donde se identifica el problema implícito en el contexto); diseño (donde se decide la secuencia de pasos necesarios para solventar lo diagnosticado); planificación (donde se identifican los recursos necesarios para la solución: recursos de personas, herramientas, tecnología, económicos y de tiempo); evaluación (donde se identifican los hitos, criterios de bondad e indicadores que prueban que lo diagnosticado se ha resuelto). También debe elaborarse una *respuesta patrón* en donde para cada fase se identifiquen los contenidos necesarios y su secuencia pertinente. Los mínimos para aprobar y los necesarios para obtener altas puntuaciones. Cuanto más se parezcan estos contenidos a las ejecuciones reales (anclajes conductuales) mayor será la fiabilidad de la prueba. Como en el caso de las pruebas de desarrollo, la evaluación deberá hacerse de forma colegiada por al menos tres personas del tribunal cuyas puntuaciones deberán utilizarse para estimar la puntuación media y la fiabilidad inter-jueces que deberá superar un umbral mínimo. Al ser pruebas de mucha fidelidad y baja tolerancia con el desempeño (realizará las tareas nada más acceder al puesto) se aconseja que dichas pruebas sean eliminatorias para aquellas personas que no superen el valor medio de la escala establecida para ellas.

Su validez y fiabilidad son altas, pero la dificultad y el costo de su diseño y el esfuerzo requerido al candidato/a en su ejecución, las ubican en el cuarto lugar de la secuencia de pruebas.

e. Entrevista conductual estructurada (ECE)

Este tipo de pruebas predicen el desempeño por el modelo “porque ha hecho, hará” por lo que todo lo que este documento concreta como beneficios y limitaciones de este modelo le son aplicables. Debemos ser conscientes de que más que pruebas son un método (proceso) para la construcción de un juicio por parte de alguno o varios evaluadores. Cuando son conductuales por referirse a desempeños previos, y estructuradas, por preguntar lo mismo a todos los candidatos/as y en el mismo orden, pueden considerarse una evaluación del desempeño previo de las personas presentadas respecto de conductas laborales relevantes para el puesto convocado, las cuáles han debido ser identificadas en el APT del puesto para el que se selecciona. Dichas conductas se deben poder constatar y contrastar, y su valoración se hará por comparación con una ejemplificación de ellas para cada valor de la escala (anclajes conductuales) que figurarán en el informe del diseño de la ECE. Al exigir comportamientos laborales previos y ser la experiencia laboral, tanto técnica como en puestos con mando, la dimensión que mejor mide este instrumento se aconseja que se incluya sólo para puestos de complejidad alta tasada en puestos concretos o con mando. Como veremos seguidamente su validez y su fiabilidad son altas cuando son entrevistas conductuales estructuradas, las únicas que este trabajo propone. No todas las entrevistas son iguales...

Las personas entrevistadoras deberán acreditar una formación estándar establecida por el correspondiente instituto de formación pública. Se aconseja que dicha formación sea exhaustiva, teórico práctica y referida a los siguientes contenidos: Tipología de entrevistas; la ECE evidencias de fiabilidad y validez; pasos del diseño; criterios para redacción de las preguntas; informe diseño de la ECE; sesgos y errores de evaluación; formación del panel de personas entrevistadoras; estimación de las puntuaciones final y estimaciones de la fiabilidad.

Como en el caso de las pruebas de desarrollo y las prácticas, la evaluación deberá hacerse de forma colegiada por, al menos, tres personas del tribunal cuyas puntuaciones deberán utilizarse para estimar la puntuación media y la fiabilidad inter-

jueces que deberá superar un umbral mínimo. Al ser pruebas de mucha fidelidad y la baja tolerancia con el desempeño (realizará las tareas nada más acceder al puesto) se aconseja que dichas pruebas sean eliminatorias para aquellas personas que no superen el valor medio de la escala establecida para ellas.

Por lo arriba expuesto, por ser una prueba exigente para las personas candidatas, y porque exige mucho esfuerzo de diseño, se le ubica en último lugar de la secuencia de pruebas.

f. Determinación del peso de las pruebas.

i. Criterios administrativos, gestores y coyunturales.

En función de lo expuesto en el apartado primero la primera decisión debe basarse en qué se quiere predecir: el aprendizaje del desempeño o su ejecución concreta sin formación previa. Esta decisión debe basarse en criterios organizativos de la administración convocante en función de sus vacantes y de sus políticas al respecto. También en función de sus coyunturas concretas descritas en el punto primero. En cualquier caso, un curso selectivo sólo debe utilizarse para convocatorias a cuerpos o escalas, no a puestos concretos donde tal formación no está aconsejada porque la tolerancia de las tareas es baja (deben desempeñarse nada más superar la OEP). Si se decidiese que tal curso va a ser parte del proceso selectivo, adquieren mayor importancia las pruebas de conocimiento “tipo test” para asegurar conocimientos básicos, así como un lenguaje administrativo o profesional, y las pruebas psicométricas para poder asegurar el aprendizaje y la superación de la formación de modo satisfactorio. Sería el propio curso el que realizaría la selección principal. Dicho curso deberá diseñarse con aquellos conocimientos que no han formado parte del temario de la convocatoria y tendrá como objetivos formativos todas las destrezas necesarias para desempeñar de modo eficaz los puestos a los que las personas candidatas sean susceptibles de ser destinadas. La puntuación de dicho curso será la auténtica predicción del proceso selectivo. Serán contenidos del curso los contenidos que sin él formarían parte de las pruebas prácticas y las entrevistas si las hubiere.

En el caso de que las personas presentadas tengan experiencia en tareas de las administraciones públicas, adquieren especial importancia las pruebas prácticas y en sus fases finales las entrevistas conductuales. Este criterio es válido en general para

todas las convocatorias a puestos, a proyectos o a tareas concretas. Esto no excluye pruebas de conocimientos básicos, pero sí les resta valor predictivo.

A la hora de determinar el peso de cada prueba se debe tener en cuenta qué es lo que se quiere predecir (aprender o hacer) y su capacidad predictiva obtenida mediante estudios de validez: cuanto más prediga, más peso debe tener. En las pruebas prácticas y en la entrevista, también se tiene en cuenta la tolerancia de las tareas del puesto⁵. Así, si la prueba mide tareas que el candidato/a va a tener que realizar nada más incorporarse al puesto (propio de modelos de puestos o proyectos), dicha prueba aumenta su peso por su baja tolerancia. Por lo tanto, son los coeficientes de validez y la tolerancia de las tareas los datos desde los que determinar la importancia de cada prueba. Como en España muy pocas son las organizaciones públicas que han hecho evaluación del desempeño, también son muy pocas las que tienen coeficientes de validez de sus pruebas. En estos casos es pertinente saber y considerar los resultados de la investigación.

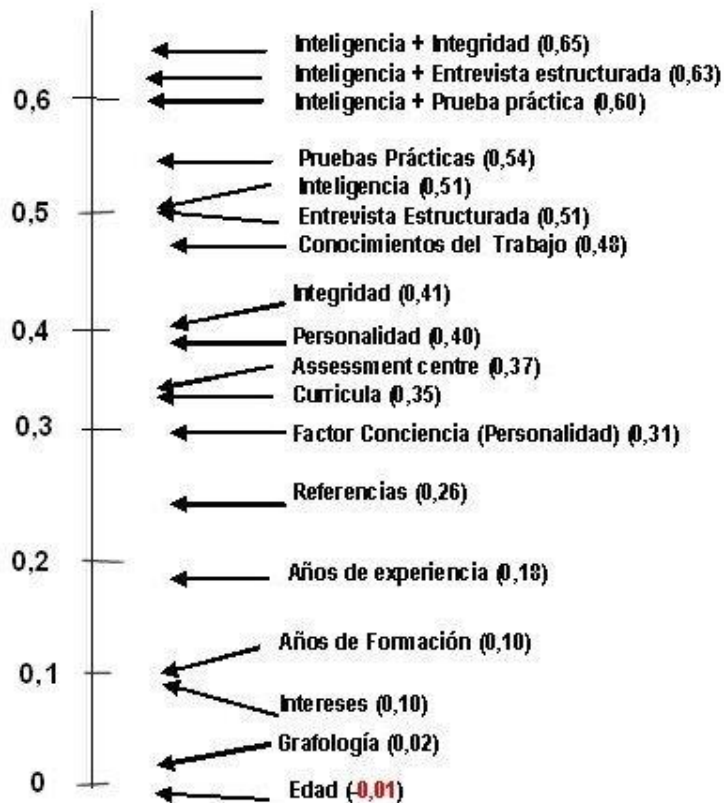
ii. Criterios científicos

Siempre que se habla de selección y más concretamente de predicción desde el valor de pruebas administradas, se debe hablar de tres conceptos: fiabilidad de la prueba, validez de los contenidos objeto de la medida y no discriminación por razones distintas a los comportamientos laborales relevantes objeto de aprendizaje o desempeño.

La validez tiene un rango de valores entre -1 y + 1. La fiabilidad entre 0 y 1. Si la validez supera el valor **0.31** se considera aceptable (Cohen, 1988). En fiabilidad (cómo de bien mide lo que mide, sea lo que sea esto) el límite inferior es **0.70** (Nunnally y Bernstein, 1994). Ambas están relacionadas, de hecho, el cuadrado de la fiabilidad es el límite de la validez... Cuando se aportan datos concretos de validez, se refieren a datos resultantes de investigación con muestras suficientemente grandes como para afirmar con garantías.

La investigación nos aporta datos sobre la validez de las pruebas (Smith y Smith, 2005; Schmidt, 2016) y de cómo se comportan ellas cuando actúan en conjunto (Salgado, 2010):

⁵ Una tarea es poco tolerante cuando tiene que desempeñarse nada más acceder al puesto, y tolerante cuando permite un tiempo de adaptación o aprendizaje.



En este ranking (Smith & Smith, 2005) se puede ver que los clásicos procesos de acceso a las AAPP tienen validez destacable: Conocimientos: 0.48; Pruebas prácticas: 0.54; no así los años de experiencia por sí solos (sin evaluación del desempeño): 0.18.

Cuando se combinan pruebas éstas añaden validez a todo el proceso selectivo, aunque el solape de los contenidos que miden puede hacer decrecer su capacidad de predicción conjunta (porcentajes de solape entre paréntesis). Estos son los resultados de la investigación (Salgado, 2010):

- Inteligencia+ECE+CO = 0.86⁶ (decrece: 0%)
- Inteligencia+ECE+VME = 0.85 (3%)
- Inteligencia+ECE+CPT = 0.84 (5%)
- Inteligencia+EXP+CPT = 0.76 (23%)
- Inteligencia+CPT+VME = 0.73 (28%)
- **ECE+CPT+VME = 0.66 (43%) (clásico en las AAPP)**

⁶ Validez operativa múltiple. Resultante de haber corregido la validez por los errores de fiabilidad del criterio (desempeño) y restricción del rango del predictor (no se puede evaluar el desempeño de los que no entraron).

- $\text{Inteligencia} + \text{Integridad} = 0.65$
- $\text{Inteligencia} + \text{ECE} = 0.63$
- $\text{Inteligencia} + \text{Prueba Práctica} = 0.60$

ECE: Entrevista Conductual Estructurada. CO: Factor conciencia de personalidad. VME: Valoración de Méritos. CPT: Conocimientos del Puesto de Trabajo. EXP: Experiencia.

4. La decisión selectiva.

A la hora de tomar una decisión selectiva algún tipo de combinación de predictores se usa o debería usarse, porque es raro que una sola prueba o predictor tenga por sí sola tanta potencia como para ser la única razón de selección. Existen muchos modelos de predicción y la decisión de cuál de ellos escoger es una decisión a caballo entre criterios psicométricos y criterios profesionales u organizativos. La más correcta desde el punto de vista científico es la que utiliza el modelo de regresión múltiple lineal, es decir, la puntuación se obtiene por un sumatorio de predictores, tantos como pruebas, con distinto peso en función de la capacidad predictiva de cada una obtenida mediante estudios empíricos propios, donde se comprueba la predicción realizada al relacionar las puntuaciones del proceso selectivo con el desempeño o la formación según se quiera predecir uno u otra.

Teóricamente no existe una variable psicológica tan importante como para que el grado en el que se posea sea razón suficiente como para excluir personas candidatas. La mayor parte de la gente vive con limitaciones que compensa en la vida diaria con otras capacidades o destrezas. Esto no quiere decir que los modelos no compensatorios no sean necesarios, lo son, pero siempre por razones organizativas. En realidad, la auténtica razón para decidir que los primeros estadios del proceso sean no compensatorios es reducir el número de gente y hacer menos costoso el proceso selectivo tal y como ocurre en los procesos masivos de las AAPP. En teoría, siempre que se utiliza un procedimiento no compensatorio, la validez del proceso se debería establecer en relación con el siguiente estadio del proceso, es decir, si la primera prueba es excluyente sólo es válida si es capaz de predecir si alguien será capaz de superar la siguiente para la cual se le habrá establecido un umbral mínimo. En estos casos no se trata de predecir el desempeño ya que él no forma parte de la razón de exclusión.

Otra de las suposiciones de los modelos predictivos lineales es una puntuación única de lo que se predice, normalmente el desempeño. La complejidad de los trabajos actuales, su dinamismo y lo multifacético de ellos hace dudar de si una única puntuación en la predicción es válida, o si la predicción debería hacerse deslindando distintos aspectos del desempeño produciendo una adecuación mayor a distintas actividades dentro de un conjunto de puestos como puede ocurrir con la selección a cuerpos, escalas o especialidades de la administración pública. Por último, otra presunción de estos modelos es que todos los predictores se suman. La investigación demuestra (Guion, 2011) que puede haber otros modelos o algoritmos que maximicen el valor predictivo del proceso. Incluso que, en ausencia de validez predictiva demostrada, todas las pruebas valgan lo mismo (Dawes, 1979).

La realidad de que a las convocatorias de OEP's de las AAPP, hasta ahora, se presente mucha gente para pocas plazas, sumado a la necesidad de evitar litigios legales en procesos excluyentes mediante pruebas de corrección objetivas y demostrables, así como la reducción del coste económico de los procesos no compensatorios y la posibilidad de que en estadios posteriores se usen pruebas prácticas o entrevistas sólo factibles con un número reducido de personas, hacen casi inevitable que la decisión selectiva se realice inicialmente mediante procesos no compensatorios. Normalmente la primera prueba es la más excluyente y suele ser una prueba tipo test sobre contenidos del temario publicado en la convocatoria y corregida mecánicamente. Como se ha dicho más arriba, su validez, su fiabilidad, y su corrección objetiva la ubican en esta posición. La puntuación corte de estas pruebas puede establecerse básicamente en función de dos criterios: a) la puntuación mínima que debe obtenerse para asegurar un marco de referencia que permita asegurar el aprendizaje del puesto en un tiempo razonable y b) el ratio de selección establecido para dicha fase. Es decir, a partir de qué puntuación en la prueba se dispone del número de candidatos/as necesarios para cumplir las siguientes fases del proceso selectivo y asegurar la cobertura de las vacantes convocadas.

Bien sea por planteamientos no compensatorios, compensatorios o mixtos, al final se obtiene una puntuación única y global de cada persona opositora que ha llegado al final del proceso. Esta puntuación ordenada de más a menos (prelación) es la práctica clásica de los procesos selectivos de OEP's en las AAPP y tiene un amplio refrendo en la jurisprudencia. En realidad, esta puntuación debe entenderse como la predicción

que se hace de cada persona opositora sea lo que sea lo que se predice (desempeño o aprendizaje). Independientemente de concepciones avanzadas, ya citadas, y que implican descomponer esta predicción única en predicciones distintas en función de los distintos puestos convocados, llegados a este punto adquieren la condición de empleados públicos tantas personas opositoras como plazas convocadas, siendo la puntuación del último candidato/a con plaza la puntuación corte establecida. Esta práctica, inevitable desde el punto de vista legal, en muchos casos genera *aprobados sin plaza*. Para su comprobación sería necesario analizar la distribución de estas puntuaciones y determinar una puntuación mínima de desempeño deseado (basada en un APT). Estos aprobados sin plaza pueden formar parte de bolsas de trabajo si es esta la intención de la administración que convoca la OPE y su legalidad se lo permite.

5. Controles posteriores del proceso.

Seguidamente se exponen los que a juicio de este escrito son actividades ineludibles de cualquier proceso selectivo que tenga como criterio de bondad el análisis de las variables intervinientes, su comportamiento, su capacidad predictiva y diferenciadora entre las personas opositoras.

- a. Análisis de distribuciones: normalidad, dificultad, grado de discriminación de cada prueba, peso de cada prueba en la decisión selectiva.

Los primeros análisis deben ser análisis de las distribuciones de los resultados para comprobar el comportamiento de las variables: normalidad, asimetría, sesgos y sobre todo valores extremos (*outliers*) que pueden avisar de actuaciones no deseables o dignas de ser investigadas.

En las pruebas de conocimiento tipo test, siempre debe analizarse el comportamiento de dichas pruebas. Concretamente debe analizarse los siguientes temas:

- Respecto de la prueba en general:
 - o La dificultad general.
 - o Fiabilidad.
 - o Discriminación: Capacidad para diferenciar a personas opositoras.
- Respecto de las preguntas:
 - o Saber cuánto aporta cada pregunta a la prueba.

- o Índice de dificultad de cada pregunta.
- o Capacidad de discriminación de cada pregunta.
- o Tabulación de preguntas y distractores para saber si cada una de ellas cumple su función.

Estos análisis no pueden realizarse antes de administrar la prueba por razones obvias, pero sí tras su administración. Sus resultados pueden orientar y pulir criterios para próximos diseños.

b. Igualdad.

Uno de los análisis más importantes que todo proceso selectivo en las AAPP debe realizar una vez finalizado es la comprobación de la igualdad. Es decir, si todas las personas con las mismas posibilidades tienen las mismas probabilidades. Cada una de las variables utilizadas y con capacidad para diferenciar a las personas candidatas debe ser analizada mediante estadísticos de diferencia en relación con las variables de interés: sexo, raza, edad, nivel cultural, etc. En aquellas AAPP que sí dispongan de datos relativos a procesos de evaluación del desempeño tras el proceso selectivo pueden usarse los métodos de regresión lineal para estas comprobaciones viendo el comportamiento de la predicción a la hora de introducir las variables de interés. Como se ha dicho, esta es la solución más rigurosa porque además permite saber la capacidad predictiva de cada variable interviniente, pero también es una realidad que no son muchas las AAPP que disponen de estos datos del desempeño. En su ausencia existen suficientes posibilidades con estadísticos de diferencia clásicos para llegar con garantías a esta constatación de igualdad.

c. Dimensionalidad. Factores subyacentes.

Tal y como hemos visto en el apartado referido a la determinación del peso de las pruebas, muchos de los constructos (contenidos de la medida de las pruebas) se solapan; no son conceptos totalmente distintos (en términos técnicos: comparten varianza). Este hecho resta capacidad predictiva a las pruebas, al proceso globalmente considerado y añade ruido a la predicción global. Cuanto más independientes (ortogonales) sean las variables desde las que se predice, mejor predicción y más potencia predictiva.

Los procesos selectivos de las AAPP, hasta ahora, suelen ser masivos lo cual genera una gran cantidad de datos susceptibles de ser estudiados para la mejora en general del proceso selectivo sobre bases empíricas. Estudiar las correlaciones entre las pruebas es el primer paso para estudios más profundos (análisis factoriales, etc.) relativos a la dimensionalidad del proceso, al solape de constructos y a la eliminación de medidas redundantes, permitiendo depurar el diseño por reducción de pruebas o por identificación de constructos no medidos (variables ausentes), así como variables moderadoras de la predicción general.

No se puede mejorar ningún proceso selectivo sin haber analizado el comportamiento de las variables que en él intervienen y con las que se toman las decisiones selectivas.

Referencias

- Cohen, J. (1988). *Statistical power and analysis for the behavioral sciences* (2nd.). Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum.
- Dawes, R. M. (1979). The robust beauty of improper linear models in decision making. *American Psychologist*, 34(7), 571–582. <https://doi.org/10.1037/0003-066X.34.7.571>
- Guion, R.M. (2011). *Assessment, measurement, and prediction for personnel decisions* (2nd ed.). New York. NY: Routledge/Taylor & Francis.
- Nunnally, J. & Bernstein, I. (1994) *Psychometric Theory*. New York: McGraw Hill.
- Salgado, J.F. (2010). Selección de Recursos Humanos por Competencias en las Administraciones Públicas: Evidencias basadas en la investigación. *CEMICAL*. Barcelona. http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/monografias_castellano.asp.
- Schmidt, F.L. (2016). The Validity and Utility of Selection Methods in Personnel Psychology: Practical and Theoretical Implications of 100 Years of Research Findings. https://www.researchgate.net/publication/309203898_The_VValidity_and_Utility_of_Selection_Methods_in_Personnel_Psychology_Practical_and_Theoretical_Implications_of_100_Years_of_Research_Findings.
- Smith, M, Smith, P (2005). *Testing People at Work. Competencies in Psychometric Testing*. London, UK. Blackwell.

El cambio en materia de Selección en las AALL.

Mikel Gorriti Bontigui
Responsable de RRHH. Dirección de Función Pública.
Gobierno Vasco.

FMC, Octubre de 2021

Valores

Valores de cualquier selección:

- ☐ Eficacia
- ☐ Igualdad

Predecir en igualdad

Criterios de Éxito

- ❑ Para la **Eficacia**: ausencia de falsos positivos y **falsos negativos**.



- ❑ Para la **Igualdad**: personas con las mismas posibilidades, tengan las mismas probabilidades.

Nivel de abstracción

- ❑ A **Grupo**: Curso selectivo o grandes temarios. Solo al A1.
- ❑ A **Cuerpo**: Curso selectivo diferenciado o grandes temarios.
- ❑ A **Escalas**: Temarios y formación no selectiva diferenciada. ¿Personalidad?
- ❑ A **Puesto**: Temario y pruebas prácticas. ¿Personalidad?
- ❑ A **Tareas**: Externos (laborales). Internos (promoción): Proyectos. Pruebas Prácticas y entrevistas. ¿Personalidad?

Coyuntura

- Coyuntura social y demográfica:
 - Convocatorias masivas (¿online?).
 - Origen geográfico y cultural.
 - Edad.
- Interinidad.
 - Experiencia previa.
 - Edad...
 - Litigiosidad. (23.2 de la CE)
- Gestión planificada de vacantes.



Modelos de Predicción

- ❑ *Deductivo*: porque tiene $\Rightarrow$ aprenderá $\Rightarrow$ hará (necesidad de **perfil**).
- ❑ *Generalización*: porque hizo $\Rightarrow$ hará (necesidad de **desempeño previo**).

Criterio: Las posibilidades de medida y la información disponible del candidato/a

El Perfil: “Porque tiene ⇒ hará”

Primoff, 1975.

- ¿Qué es un perfil?: Un sistema de predictores.
 - ¿Qué es un predictor?: Una característica personal determinante del desempeño. Al medirlo, lo predice.
 - ¿Qué tipo de predictores conforman un perfil?
 - *Aptitudes*: Capacidad para aprender, adaptarse y resolver problemas (Poder). ↓
 - *Conocimientos*: Conceptos. Marco de Referencia (Saber). ↓
 - *Destrezas*: Forma estandarizada de resolver un problema; tarea (Saber hacer).
-
- *Personalidad*: Predisposición para actuar de una manera (Querer hacer).

¿De dónde se obtiene el Perfil?

Del Análisis del Puesto de Trabajo (APT)

- El APT orientado al trabajador/a. JEM. Primoff, 1975
- Los expertos/as dicen. Los/as analistas, infieren.
- Las 4 Clasificaciones (taxonomías).
 - Destrezas y conocimientos: propia.
 - Aptitudes y personalidad: investigación.

¿Qué predecir?

El desempeño (en tarea, contexto o formación).

- ❑ **Desempeño de Tarea:**
 - Productos: Informes, unidades, diseños, criterios, planes, información, bases de datos, etc.
 - Servicios: atención al público, mantenimiento, asesoría, formación, gestión de ayudas, etc.
- ❑ **Desempeño Contextual:**
 - Ayuda a compañeros/as. Clima.
 - Vinculación.
 - Desempeño más allá. Persistencia.
- ❑ Si predice desempeño en formación, hay curso de formación selectivo.

Validez de la Selección

(Cohen, 1988)

- ❑ Validez, en selección, es comprobar si lo que se ha predicho se ha cumplido.
- ❑ No se puede validar si no se sabe cómo se ha desempeñado el trabajo.
- ❑ Correlación (estadístico " r "): alto en selección $\Rightarrow$ alto en desempeño = medida de "covariación".
- ❑ La validez oscila entre +1 y -1. $\text{Umbral} > 0.31$

Validez Predictiva

El Proceso Selectivo (I)

- ❑ Las Bases de Convocatoria: Informar del puesto, requisitos y cómo puntuar ⇒ **Reclutar**.
- ❑ Las Pruebas (“tests”) ⇒ para **medir** los predictores del perfil.
- ❑ La Formación ⇒ **entrenar** destrezas (**la formación puede ser selección**).
- ❑ Las Prácticas ⇒ **comprobar** que ha hecho, con posibilidad de no titularidad.

“hay selección allí donde hay decisión selectiva”

¿Cuándo es buena una prueba?

- ❑ Cuándo es fiable y válida.
- ❑ Fiable: que mide bien lo que mide (0/+1; >0.70).
- ❑ Válida: mide lo que se quiere medir y eso es lo importante.
- ❑ Cuando **no discrimina** por algo que no tenga que ver con el desempeño (raza, religión, edad, etc.).
- ❑ ¿De dónde se sabe esto?: Manual de la Prueba, investigación local y Meta-análisis (MA).

Pruebas I (Schmidt, 2016; Salgado, 2017)

Pruebas de Conocimiento

- ❑ Pruebas “tipo test”: 1 correcta y 3 distractores. Plantilla de corrección.
- ❑ Pruebas de desarrollo: elaboración libre (clásicas). Criterios de corrección.
- ❑ Tiempo limitado, pero no corto.
- ❑ Validez predictiva (por MA): 0.48
- ❑ Fiabilidad: 0.80

Pruebas II

(Smith & Smith, 2005; Roth, P. L., Bobko, P., & McFarland, L. A. 2005)

Pruebas Prácticas

- ❑ Resolución de casos, diseños, simulaciones.
- ❑ Criterios de corrección $\Rightarrow$ criterios de desempeño.
- ❑ Fidelidad: "se parece mucho a lo que va a hacer". **Acotamiento del dominio**.
- ❑ Tiempo limitado (no siempre y no corto). 3h
- ❑ Validez Predictiva: **0.54 (0.33)**.
- ❑ Fiabilidad: **0.70 a 0.80**. A mayor fidelidad, mayor fiabilidad.

Pruebas III (Schmidt, 2016)

Pruebas Psicotécnicas

Las que miden características psicológicas
(de la persona)

□ Aptitudes

- Aptitud Mental General: Inteligencia (fiab: 0.83, val.: 0.39 a 0.74). Matrices/Dominó
- Aptitudes Específicas: Raz. Matemático (f: 0.85, v: 0.52), R. Espacial (f: .77, v: 0.51), R. Verbal (f: 0.83, v: 0.35), Memoria: (f: 0.77, v: 0.56). **No añaden: (0.02)**

□ Personalidad (fiab: 0.80, val.: 0.35/0.40).

Pruebas IV (Smith & Smith, 2005)

Entrevistas (Tipos)

- Convencional: (fiab.: 0.50, val.: 0.20)
- Convencional Estructurada: (fiab.: 0.65, val.: 0.42)

Porque ha hecho $\Rightarrow$ hará

- Entrevista Conductual Estructurada (ECE):

Fiabilidad y validez de la ECE en la AGPV Letrado

- ☐ Fiabilidad: 0.85
- ☐ Validez para Desempeño General: 0.51
- ☐ Validez para Desempeño de Tarea: 0.62
- ☐ Validez para Desempeño Contextual: 0.47

Personalidad

- ❑ Predisposición **heredada y aprendida**.
- ❑ **Estado** de Personalidad: clínica, no deseable. 5%. Descarte.
- ❑ **Rasgo** de Personalidad: Deseable. Selección por adecuación 30.
- ❑ Predice **más** el desempeño contextual.
- ❑ Una vez aprendido el puesto, es lo más **trascendente**.
- ❑ Esencial para el ejercicio del **mando**.

Estructura Personalidad (B5)

(Costa & McCrae, 1998)

- ❑ *Conciencia*: propósitos claros, alto deseo de logro, rigurosidad y responsabilidad, prudencia.
- ❑ *Estabilidad Emocional*: control emocional, resistencia a la presión, tranquilidad.
- ❑ *Amigabilidad*: gusto por relaciones, generosidad, cooperación.
- ❑ *Extroversión*: facilidad para relaciones, dominancia, asertividad, actividad, locuacidad, optimismo.
- ❑ *Apertura a la Experiencia*: deseo de nuevas ideas, practicidad, gusto por saber.

Personalidad: ¿Qué predice y cuánto?

(Salgado, 2004; Schmidt, 2016; Lievens & Sackett, 2017)

Metanálisis (MA): CM: Complejidad Media. K= número de estudios. N: total de la muestra

Factor	Desempeño en el Puesto				Aprendizaje del Puesto		
	Validez	Validez (CM)	K	N	Validez	K	N
Estabilidad Emocional	0.21	0.24	108	19880	0.09	25	3753
Extroversión	0.10	0.08	111	21916	0.28	21	3484
Apertura a la Experiencia	0.09	0.10 0,04	82	13895	0.33 0,24	18	3177
Amigabilidad	0.19	0.25	110	21911	0.14	24	4100
Conciencia	0.33	0.36 0,25	133	33668	0.31 0,25	20	3909

- Varianza residual no explicada (B6?) .
- Influida por contexto, formato respuesta y fuente.

Personalidad: Compuestos.

(Ones, Viswesvaran & Schmidt, 1993; Ones & Viswesvaran, 2001a; 2001b)

Combinaciones de los B5 que predicen mejor.

(MA **en disputa**, Sackett, Iddekinge, Lievens & Kuncel, 2017)

<i>Compuesto</i>	<i>Validez</i>	<i>K</i>	<i>N</i>
Integridad (Conciencia+ Amigabilidad+ Estabilidad Emocional)	0.37	102	27081
Orientación al Cliente (Amigabilidad+Estabilidad Emocional+ Conciencia)	0.39	33	6944
Tolerancia al Estrés (Estabilidad Emocional+ Amigabilidad+ Conciencia)	0.42	13	1010

Especialmente importante para el ejercicio de PP

“Deseabilidad Social”

(Ones, Viswesvaran & Reiss, 1996; Mueller-Hanson, Heggstad, & Thorton, 2003)

- ❑ ¿Se puede **engañar** en los cuestionarios de **personalidad**?: **Sí**
- ❑ ¿Cómo se engaña?: Manejo de Impresiones y Autoengaño ⇒ **Deseabilidad Social**
- ❑ ¿Afecta a la validez? **+/-**. Conducta adaptativa.
- ❑ ¿Cuánto se engaña?: **.38** desviaciones (50 vs. 54) y un porcentaje pequeño de candidatos/as
- ❑ **Afecta a la prelación.**

Percepción Candidatos/as

Steiner & Gilliland, 1996; Schuler, 1993; Reeve & Schultz, 2004; Anderson, Salgado & Hülsheger, 2010.

- ❑ Dos elementos: **Justicia procedimental**: equidad del proceso. **Justicia distributiva**: equidad en la decisión.
- ❑ Constituyentes de la percepción:
 - Nivel de información aportada. Contenido, cantidad y acceso.
 - Probabilidad de presentarse y contestar.
 - Transparencia del proceso y de las decisiones. Publicidad. Plazos.
 - Feed-back tras el proceso.
- ❑ Los **mejor** vistos: Conocimientos, Entrevistas (ECE), Pruebas de Trabajo y Currículos.
- ❑ Los **peor** vistos: Test de inteligencia, Personalidad, Referencias. contactos personales y Grafología.

Predictores: Ranking Superior

(Salgado, 2005)

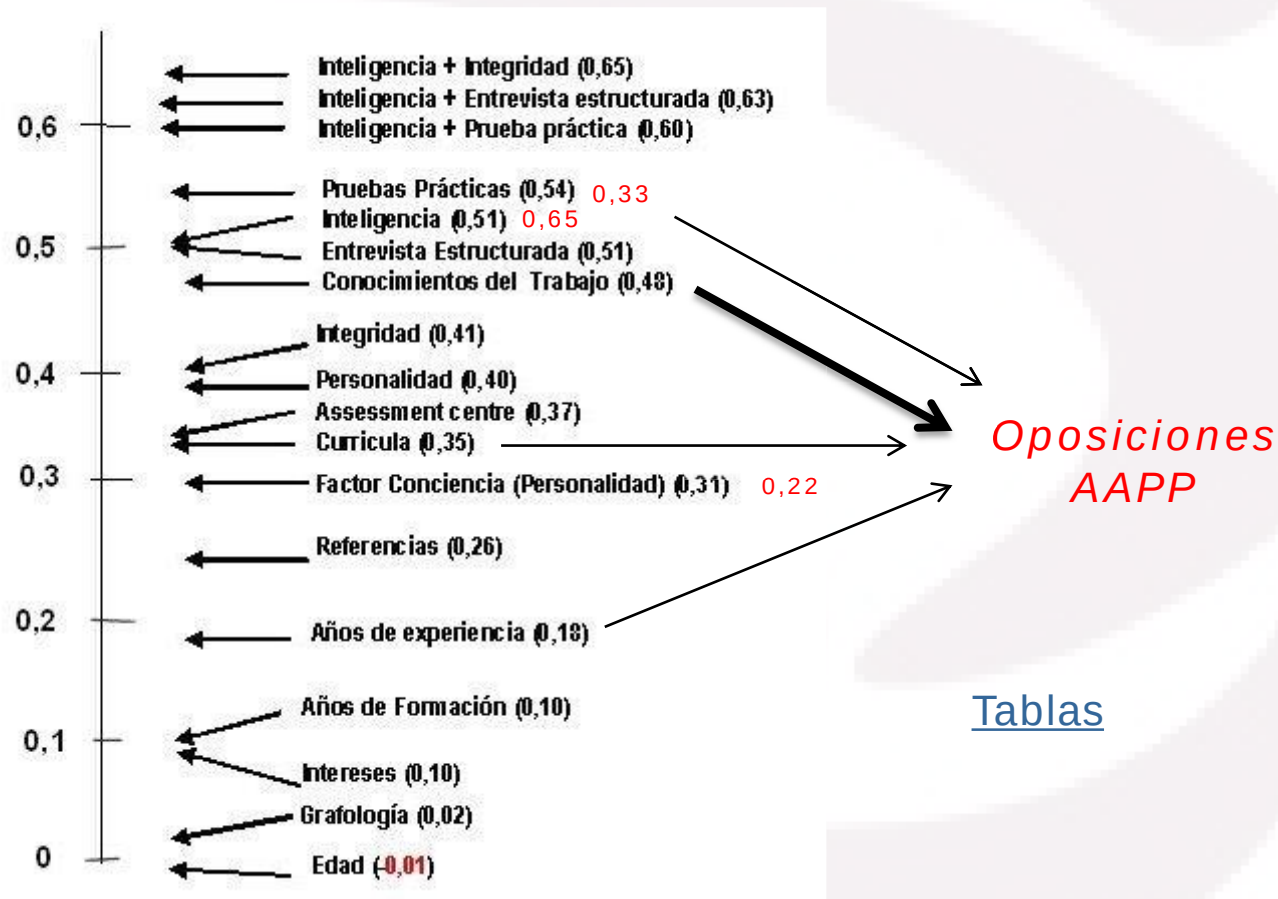
Validez Añadida: Combinación de Predictores

- ❑ Inteligencia+ECE+CO = .86 (decrece: 0%)
- ❑ Inteligencia+ECE+VME = .85 (3%)
- ❑ Inteligencia+ECE+CPT = .84 (5%)
- ❑ Inteligencia+EXP+CPT = .76 (23%)
- ❑ Inteligencia+CPT+VME = .73 (28%)
- ❑ **ECE+CPT+VME = .66 (43%)**
- ❑ Inteligencia+Integridad = .65
- ❑ Inteligencia+ECE = .63
- ❑ Inteligencia+Prueba Práctica = .60

ECE: Entrevista Conductual Estructurada. CO: Factor conciencia de personalidad. VME: Valoración de Méritos. CPT: Conocimientos del Puesto de Trabajo.

Predictores: Ranking Inferior

(Smith & Smith, 2005; Schmidt, 2016)



La Decisión Selectiva

- ☐ Sistemas Compensatorios y no Compensatorios. Sistemas Mixtos.
- ☐ Puntuaciones Mínimas: [Análisis del Trabajo](#).
- ☐ Puntuaciones Corte:
 - Estudio de Validez Predictiva: Validez Operativa.
Ecuaciones de Regresión: $y = a + bx_1 + cx_2 + dx_3$
 - Sin estudio de Validez Predictiva: [Guía](#)
 - ☐ Ratio de Selección. Ordenada de la Curva.
Puntuaciones Z. Error Estándar de Medida.

$$Z = \frac{X - \bar{X}}{S_x}$$

[Tablas](#)

Brecha investigación-práctica

(DiMaggio & Powell, 1983; Deephouse, 1996; König, Klehe, Berchtold, Kleinmann, 2010)

Ser visto como válido, racional y razonable para los actores sociales: *Legitimidad*.

- Consideraciones legales. (4,15)

- Consideraciones económicas. (3,37)
- Reacciones de los participantes. (3,22)
- Validez Predictiva. (3,15)

- Presión mimética. (2,87)
- Promoción de la propia organización. (2,73)

El Proceso Selectivo (II)

□ Criterios de decisión:

- La objetividad de las pruebas.
- La validez y fiabilidad de la prueba (MA).
- La sensibilidad de la prueba.
- El punto de vista de la persona candidata.
- El costo de la prueba y del proceso.

Controles posteriores

- ❑ Distribuciones: normalidad y [outliers](#)
- ❑ Dificultad, fiabilidad, discriminación de cada prueba y de cada ítem (test).
- ❑ Igualdad: tests de diferencia/regresiones
- ❑ Dimensionalidad. Factores subyacentes.
- ❑ [Validez](#)

EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS TÉCNICAS DE SELECCIÓN

Federico A. CASTILLO BLANCO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES: LA CAPACIDAD PREDICTIVA DE LOS SISTEMAS SELECTIVOS Y EL "AUTISMO" CON RESPECTO DE ESTA CUESTIÓN EN NUESTRO SISTEMA. II. LAS BARRERAS NORMATIVAS PARA REALIZAR PROCESOS DE SELECCIÓN EFICIENTES (PREDICTIVOS). III. LA ESCASA DEFERENCIA Y PREVENCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA VALIDEZ PREDICTIVA DE DETERMINADAS TÉCNICAS Y SU REVISIÓN. 1. La actuación de los órganos de selección en la corrección de las pruebas y su control jurisdiccional. 2. Las técnicas selectivas empleadas. 2.1 La técnica de entrevista. 2.2 Las pruebas psicotécnicas. 2.3 Las pruebas de conocimientos basadas en test. 2.4 Pruebas de conocimientos no estrictamente memorísticas. IV. CONCLUSIONES: LO QUE DICE LA CIENCIA Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA MEJORAR LA CAPACIDAD DE PREDICCIÓN DE NUESTROS SISTEMAS SELECTIVO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. CONSIDERACIONES GENERALES: LA CAPACIDAD PREDICTIVA DE LOS SISTEMAS SELECTIVOS Y EL "AUTISMO" CON RESPECTO DE ESTA CUESTIÓN EN NUESTRO SISTEMA.

No sorprenderé a nadie si aludo a que, en los últimos tiempos, se ha abierto en nuestro país un cierto debate en nuestro sistema de empleo público sobre la obsolescencia de los procesos selectivos. En realidad dicha discusión es más profesional y académica que política si salvamos el asunto del uso abusivo de la interinidad. A propósito de los sistemas de acceso al empleo público se ha escrito, y se ha escrito bien, poniendo de relieve las barreras que, desde distintos puntos de vista, supone hacer descansar éstos en pruebas de conocimientos orillando otras técnicas selectivas que se enjuician, demasiado a la ligera desde mi punto de vista, como carentes de la objetividad suficiente para ser tenidas en cuenta en dichos procesos.

Todo lo dicho al margen, claro está, de la consideración formal de los procesos de selección de personas que seguimos en nuestro país que ciertamente, como todo, siendo perfectibles responden con carácter general a los principios constitucionales que informan el sistema. Sin embargo, y ahí radica la cuestión, lo cierto es que las verdaderas cuestiones a las que se ha de dar respuesta si pretendemos mejorar nuestro sistema selectivo son otras. Prescindiendo en estos momentos de la utilización arbitraria del mismo cuyo estudio no es objeto del presente trabajo (Castillo, 1993/a; Fondevila, 2018/a; Chaves, 2019; Fernández Ramos, 2019), en realidad lo que nos debería de preocupar son respuestas a preguntas cómo las siguientes: ¿Nos sirve el sistema selectivo existente en la actualidad para la consecución de una burocracia pública profesional del mejor nivel? ¿se maneja de forma adecuada? y, junto a estas preguntas, otra no menos importante ¿Se adapta el sistema selectivo comúnmente utilizado (pruebas de conocimientos) a los perfiles de puestos de trabajo que necesitaremos en un futuro que no es lejano y que ya se encuentra llamando a la puerta?.

Reflexionemos. La incorporación de efectivos a una organización y su pleno rendimiento es un proceso que va desde la detección de la necesidad previsible en el futuro a medio y largo plazo atendiendo a los objetivos de la organización, y a los contextos en que ésta desarrolla sus políticas públicas, hasta su materialización a través de los distintos medios y técnicas que se utilicen a fin de seleccionar, con el mayor grado de fiabilidad y validez predictiva posible, el mejor talento que pueda conseguirse y no concluye hasta su plena adaptación a la idiosincrasia, formas de actuación y principios y valores que presiden la organización en que se integran esos recursos humanos. Es como puede imaginarse tras lo expuesto un proceso, de carácter predictivo ha de subrayarse, y no sólo un procedimiento administrativo debido en la Administración pública que comienza con la convocatoria y finaliza con la propuesta de aprobados. Nos ha de interesar tanto la garantía del cumplimiento de los principios constitucionales que enmarcan el proceso y los trámites procedimentales que han de presidirlo como el resultado final del mismo dado que ello incidirá directamente en la buena o mala administración y la calidad de las políticas públicas. Aunque mucho me temo que es esta segunda cuestión la que ha sido la gran olvidada en la articulación de los procesos selectivos en un sector público que, por si no fuera suficiente y dado el estatuto funcional, prácticamente selecciona, al menos por ahora, para toda su vida laboral a los efectivos que se incorporan.

En efecto existe una opinión, casi universalmente aceptada entre los expertos¹, de que los procedimientos selectivos, en su mayoría formalmente respetuosos de estos principios, son costosos, de discutible validez y fiabilidad, carentes de atractivo para amplias capas de profesionales que nos serán necesarios para atender los retos a los que nos enfrentamos (innovación y tecnología) y, por si no fuera esto ya suficiente, desesperadamente lentos (desde que una unidad organizativa decide cubrir una vacante hasta que el funcionario efectivamente se incorpora pueden transcurrir varios años) con los efectos colaterales que ello produce (bolsas de interinos, procesos de estabilización blandos, etc). ¿Qué empresa privada podría permitirse el lujo de tardar varios años en incorporar el talento que necesita para ser competitiva en un mercado tan volátil y líquido como al que asistimos ya hoy y que a buen seguro lo será con mayor intensidad en el futuro próximo que se avecina?

Pero, por si fueran pocas las anteriores críticas, también y a la vista de lo que se expondrá puede ser tildado de caduco para evaluar las competencias necesarias de una Administración que transita de ser analógica a su conversión en digital. Lo mismo podría decirse de su carencia de atractivo para amplias capas de profesionales (millennials) que a buen seguro nos serán necesarios para atender los retos a los que nos enfrentamos. Y todo ello sin olvidar, como ha reseñado Fernández Ramos (2017), las mermas al principio de igualdad de oportunidades que, con distinta intensidad, se siguen reiterando y que ponen en jaque al propio sistema y a su pretendida objetividad.

Nos lo recordaba no hace muchas fechas la propia OCDE en su Recomendación del Consejo sobre Liderazgo y Capacidad en el Servicio Público (2019) que invitaba a los adherentes, entre ellos a nuestro país a distintas acciones en esta materia², subrayando la necesidad de un

¹ Junto a otros trabajos, entre los que destacan en su integridad el número 2/2018 de la Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones, resulta de ineludible lectura y reflexión en este punto Jiménez Asensio, R. "Doce tesis y seis hipótesis sobre la selección de empleados públicos y su futuro" (consultado en septiembre 2021) disponible en <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2019/04/doce-tesis-y-seis-hipoccc81tesis-sobre-la-seleccioccc81n-de-empleados-pucc81blicos-y-su-futuro-3.pdf>

² De un lado, a identificar de manera continua las competencias y habilidades necesarias para transformar la visión política en servicios que proporcionen beneficio a la sociedad, en concreto: a) Asegurar una combinación adecuada de competencias, habilidades de gestión y conocimientos especializados para reflejar el carácter cambiante del trabajo en el servicio público; b) Renovar y actualizar periódicamente las habilidades y competencias necesarias, basándose en las aportaciones de los empleados públicos y ciudadanos para ir al compás de los cambios tecnológicos y las necesidades de la sociedad a la que sirven; y c) Orientar los procesos de gestión de personal hacia las competencias y habilidades detectadas.

De otro, a atraer y retener a los empleados con las habilidades y competencias que el mercado de trabajo requiere, y en concreto realizaba distintas sugerencias: a) Posicionar el servicio público como un empleador preferente promoviendo una marca de empleador que sea atractiva para los valores, motivación y orgullo de los candidatos para contribuir al interés público; b) Determinar qué es lo que atrae y retiene a los empleados cualificados y usarlo en el diseño de las políticas de empleo, incluyendo las retribuciones e incentivos no económicos; c) Proporcionar una remuneración adecuada y sueldo equitativo, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico; d) Intentar de manera proactiva atraer a personas pertenecientes a grupos y que posean habilidades insuficientemente representados.

enfoque de gestión de personal estratégico y sistemático a largo plazo, basado en evidencias y en la planificación inclusiva que esté conformado por una evaluación basada en evidencias de las competencias necesarias y competencias disponibles para cubrir las necesidades fundamentales tanto presentes como futuras de la organización, usando datos de recursos humanos y de personal, a fin de realizar un análisis estratégico y predictivo, así como mediante la adopción de los procedimientos que aseguren la protección de datos.

Digámoslo de una vez. La capacidad de predicción del propio sistema es crucial en un sistema de función pública como el español por dos tipos de razones que hacen referencia al momento actual y al futuro próximo. Vayamos a ellas.

La primera porque, aún en la actualidad, se mantienen estructuras que obedecen a modelos cerrados de empleo público (Cuerpos y Escalas) en convivencia con otras que son propias de modelos abiertos (puestos de trabajo). De esta forma, la persona que supera un proceso selectivo será adscrita a un trabajo con especiales características y con unas funciones determinadas, es decir, a un puesto de trabajo ya sea genérico o singularizado. Es precisamente éste uno de los aspectos necesitados de mayor reflexión ya que, en efecto, en la mayoría de ocasiones la selección se efectúa en masa, tomando como referencia un Cuerpo o Escala, pero dejando de lado las concretas demandas de los puestos de trabajo a ocupar, la posible mutación de las funciones atribuidas a los mismos, la variabilidad de las competencias y habilidades para desempeñarlos con solvencia en el futuro, etc³. Obviamente, esta forma de proceder no garantiza, ni podría hacerlo salvo excepciones, una perfecta adecuación de la persona al puesto y, si se tiene en cuenta la difícil, por no decir escasa, movilidad habitualmente presente en el empleo público (a salvo de algunos colectivos en que la patología es precisamente la contraria), existe el riesgo de que se produzca un fracaso en el resultado formalmente correcto de la selección. El problema de la mixtura de nuestro modelo de empleo público está todavía sin resolver en muchas de las cuestiones que plantea.

La segunda si se quiere es aún más decisiva. El futuro inmediato viene presidido por elementos como la variabilidad y la veloz mutación de procesos y procedimientos producto, entre otras cosas, de la digitalización de la actividad administrativa pero también del cambio hacia contextos más inestables en que se moverá la acción administrativa lo que nos conducirá a gestionar, a buen seguro, con mayor grado de incertidumbre. En ese escenario garantizar la mejor elección, la buena administración del proceso selectivo, es crucial para saber que dispondremos de los recursos humanos necesarios e imprescindibles para hacer frente a los avatares que esos cambios plantean y que a buen seguro precisaran de competencias, obviamente junto a los conocimientos, en la que se evalúen características como el potencial de aprendizaje, la capacidad de procesamiento de la información, poseer competencias digitales, la rapidez y acierto en la toma de decisiones, el trabajo en equipo, la iniciativa e innovación, la facultad de adaptación o las habilidades en materia de comunicación, etc. Ello nos obliga, como ya puede imaginarse, a incrementar la capacidad de predicción del sistema más allá de la comprobación de conocimientos que, siendo necesarios obviamente, son mutables por naturaleza y cuya comprobación en un momento determinado no garantiza *per se* que el aspirante seleccionado tenga una capacidad de adaptación constante a las nuevas exigencias de un servicio público que muta cada vez con mayor rapidez. En las normas, por

Y, por último, a contratar, seleccionar y promocionar a los candidatos mediante procesos transparentes, abiertos y basados en el mérito, que garanticen un tratamiento justo y en condiciones de igualdad, sugiriendo a este respecto: a) Comunicar las oportunidades de empleo de manera amplia y asegurar un acceso en condiciones de igualdad a todos los candidatos con cualificación adecuada; b) Llevar a cabo un proceso de selección de candidatos riguroso e imparcial basado en criterios y métodos adecuados para las funciones que se han de desempeñar y en el que los resultados sean transparentes y recurribles; c) Cubrir vacantes de una manera oportuna para mantenerse competitivos y cubrir las necesidades de contratación operativas; d) Promover la diversidad - incluyendo la igualdad de género - en las plantillas, identificando y atenuando los potenciales sesgos implícitos o inconscientes que influyan en los procesos de gestión de personal, asegurando el acceso en condiciones de igualdad para los grupos infrarrepresentados, y valorando la perspectiva y experiencia adquirida fuera del servicio público o en trayectorias profesionales no tradicionales; y e) Asegurar una supervisión eficiente y mecanismos de recursos para vigilar el cumplimiento y atender las quejas.

³ El Informe Delphi destacó la falta de adecuación de las pruebas selectivas a los puestos de trabajo a desempeñar (Estudio DELPHI. La modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública, INAP, Madrid, 1990.s

supuesto, pero también en las competencias y habilidades necesarias para enfrentar los nuevos retos que se plantearán en un futuro no muy lejano.

II. LAS BARRERAS NORMATIVAS PARA REALIZAR PROCESOS DE SELECCIÓN EFICIENTES (PREDICTIVOS).

Ciertamente la legislación básica estatal resulta tributaria de una presunción: la superioridad de las pruebas de conocimiento sobre otro tipo de técnicas selectivas. La dicción legal del TREBEP, en su artículo 61, señala de forma inequívoca una preferencia al establecer que: "Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas», y sólo después, mas adelante, añade que tales pruebas "podrán *completarse* con la superación de cursos, de períodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con prueba psicotécnicas o con la realización de entrevistas". Completarse solo completarse. Lo relevante, como puede verse, es lo primero y después, si acaso, lo segundo que resulta optativo y circunstancial. Es decir, se prima un tipo de pruebas sobre otras ya que si bien no se impiden ven limitada su funcionalidad a servir de mero complemento.

En el ámbito autonómico tampoco se han realizado por ahora, al menos con la intensidad que se hubiese requerido en mi opinión, innovaciones relevantes en los procesos selectivos no moviéndose más allá de lo ya previsto en el EBEP (hoy TREBEP) e introduciendo escasas novedades. Bien es cierto que, si se puede hablar de generaciones en este caso, la última generación de proyectos normativos arrojaría otro balance pienso que más satisfactorio

Efectivamente, y tomando como ejemplo una especialmente destacada, la legislación de Castilla-La Mancha, ésta ya resultaba consciente de la necesidad de superar las tradicionales pruebas memorísticas, pero, de acuerdo con la norma básica, no se salva de esta concepción. El artículo 51 de la Ley de Empleo Público de Castilla-La Mancha, de esta forma, prevé que los procesos selectivos deben cuidar especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a las funciones y tareas asignadas a los puestos de trabajo convocados, disminuyendo, para ello, la importancia de las pruebas basadas en la mera exposición memorística e incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas. Bien es cierto que reproduciendo a continuación el contenido del EBEP sin más tildando, de nuevo, a este tipo de pruebas como complementarias. Bien es cierto que lo realiza, en el tenor literal de la norma, para asegurar la objetividad y racionalidad de estos procesos. Igual sucede, en más o en menos, en el resto de normas autonómicas dictadas hasta la fecha. Y no digamos de aquellos supuestos en que no se ha realizado desarrollo alguno del texto básico.

Ni siquiera normas recientes como la ley valenciana, aprobada el pasado mayo, se salvan de esta concepción capitidismínuida de esas pruebas complementarias, es decir, añadidas y de menor valor frente a las tradicionales pruebas de conocimientos.

Pero cómo decíamos algo se mueve en este escenario autonómico. Y se mueve en la medida en que, no haciendo caso omiso de las opiniones de los expertos, hacen bascular los procesos selectivos, sin merma de la objetividad, en la validez predictiva de éstos. Ahí es nada para una administración de corte burocrático acomodada en hacer, al menos en este aspecto, siempre lo mismo sin importar el resultado que efectivamente se consiga.

Una excepción, por ejemplo, en dicho escenario lo representa el Proyecto de Ley de Empleo Público de Euskadi que ya incluye, en la versión conocida, entre los principios que presidirán los procesos selectivos la fiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para medir la capacidad e idoneidad de las y los aspirantes (artículo 71), y mandata en su artículo 81 que los

procesos de selección deberán incluir pruebas con validez para predecir el buen ejercicio de las funciones y el desempeño eficaz de las tareas que se deben desarrollar en el puesto de trabajo, en la agrupación de puestos de trabajo o, en su caso, en los cuerpos y escalas y equipara, sin establecer preponderancia alguna, a los instrumentos de selección en el artículo 84 entre los que incluye la realización de pruebas psicotécnicas o la superación de pruebas relacionadas con las tecnologías de la información y la comunicación o la exposición curricular por las personas candidatas.

También, y en cierta medida, siendo consciente de esa obsolescencia de los procesos selectivos realizados como hasta ahora se han desarrollado, el Anteproyecto de Ley de Andalucía recoge en su artículo 104 la fiabilidad y validez predictiva de los instrumentos y procesos de reclutamiento y selección como principio que ha de regir el acceso al empleo público e insiste, en su artículo 110, en la idea ya enunciada en la norma valenciana de disminuir la importancia de las pruebas basadas en la mera exposición memorística para lo que las pruebas habrán de consistir en la comprobación de las competencias, capacidades y conocimientos y capacidad analítica de las personas aspirantes, expresados de forma oral o escrita; las habilidades cognitivas de las personas candidatas; la realización de ejercicios prácticos y simulaciones que demuestren la posesión de habilidades y destrezas o cualquier otra aptitud relacionada con el desempeño de funciones; la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y de las tecnologías de la información y la comunicación, que podrán acreditarse mediante pruebas realizadas al efecto o a través de los sistemas que se determinen reglamentariamente; y, en su caso, en la superación de pruebas físicas. Bien es cierto que, en atención a lo establecido en la norma básica como no puede ser de otra forma, se vuelven a calificar estas pruebas como complementarias.

Ciertamente, la situación no invita a realizar “experimentos” sin introducir alguna reforma legal en los aspectos objeto de análisis o, en forma alternativa, se cuida muy detalladamente el proceso con respaldo, a ser posible científico⁴, que avale la validez de las pruebas a realizar a fin de no ver anulados dichos procesos de selección. Y es que la valoración de esas habilidades y competencias que los empleados públicos necesitan, en un entorno digital y disruptivo, no solo sería preciso sino que resultaría clave que las pruebas selectivas se estructurasen, en la medida de lo posible, en base no solo a conocimientos técnicos especializados o en méritos meramente formales, sino, asimismo, en la introducción de modelos de competencias, como se ha realizado ya en otros sistemas de servicio civil, detallando las cualidades claves que se precisan en cada nivel y en cada rama del servicio, entendiendo por éstas el conjunto de capacidades cognoscitivas, habilidades, actitudes, conocimientos y rasgos de personalidad que, en cada caso, fueren necesarias y que son determinantes para el éxito del desempeño de las tareas y funciones ahora y en el futuro.

III. LA ESCASA DEFERENCIA Y PREVENCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA VALIDEZ PREDICTIVA DE DETERMINADAS TÉCNICAS Y SU REVISIÓN.

La jurisprudencia tampoco ha sido benévola, más bien al contrario, con sistemas alternativos a las pruebas de conocimiento. Algunas razones hay para esta desconfianza no nos engañemos, pero lo cierto es que a veces las afirmaciones realizadas por ésta son cuando menos cuestionables. Siendo que, por otro lado, puede detectarse mayores requisitos y condiciones para validar pruebas selectivas alternativas a las pruebas de conocimiento que en éstas donde, si se me permite, podría decirse que no “es oro todo lo que reluce”. Máxime cuando, en algunas cuestiones a las que ahora se aludirán, esas exigencias para avalar la adecuada motivación de las decisiones de los órganos selectivos perfectamente podrían trasladarse a los requisitos y condiciones exigidos a las pruebas de conocimiento que, al menos por ahora, son ningunos.

⁴ Así puede verse en la STSJ de Galicia de 16 de junio de 2021 (rec.248/2020).

Bien es cierto que también hay excepciones en las resoluciones de nuestros tribunales que deben subrayarse y que se sitúan en la buena dirección como son aquellas que han protagonizado un nuevo paradigma sobre el alcance del control que pueden realizar los tribunales en relación al control de discrecionalidad.

Para su análisis distinguiremos dos supuestos que, en ocasiones, resultan entremezclados y las consecuencias que se alcanza son derivación, precisamente, de la aplicación del uno y del otro. El primero, sobre la actuación del órgano de selección y su efectivo control. El segundo, respecto de la concreta técnica empleada. Vayamos, pues, a la primera de las cuestiones referidas.

1. La actuación de los órganos de selección en la corrección de las pruebas y su control jurisdiccional.

Una cuestión que ha suscitado distinta problemática ha sido la posibilidad de revisión de su calificación por parte de los aspirantes a ser seleccionados⁵. Digamos que, hasta un cierto momento, la jurisprudencia había sido timorata en reconocer, en base al dogma de la discrecionalidad técnica de los tribunales, lo que, a todas luces, parecería un derecho de éstos. La jurisprudencia, a partir de 2015, comenzó a cambiar dicho parecer y buena muestra de ello es la STS de 16 de marzo de 2015 (rec. 735/2014).

En efecto, debe subrayarse en positivo la evolución que la propia jurisprudencia ha experimentado en cuanto al alcance y extensión del dogma de la discrecionalidad técnica en su forma inicial entendido⁶. En forma muy pedagógica, se expone en la STSJ de Asturias nº 774/2019, de 28 de octubre⁷, que explica, en un primer estadio de dicho razonamiento, el estado de dicha doctrina hasta tiempos recientes⁸:

“En cuanto a la discrecionalidad técnica que asiste a los tribunales calificadores, sabido es que gozan de amplia discrecionalidad técnica, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, la especialización de sus conocimientos y la intervención directa en las pruebas realizadas, los juicios técnicos de dichos órganos de selección en las pruebas de ingreso en la Administración no son susceptibles de control jurídico por la jurisdicción, y corresponden en exclusiva a aquellos órganos, añadiéndose que en el núcleo de la valoración técnica la jurisdicción, que opera con criterios jurídicos, no se puede subrogar en el lugar del Tribunal Calificador ni puede sustituirla, sin perjuicio de que el uso de la discrecionalidad técnica pueda y deba ser objeto de control jurisdiccional desde el exterior de ese núcleo reservado, en función de criterios de carácter jurídico, como son fundamentalmente la interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos (artículos 9.3 y 23. 2 de la Constitución), y sobre la base de datos fácticos o jurídicos diferentes en todo caso de la pura valoración de los méritos en su dimensión técnica, de modo que dichos juicios técnicos que se emitan sobre cada candidato no pueden ser revisados, en vía de recurso, ni administrativo ni judicial, salvo que se demuestre que ha existido vulneración de las bases de la convocatoria, desviación de poder,

⁵ Esa actitud contraria derivaba, en efecto, de una mal entendida visión de ese dogma. De forma tal que, como señalaría el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero de 2008, las valoraciones que se encomiendan a un órgano técnico específico no pueden ser sustituidas por la valoración que el interesado realice sobre su propio ejercicio y ni siquiera por la aportación de una valoración pericial realizada a instancia de la parte, según conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo (p.ej. STS de 30 abril 1993 y 10 de octubre de 2000). La de 20 de diciembre de 2007 insiste en exponer que la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control de la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a dos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados, cuando estos existan, y el del error ostensible”

⁶ La doctrina se había mostrado crítica con este proceder. Por todos puede verse, a este respecto, los trabajos de de Rivero Ortega, R. (2012): “¿Acaso existe discrecionalidad técnica? En virtud de la STS de 19 de julio de 2010”, en *Administración y Justicia*. Liber amicorum Fernández Tomás Ramón (coord. por García de Enterría, E. y Alonso García, R.), vol. I, Thomson Reuters, Civitas; Fernández, T.R. (2015) “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública* nº 196 (págs. 211 a 227).

⁷ Es reiterado en la jurisprudencia relatar esta evolución. Véase las SSTS de 16 diciembre de 2014 (rec. 3157/2013); 16 de febrero (rec. cas.3521/2013) y 18 de marzo de 2015 (rec. cas. 1053/2014); y 21 de enero (rec. cas.4032/2014) y 15 de junio de 2016 (rec. cas. 2000/2016.)

⁸ Preciso es destacar, y remitirnos en este punto, al magnífico trabajo de Chaves, J.R. (2019), *Vademecum de Oposiciones y Concursos* (VI Edición), Editorial Amarante, Salamanca, pp. 155 y ss que, además, señala junto a los hitos en la evolución jurisprudencial ya citados en la jurisprudencia otros signos de evolución en el control de la discrecionalidad y en la actuación de los tribunales.

indefensión o una clara, manifiesta y evidente arbitrariedad o un patente error, acreditado por quien impugna (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1.986, 17 de diciembre de 1.986, 20 de diciembre de 1.988, 8 de noviembre de 1.989, 18 de enero, 27 de abril y 7 de diciembre de 1.990, 13 de febrero y 12 de diciembre de 1.991, 30 de marzo y 8 de octubre de 1.993, 17 de octubre y 13 de diciembre de 1.994, 5 de junio y 15 de diciembre de 1.995, 15 de enero y 15 de julio de 1.996 y 11 de octubre de 1.997, entre otras muchas y del Tribunal Constitucional 75/1983, 192/1991, 200/1991, 293/1993 y 353/1993, de 29 de noviembre). En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, resumiendo las anteriores pautas en la materia, declaró que la deferencia judicial hacia la discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos está basada en una presunción "iuris tantum" de certeza y razonabilidad de su actuación, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar las calificaciones, de modo que sólo en el caso de que se demuestre la voluntad viciada del órgano -desviación de poder- o la existencia de errores palmarios y groseros, podrían anularse sus decisiones en lo que tienen de discrecionales".

Pero dicho ello, el Tribunal señala la evolución que se ya se había producido en dicha concepción y añade que:

"Yendo un paso más, los Tribunales Superiores de Justicia han asentado doctrina en este campo, señalando que la fiscalización jurisdiccional no sólo cabe darse en los supuestos de arbitrariedad, error ostensible y manifiesto y supuestos similares, sino que el Tribunal Jurisdiccional puede entrar a enjuiciar técnicamente lo realizado y/o a su vez valorado en vía administrativa, ya por sus propios conocimientos técnicos, ya porque la valoración de lo formulado y contestado queda fuera del ámbito de la denominada discrecionalidad técnica, puesto que puede darse una comprobación, desde criterios de lógica elemental, la racionalidad de aquélla, no exigiendo saberes especializados (así STS de 7 de abril de 2007, rec.1185/2002)".

Toda esa evolución ha llevado a cuestionar la inicial posición reacia a la prueba pericial y a la posibilidad por parte de los aspirantes de poder proceder a comparar su ejercicio con respecto de otros aspirantes. Bien es cierto, ha de aclararse, que dichas posibilidades no se admiten de forma uniforme en toda la jurisprudencia revisada y, como en tantas otras cosas, se dan dos pasos adelante y uno atrás⁹.

En positivo, y a propósito de la prueba pericial, puede citarse la STS de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013) que explica, tras resumir la jurisprudencia que se ha establecido sobre el control jurisdiccional de la llamada discrecionalidad técnica, respecto de la concreta cuestión de qué clase prueba será necesaria para justificar el error que pretenda imputarse al núcleo del juicio técnico que haya sido emitido por los órganos calificadores de un procedimiento selectivo, que:

⁹ Muy ilustrativo de este debate es la discusión "La admisión de pruebas destinadas a combatir la discrecionalidad técnica. Foro abierto", protagonizada por distintos magistrados y que puede consultarse en EDC 2007/1004438. De esta se deriva que la doctrina jurisprudencial se ha dividido y mientras para un sector se defiende la plena revisión por jueces y Tribunales de las decisiones técnicas, considerando que no existe un ámbito de la actuación administrativa exento de control y que la decisión no se produce entre soluciones igualmente justas sino que ha de optarse por la mejor, defendiendo la plenitud del control de tales decisiones siempre que el tribunal disponga de los elementos de juicio necesarios normalmente a través de las correspondientes pruebas periciales. Otra postura defiende la exención de la fiscalización por los jueces y tribunales del aspecto técnico de la decisión, bien partiendo de la existencia de un cierto margen de apreciación en la discrecionalidad técnica, o bien atendiendo al contenido eminentemente técnico o científico de las decisiones. Para esta última posición es esencial es delimitar estrictamente el concepto de discrecionalidad asumible por la Administración, rechazando que lo "técnico" sea una coartada para amparar la discrecionalidad exenta de control, pero al final siempre deberá respetarse a la Administración un núcleo último de decisión cuando el ordenamiento jurídico le permita esta elección entendiendo que desde esta posición, llegar más lejos, y plantear pruebas para demostrar la incorrección de la decisión administrativa desde el punto de vista del mérito y capacidad, atacando de raíz el núcleo esencial de la decisión (esto es la valoración preponderante de una persona frente a otra), aunque se inscriban también en el aforismo "actori incumbit probatio", quizás resulte estéril ante las cautelas de la jurisprudencia, pruebas por lo demás ciertamente gravosas para el particular, al que se le exigiría aportar justificaciones que frecuentemente descansan sobre medios materiales en manos de la Administración (las específicas -no las abstractas- reglas de valoración y los criterios utilizados), por lo que entendemos que sería suficiente que se suministrase al juez la realidad fáctica, sin necesidad -al menos entendida como regla general- de invertir la carga de la prueba exigiendo de la Administración que desvirtúe la inexactitud de las alegaciones de la parte recurrente.

"La doctrina jurisprudencial que acaba de recordarse debe ser completada con estas otras consideraciones que continúan.

I.-La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse.

Así debe ser por estas razones: (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas (artículos 14 Legislación citada CE art. 14 y 23.2 CE Legislación citada CE art. 23.2) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos.

II.-La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador.

Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente: (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error"¹⁰.

Son, ahora, y por tanto, dos elementos los que permiten (o no) la admisión de un informe pericial: el primero, que el tribunal haya expuesto los elementos que tomó en consideración para realizar su función evaluadora que dejó plasmada en las puntuaciones objeto de controversia, así como el procedimiento seguido para ello y los parámetros cualitativos tomados en consideración y es que, como explica gráficamente, la STS de 29 de febrero de 2016, sin ese necesario "guión" la actividad del tribunal escapa a todo tipo de control, incluso en vía jurisdiccional y por tanto a los límites que la jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo a la discrecionalidad técnica de los tribunales¹¹; y, en segundo, que el informe

¹⁰ Y es que la no admisión de dicha prueba pericial sería tanto como admitir que se impida la tutela judicial efectiva al no permitir al recurrente utilizar todas las "armas" que tiene a su disposición en virtud de las leyes procesales. Máxime cuando, en otros campos, no se discute dicha posibilidad. Como razonan las SSTs de 20 de julio 2007 (rec.9184/2004) y 2 de marzo 2007 (rec.855/2002) -con cita de las sentencias de 4 de enero y 14 de junio de 2006-. la naturaleza técnica de los actos administrativos no es exclusiva de los Tribunales calificadoros de procesos selectivos, sino también de otros órganos administrativos, impropriamente llamados Tribunales, como los Médicos, los Económicos, los que deciden sobre el justiprecio (Jurados de Expropiación), etc. Es más, se razona que esa naturaleza, se da en la mayor parte de los actos administrativos, como, por ejemplo, los que declaran la ruina y los que otorgan un contrato administrativo.

¹¹ En este punto debemos recordar la evolución que había experimentado la jurisprudencia en torno a la necesaria motivación de sus decisiones por los tribunales evaluadores. Y así la STS de 16 de marzo de 2015 razonó que "Debe reiterarse que cualquier aspirante tiene derecho a que le sea comunicada la motivación de las calificaciones y puntuaciones que le hayan sido aplicadas por el Tribunal Calificador. Esa comunicación es obligada para la Administración tanto cuando le haya sido solicitada por dicho aspirante, como cuando este haya planteado su impugnación contra esas calificaciones y puntuaciones.

Lo anterior conlleva que una vez planteada esa impugnación, como aquí aconteció, no basta para considerar motivada la controvertida calificación con comunicar la cifra o puntuación en la que haya sido exteriorizada, o, como aquí sucedió, manifestar el Tribunal que la solicitud ha sido desestimada.

Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por la que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada.

Por todo ello resulta patente que faltando una motivación que incluya tales elementos, no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica; como tampoco puede constatar si ese mismo juicio fue o no igualitario.

pericial cumpla con los requisitos que permiten que pueda quedar desvirtuada la presunción de acierto que, en razón a su objetividad y solvencia técnica, ha de otorgarse en principio al Tribunal Calificador¹². Y, en cualquier caso, ha de ponerse de relieve en dicha prueba "un claro e inequívoco error" (STS del 16 de marzo de 2016, rec.526/2015) que queda de manifiesto cuando se contrapone un documentado informe pericial frente a una escasa motivación del informe que declaró no apto al recurrente (STSJ de Madrid de 14 de junio de 202, rec.2402/2019)¹³.

De la segunda cuestión a la que nos referíamos, la posibilidad de realizar una comparativa entre los ejercicios realizados por los aspirantes, puede decirse algo similar. Si en algunas sentencias de nuestros tribunales dicha actuación parece admitirse (SSTS STS de 9 de mayo de 2014, rec.1188/2013; de 4 de diciembre de 2019, rec.188/2018; y, más recientemente de 17 de diciembre de 2020, rec.312/2019)¹⁴; en otras, sin embargo, dicha posibilidad queda empañada con argumentos cuando menos cuestionables como los que se vierten en la STS de 6 de marzo de 2018 (rec.4726/2016) que, mucho más reticente, no duda en afirmar que:

"... es claro que la alegación de error manifiesto no puede prosperar. El análisis comparado de su ejercicio con los de los otros dos aspirantes está fuera de lugar en esta sede, ya que no es función del órgano judicial en vía contencioso-administrativa ocupar el lugar del Tribunal Calificador para valorar los ejercicios de un concurso-oposición. Ésta es una cuestión que -más allá del respeto a los límites de la discrecionalidad técnica, ya examinados- queda fuera del control jurisdiccional, por corresponder exclusivamente a los especialistas en el correspondiente sector de la ciencia o la técnica sobre el que verse el proceso de selección. Ni siquiera en un caso como éste, en que el concurso-oposición trataba fundamentalmente de conocimientos jurídicos, podría esta Sala sin pecar de extralimitación aventurarse a revisar la valoración de quienes fueron llamados como expertos a valorar los ejercicios de los aspirantes"

Bien es cierto que, en honor a la verdad, el tribunal lo que rechaza es que dicho control comparado de los aspirantes deba realizarse por el órgano jurisdiccional y no necesariamente mediante la pericia correspondiente¹⁵. En cualquier caso, y para algunos autores, dicha cuestión

Y, por ello, no se ofrecen al interesado los elementos que le resultan imprescindibles para que pueda articular debidamente, con plenitud de su derecho de defensa, la impugnación jurisdiccional que quiera plantear frente a la calificación o puntuación que le haya resultado lesiva para sus intereses".

¹² Puede verse, respecto de este punto, también la STS de 6 de marzo de 2018 (rec.4726/2016).

¹³ "A la falta de explicación sobre los aspectos de la personalidad valorados negativamente se contrapone la prueba propuesta por la recurrente. En el informe pericial elaborado a instancia del demandante, firmado por una psicóloga, se realiza varias entrevistas personales y distintas pruebas técnicas (Compe-TEA, MSCEIT, TPT) mediante las que se analizan los aspectos negativos reflejados en el acuerdo del Tribunal Calificador, concluyendo que no se aprecian alteraciones psicológicas o de personalidad que le impidan el desarrollo de las funciones policiales si nos atenemos a las áreas a valorar según la convocatoria, concluyendo que posee las competencias propias para desarrollar esta función. En la valoración de pruebas sobre reconocimientos médicos, esta Sala tiene señalado que la apreciación del Tribunal Médico se basa en un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico que sólo puede ser formulado por este tribunal como órgano especializado de la Administración, si bien es compatible con la exigencia de una base fáctica, ya que el juicio técnico emitido se realiza sobre unos datos objetivos que permiten deducir una calificación final. Ahora bien, es posible que esta presunción de certeza y acierto de la decisión del tribunal pueda ser desvirtuada en el curso del litigio por prueba pericial imparcial que desmienta o contradiga aquellos datos constatados y las lógicas valoraciones técnicas de los órganos oficiales. Es el recurrente quien ha de acreditar que la decisión administrativa es contraria a derecho, y para ello deberá justificar suficientemente que los dictámenes médicos en los que se apoyó la resolución eran erróneos. A la vista de lo expuesto, frente a lo escasamente motivado del informe técnico en el que se basa la Administración para declararle "no apta", el informe aportado permite a la Sala concluir que no existen factores negativos no compatibles con el correcto desempeño de funciones policiales, lo que conduce a la anulación de la resolución impugnada y a reconocer el derecho de la recurrente a ser declarada "apta" en la prueba de entrevista personal, con las consecuencias que se explican a continuación".

¹⁴ Y es que parecería admitir dicha comparación. Lo relata muy bien la STS del 22 de noviembre de 2016, (rec. 4453/2015), con citas de otras, para la que: "De otro lado y al contrario de lo que defiende, las apreciaciones de la comisión de selección sobre la que llama idoneidad de los candidatos se hacen en un contexto competitivo de manera que es inevitable la relación de la valoración de unos con la de otros. Y, precisamente, porque para no ser arbitraria la apreciación de la comisión de selección se ha de hacer a partir de los mismos criterios, conocer el contenido de las otras entrevistas sirve para comprobar si se ha aplicado a todos el mismo rasero. De ahí que la jurisprudencia haya afirmado el derecho de los interesados a comparar sus ejercicios con los de otros aspirantes cuando sostenga que han obtenido una mejor valoración pese a ser su contenido sustancialmente idéntico"

¹⁵ Y es que, en determinados ámbitos, como el jurídico los tribunales habían entendido que éstos tenían suficiente pericia para proceder a dicho control directamente. En efecto, estos habían declarado "Si bien la doctrina es pacífica en la llamada "discrecionalidad cero" también resultará controlable allí donde la "discrecionalidad sea mínima" por tratarse de ejercicios o pruebas, como las jurídicas de respuesta sencilla sobre temarios consolidados de teoría general constitucional o administrativa, en los que se da la circunstancia de una general y práctica unanimidad científica del contenido correcto unida a la capacitación y especialización de los jueces contencioso-administrativo para valorar su acierto."(STSJ de Madrid de 7 de Mayo de 2012, rec.466/2010; STSJ de Galicia de 12 de Junio de 2015,rec.10/2015) o, inclusive, el Tribunal Supremo la había declarado "innecesaria en materia jurídica" (SSTS de de 9 de mayo de 2014, rec.1188/2013; 26 de Octubre de 2015, rec.2934/2014).

no debiera impedir el control por parte del Tribunal dado que, a su juicio, "cuando el Supremo, y el Constitucional, habían fijado que la tutela del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, imponían verificar si existía error grave y manifiesto (SSTS de 17 de febrero de 2016, rec. 4128/2014; STS de 3 de noviembre de 2016, rec.2679/2015)"¹⁶.

Pero en esta progresiva ampliación del control jurisdiccional sobre el control de la discrecionalidad técnica se siguen dando pasos adelante. Es de resaltar en este aspecto las consideraciones realizadas por la STSJ de Castilla-León de 12 de marzo de 2020 (rec.346/2019) que razona sobre cuando y cómo han de establecer los criterios a seguir por los órganos de selección a fin de fijar la oportuna calificación. En primer lugar, la Sala no duda en afirmar que dicha fijación de criterios por parte del Tribunal se incluye entre las capacidades de éstos en ejecución y como complemento de las bases de la convocatoria. Dice así¹⁷:

"ha de incidirse en que no se opone, en línea de principio, al respeto a las normas de la convocatoria, que las comisiones de selección y, eventualmente, los tribunales de un proceso de acceso a la función pública complementen las normas que regulan el proceso en sí, por supuesto sin desbordarlas, ni contradecirlas. Es más, puede ser necesario y, cuando menos, beneficioso, que el órgano correspondiente de selección complemente y haga saber qué criterios va a seguir, pues las normas generales, a veces, por su amplitud, no permiten descender a los detalles que afecten a determinados colectivos y en esa función integradora la labor de los órganos de selección es particularmente útil y efectiva para la marcha del proceso y, sobre todo, y es lo que interesa en este litigio, para quienes desean tomar parte en dichos procesos y acceder a una determinada plaza. Desde esta perspectiva, que se fijen criterios de evaluación en una prueba práctica o en una exposición oral de un tema, siempre que se haga dentro de las normas de un concurso, no es reprochable, sino, como se dice, en principio, plausible".

La Sala, fijada esa inicial posición, estima el recurso y lo hace en base a que, sin embargo, no se fue transparente en el establecimiento de esos criterios y de que todos los aspirantes han de tener las mismas oportunidades en cuanto a la defensa de su ejercicio. Argumenta el Tribunal, respecto del primer asunto, que:

"Cuestión diferente es que, dentro de la labor integradora que las comisiones de selección y los tribunales, al aplicar las bases de la convocatoria, deban actuar al fijar los criterios de valoración con transparencia y publicidad, para dar correcto cumplimiento a lo prevenido en los artículos 23 y 103 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, en relación con las reglas de acceso a la función pública, generales y autonómicas.

Así, si es plausible, y lo es, que se fijen criterios de evaluación de las pruebas de quien se examina, debe tomarse la decisión y hacerse saber a sus destinatarios, no puede tratarse de criterios internos y sólo conocidos por los miembros del tribunal, pues afectan a quienes ante el mismo comparecen y, por esa razón, deben ser publicados. Con ello no solo, que también, desaparecen las posibles suspicacias que pueden levantarse, sino que ayudan a quienes deben examinarse a saber de qué forma van a ver favorecidas sus exposiciones; cómo van a ver mejor valorados sus trabajos y no van a verse perjudicados, más allá del azar, siempre a tener

¹⁶ Véase el comentario a esta sentencia de J.R. Chaves que puede consultarse en: <https://delajusticia.com/2018/03/14/retroceso-del-supremo-en-el-control-de-la-discrecionalidad-tecnica/>. Asimismo puede consultar el estudio de la misma realizado en Gómez Díaz-Romo, A. (2018) "Comentario a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sección 6ª, 359/2018 de 6 de marzo (rec. 4726/2016). Control de la discrecionalidad técnica", Gabillex, nº 14

¹⁷ Precisamente, y por ello, rechaza la sentencia la alegación del demandante de que en su condición de funcionario público le hacía estar exento de demostrar ciertos criterios seguidos por el tribunal que, a su juicio, había que dar por supuestos en dicha condición (metodología a seguir, actividades propuestas, etc.), y frente a la misma la Sala no duda en afirmar que: "Eso es un aspecto, probablemente, muy interesante para la adecuada selección de un docente, ya que no se trata exclusivamente de que "sepa" una materia, sino de que debe saber transmitirla y hacer que sus alumnos se interesen por ella y se formen en la misma. Tal forma de evaluar, en sí misma considerada, ni es contraria a las bases de la convocatoria, ni a la normativa de acceso a la función pública; es una manera útil de evaluar o medir una exposición, saliendo del estrecho margen de si el examinando sabe o no una determinada materia".

en cuenta en un examen, por contrariar los criterios de un tribunal, que desconocen y al que no pueden amoldarse, simplemente porque lo ignoran. La igualdad de quienes comparecen ante un tribunal evaluador en un proceso de selección debe ser la máxima posible y ello se empieza a aplicar por saber a qué atenerse y debe conocerse desde un tiempo prudencial anterior que permita incidir a los interesados en aquellos aspectos que más interesan al tribunal. No es posible ir a ciegas en las circunstancias legales y sociológicas en que nos hallamos; las reglas internas, si alguna debe haber en un tribunal, desde luego, no pueden perjudicar a los destinatarios de las mismas"¹⁸.

Y respecto de la segunda cuestión razona que:

"Del propio modo, establecer los medios de que puede valerse un examinando en una prueba para defender una fase previa, deben ser puestos de manifiesto de manera previa y con la antelación necesaria para que todos los que se examinen estén en las mismas condiciones. Es factible, así, que en la exposición de la fase práctica se pueda servir quien se examina no solo de los medios técnicos o digitales que usó al realizar la práctica y además de otros medios de que se valió en la misma; nada, en principio, se opone a que esos otros medios de que se sirvió al realizar la práctica, se empleen en su defensa y es posible, dentro de la labor "integradora", sin excesivos argumentos, permitir su uso en la defensa. Ello, por supuesto, y como acabamos de decir, siempre que se permita a todos los interesados por igual y se ponga de manifiesto con una mínima antelación, de tal manera que quien va a defender su trabajo no se vea sorprendido, por su apego a la letra de la norma de convocatoria, que también puede emplear otros instrumentos que, normalmente, no habrá llevado consigo. Si el tribunal no ha sido diligente en advertir de las posibilidades de utilizar otros mecanismos que los expuestos en la norma de convocatoria, está situándose en el peligro de tratar de manera diferente a unos examinandos que a otros, discriminando negativamente a unos frente a los demás, pues a unos se les permite valerse de unos medios que otros no pueden emplear porque no han confiado en un criterio amplio del tribunal. Ello crea una situación diferenciada, que además, como se dice, pudo evitarse muy fácilmente, advirtiéndolo previamente de que se iban a permitir otros medios de apoyo distintos a los digitales; si nada se dijo, prima la norma de la convocatoria y no cabe discriminar a unos frente a otros".

Llegando más allá, y en aras de la transparencia de estos procesos, los tribunales han respaldado la posición de los órganos de transparencia en orden a facilitar a los aspirantes la documentación necesaria para el control de la actividad de los entrevistadores. En el caso concreto se trataba de los documentos de trabajo de éstos por considerarlos jurídicamente como "documentación auxiliar o de apoyo" (notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas que, a juicio de la Administración, no debían entregarse por aplicación del art. 18.b de la Ley 19/2013, de 9

¹⁸ Bien es cierto que, en casos concretos, no ha exigido ese previo establecimiento de criterios por entender que estaba implícito en el caso práctico que se había utilizado el realizar una contestación a la demanda y no un informe sobre las cuestiones planteadas (STSJ de Aragón de 23 de junio de 2021, rec.810/2019). Así lo explica, a mi juicio insatisfactoriamente, razonando que "Las bases no exigían concretar, más allá de lo dicho, los criterios de calificación del ejercicio práctico, en el que lo fundamental era comprender que se trataba de redactar un escrito de contestación a una demanda, con lo que ello implicaba de dar una respuesta a las cuestiones procesales, como es evidente por el conocimiento de las normas adjetivas sobre el contenido obligado de los escritos de demanda y contestación, y después a las cuestiones de fondo. Así se concretó en el presente caso al plantear ocho cuestiones procesales y otras tantas de fondo. El problema de la recurrente es que no comprendió que se trataba de un escrito de contestación a la demanda y no de un informe, por lo que no podía dar respuesta adecuada a lo que se planteaba. Ello determinó su calificación de 4 sobre 10, y nada tiene que ver con el conocimiento previo del modo de calificación de las distintas cuestiones, pues se trataba de evaluar un escrito de contestación a la demanda en su conjunto, con la evidente dificultad de individualizar la valoración a las respuestas". Frente a esa resolución jurisdiccional otras son mucho más exigentes a la hora de exigir una motivación pues aún cuando se había establecido los criterios en las bases no se duda en anular la decisión del órgano de selección por insuficiente motivación en la aplicación de los mismos argumentado que: "No obstante, el hecho de que las bases especifiquen los criterios de corrección a seguir no supone que la resolución pueda considerarse motivada por la simple referencia o remisión a estos criterios, sino que es preciso que la aplicación de estos a cada ejercicio en concreto quede debidamente explicitada. En relación a ello, en el presente caso debemos concluir que esta necesaria motivación no existe, pues las razones dadas por la Administración como contestación a la reclamación del interesado son absolutamente genéricas y estereotipadas, sin ninguna referencia al caso práctico y al ejercicio del aspirante. No constan actas del Tribunal Calificador, notas, criterios de corrección, observaciones o comentarios al concreto ejercicio cuestionado. Es decir, no se explicitan las razones por las que el aspirante no superó el examen, ni el porqué de su nota final" (STSJ Madrid de 14 de junio de 2021, rec.2392/2019).

de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). Pues bien, frente a dicha opinión, la SAN de 24 de abril de 2017 (rec. 10/2017) confirma la opinión del órgano de transparencia con un argumento que rezuma lógica se mire por donde se mire, y es que el tribunal razona que en la entrevista intervenía un órgano de apoyo asesor especialista, integrado por psicólogos que asesoraba al tribunal de selección en materias relacionadas con la personalidad y aptitud del aspirante, e incluso informaba sobre las reclamaciones presentadas contra las calificaciones de "no apto" provisional, y de cuyo contenido depende que el tribunal decida definitivamente sobre la calificación de "apto" o "no apto" lo que se demostró cuando estos documentos fueron entregados al aspirante porque en estos documentos no solo se contenían las notas tomadas que pudieron servir de base de la calificación y valoración del órgano asesor, sino que figuraban verdaderos fundamentos y razonamientos en los que se basaba la calificación de "no apto". Y, en base a ello, el Tribunal concluye que son documentos cruciales para una posible defensa de los derechos del aspirante, en caso de que hubiera decidido impugnar la resolución de "no apto".

2. Las técnicas selectivas empleadas.

Ya la STS de 31 de mayo de 2008 (rec.47/2005), dictada en interés de ley, declaró que las pruebas selectivas de conocimiento a cargo de aspirantes mediante temario son mas ajustadas a los criterios constitucionales que la selección de funcionarios mediante test psicotécnicos, entrevistas, realización de memorias o similares. El Tribunal Supremo, en la sentencia referida e ignorando cualquier criterio científico al respecto sobre la validez predictiva de las distintas técnicas a utilizar, avaló que las pruebas, programas y técnicas han de dirigirse de modo principal y obligado al control y comprobación de los conocimientos que posea el aspirante, contemplándose solo de modo secundario y potestativo los otros tipos de pruebas citados.

Con un criterio netamente defensivo razona el alto tribunal, sin mayor razonamiento al respecto, que no pueden situarse en pie de igualdad tales técnicas con el examen de conocimientos, afirmando que *"es indudable que el criterio de capacidad y mérito se satisface mejor con pruebas de conocimiento, sin perjuicio de que una vez asegurado éste se complete con otro tipo de pruebas, al propio tiempo que contribuyen mejor a la realización efectiva del principio de igualdad en el acceso al ejercicio de la función pública, pues pueden acceder a la misma, quienes a través de su exclusivo esfuerzo, y con independencia de su procedencia social, demuestran reunir dichos méritos. En definitiva, un sistema que busque la excelencia en la selección de los funcionarios, en lugar de la mera suficiencia de conocimientos básicos, no sólo garantiza mejor el funcionamiento de la Administración y los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución Española), sino que es más justo y acorde con los principios de mérito, capacidad e igualdad, y evita en mayor medida las posibles desviaciones de poder en la selección de aquellos"*. Debemos insistir en que dichas afirmaciones se realizan sin criterio alguno o evidencia empírica que así lo avalase más allá del referido precepto legal del EBEP.

A partir de aquí, y con esas bases, la jurisprudencia sobre las distintas técnicas selectivas distintas a las pruebas de conocimientos clásicas ha sido, cuando menos, preventiva, rigorista en cuanto a los requisitos para su admisión y un tanto escéptica sobre su validez y fiabilidad. Ciertamente, y es justo señalarlo, ha habido motivos para ello dada la patología detectada en su realización por la Administración pública y, asimismo, cabe señalar que dicha inicial conclusión no puede, sin faltar a la justicia, extenderse ni a todos los órganos jurisdiccionales ni tampoco a todas las resoluciones jurisdiccionales recaídas en estos años, siendo que, además, tampoco en todos los supuestos concurren las mismas circunstancias¹⁹. Pero pasemos a su análisis para contrastar dicha opinión.

2.1 La técnica de entrevista.

¹⁹ Así lo recoge la STSJ de Madrid de 15 de abril de 2021 (rec. 1408/2019).

Conviene recordar que la técnica de la entrevista venía siendo admitida desde 1984 (actualmente se recoge en el artículo 82 RGIPP de 1995 y en el citado artículo 61 TREBEP) y venía siendo refrendada, en lo que se refiere a su admisibilidad, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1993. Se trata, en la misma, de valorar habilidades y competencias distintas a las académicas -pruebas de conocimientos- como pauta de éxito en las mismas (STSJ de Madrid de 17 de junio de 2021, rec.94/2020). De ahí su complejo su control jurisdiccional y es que, como indica alguna resolución jurisdiccional (STSJ de Madrid de 10 de junio de 2021, rec.144/2020), la misma es útil en determinados procesos selectivos ya que *"la entrevista personal, dentro del marco de las competencias transcritas, busca determinar si en cada candidato concurren en medida bastante motivos, rasgos, actitudes, valores, aptitudes y habilidades que traduzcan dichas competencias, cuestión ésta que, empero, precisa específicamente de un útil de selección como la entrevista personal que, precisamente por su potencial y versatilidad in situ, sirven para abundar inmediatamente en los extremos y cualidades que puedan ofrecer dudas, revelándose, así, el útil de selección más apto para dicho fin concreto"*.

Inclusive la misma ha sido estimada necesaria para la valoración de ciertas actitudes y competencias en determinados puestos del sector público. La STSJ de Madrid de 29 de enero de 2021 (rec.1150/2018) dice, a este respecto, que:

"Así, las bases especifican que se evaluarán las competencias de valores institucionales (i.e., empatía de los candidatos con los valores del Cuerpo de la Guardia Civil, basado en la sujeción jerárquica), adecuación a las normas (capacidad de conducirse en entornos sujetos a una relación de sujeción especial cualificada expresamente como de disciplina militar); responsabilidad/madurez; motivación, autocontrol y habilidades sociales y de comunicación. Todo ello, en una entrevista a desarrollar metodológicamente a través del diálogo, siguiendo un desarrollo semiestructurado y otras pruebas para valorar motivos, rasgos, actitudes, valores, aptitudes y habilidades subyacentes a las competencias descritas.

En suma, la entrevista personal, dentro del marco de las competencias transcritas, busca determinar si en cada candidato concurren en medida bastante motivos, rasgos, actitudes, valores, aptitudes y habilidades que traduzcan dichas competencias, cuestión ésta que, empero, precisa específicamente de un útil de selección como la entrevista personal que, precisamente por su potencial y versatilidad in situ, sirven para abundar inmediatamente en los extremos y cualidades que puedan ofrecer dudas, revelándose, así, el útil de selección más apto para dicho fin concreto. Máxime en supuestos como el que nos ocupa, en que no hay una sino hasta dos entrevistas personales (grupal e individual), cuyos resultados son cohonestados en el momento de la evaluación".

O se resalta su necesaria existencia al permitir abordar aspectos no detectables en otro tipo de pruebas selectivas (SSTSJ Madrid de 12 de octubre de 2018, rec.70/2017 y sentencia de 3 de diciembre de 2020, rec.646/2019):

"En el caso objeto de nuestro examen, lo primero que hemos de señalar es que la prueba de la "entrevista personal", - cuya idoneidad como elemento de contraste resulta incuestionable (así lo hemos declarado, entre otras en Sentencia de esta propia Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de Marzo de 2017, Recurso 945/2015) pues permite abordar aspectos no detectables en otras pruebas y constituye un sistema plenamente aceptado y asumido, con el fin de verificar la adecuación de la persona participante para el ejercicio de las funciones propias de la Categoría de Policía -, se configura en las Bases de la convocatoria que analizamos, en concreto en la Base 6.1.3.b), como una evaluación psicológica, pero a partir de los resultados obtenidos previamente en el cuestionario de información biográfica y test de la personalidad realizados.

Es decir, la prueba de la "entrevista personal" se persigue, por consiguiente, una evaluación psicológica, a partir de unas pruebas de personalidad, teniendo, en cierto modo, una función

de contraste, que se dirige en función de los resultados obtenidos en los test de personalidad previamente realizados y sirve para corroborar o ampliar alguna información".

Y para que la misma, en su aplicación por los órganos de selección, pueda ser considerada como una prueba válida la sentencia de 26 de mayo de 2016 (rec.1189/2016), de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, tasa los requisitos que debe reunir la entrevista personal para cumplir los requisitos necesarios de motivación, que son:

- a) Establecer con anterioridad a la entrevista los criterios que se siguen para apreciar la existencia o no de déficit en cada una de las competencias que son objeto de evaluación para apreciar la adecuación del candidato al perfil profesional, mediante la expresión de la clase de conducta o respuesta del aspirante que será considerada como expresiva de la posesión o no de cada una de las competencias;
- b) Detallar las concretas respuestas que fueron ofrecidas por el aspirante y las conductas que en él fueron apreciadas en la prueba de entrevista personal;
- c) Explicar por qué esas respuestas y conductas concretamente ponderadas en el aspirante encarnan de manera positiva o negativa los criterios de evaluación que ha de aplicarse²⁰.

De tal forma que la ausencia de éstos, inclusive la no constancia en el expediente sin que ello se pueda sustituir en el proceso judicial²¹, determina la anulación de dicha prueba por ausencia de motivación de la calificación otorgada ya que se explica *"para discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación o calificación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica; como tampoco puede constatarse si ese mismo juicio fue o no igualitario. Y, por ello, no se ofrecen al interesado los elementos que le resultan imprescindibles para que pueda articular debidamente, con plenitud de su derecho de defensa, la impugnación jurisdiccional que quiera plantear frente a la calificación o puntuación que le haya resultado lesiva para sus intereses"*(STS de 29 de enero de 2014, rec.3201/2012)²². A este resultado de anulación se llega también si, para valorar la misma, se tienen en cuenta factores que, como la experiencia profesional, no estaban contemplados como un factor a tener en cuenta para valorar la motivación del aspirante (STSJ de Madrid de 18 de junio de 2021, rec.1882/2019)²³.

En el citado sentido, su utilización resulta repudiada por su utilización en aquellos supuestos en que pudiera ser utilizada espuriamente. Aclarando, es de agradecer, que no es un sistema

²⁰ Bien que, de nuevo, en la citada sentencia se vuelve a establecer la prevalencia de las pruebas de conocimiento ya superadas y como la entrevista requerirá "que, de una manera inequívoca y rigurosa, haya quedado demostrada su falta de adecuación profesional y la concurrencia en su personalidad de factores que revelen que la misma es incompatible con ese correcto desempeño funcional a que antes se ha hecho referencia". Y añade que "así ha de ser porque la muy grave consecuencia que supone esa exclusión, para quien realizó el enorme esfuerzo de adquirir los conocimientos correspondientes a las primeras pruebas, únicamente cumplirá con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) si está justificada y explicada con ese superior nivel de rigor y exigencia que acaba de apuntarse".

²¹ En efecto, como indica la STSJ de Murcia de 17 de junio de 2021 (rec.267/2020) "No constan en el expediente administrativo la forma en que se desarrolló la entrevista, no se recogen cuáles fueron las preguntas realizadas al Sr. Benjamin, ni se constata por escrito cuáles fueron las respuestas que realizó en la entrevista, como tampoco las reacciones de las que, a modo de ejemplo, citaron una o dos en el acto del juicio. Sin esa constancia es imposible determinar si las conclusiones a las que llegaron los asesores es acertada o no, ni se permite la revisión del juicio técnico para determinar si al recurrente efectivamente le faltaba motivación, autocontrol, o cualquiera de los factores que en el perfil se habían destacado por los asesores como importantes para ser bombero. Es evidente que no es el acto de la vista el momento la explicar la motivación de la calificación de no apto del recurrente, que es lo que ha sucedido en este caso, sino que debe recogerse en el expediente administrativo. Por lo que la conclusión a la que debemos llegar es que falta en el expediente administrativo la motivación necesaria en la determinación de la no aptitud del recurrente".

²² Y es que, como explica la citada sentencia, "Esa ausencia de motivación concurre en el actual caso, porque las actuaciones demuestran, y la Administración así lo viene a reconocer en sus comunicaciones, de un lado, que no se plasmaron en ningún lugar las preguntas que en la entrevista fueron formuladas a la recurrente, como tampoco sus respuestas; y, de otro, que faltan igualmente los criterios cualitativos seguidos para aplicar a cada uno de los factores que fueron considerados en la entrevista esos conceptos de "adecuado" o "no adecuado" que permitió determinar la puntuación parcial correspondiente e dichos factores para así llegar a la calificación global de la entrevista

²³ Razona la sentencia que "El Tribunal prefiere candidatos con amplia experiencia profesional. Sin embargo, nada en la convocatoria le permite trasladar dicha preferencia a la valoración del aspirante. No se exige para participar en la oposición una experiencia laboral previa, por lo que es injustificado valorar negativamente la ausencia o la escasez de esta. Menos aún se puede discriminar al aspirante por considerar que sus estudios anteriores muestran escaso interés en la profesión. Ni la convocatoria podría exigir al aspirante que acredite su vocación ni exige que la formación académica denote una inclinación hacia la profesión policial. No es posible considerar al actor no apto o carente de motivación para trabajar como policía porque se ha formado para la docencia".

rechazable, aunque añadiendo seguidamente que controlable judicialmente dada la desconfianza de nuestros tribunales sobre los órganos gestores de la selección (STS de 14 de octubre de 2020, rec.1342/2018)²⁴. Y no se duda en anular los resultados de una prueba de este tipo -en el caso una entrevista- cuando en la prueba pericial judicial, el psicólogo (que le hizo una entrevista no estructurada al recurrente) subrayó que no se detectaban puntuaciones que hicieran pensar en déficits de comunicación y de gestión de conflictos que eran las competencias que se consideraba no concurrían suficientemente en el aspirante, aclarando también que las pruebas para fuerzas de seguridad tienen una fiabilidad y seguridad del 99,5% y que el interesado incluso estaba en unos parámetros muy altos, por encima de la media (conclusiones que coincidían en lo sustancial con las vertidas por los informes periciales de parte), por lo que se concluye que no cabe sostener que la declaración de no apto haya respondido a los cánones de razonabilidad y exclusión de arbitrariedad (STSJ de Castilla y León de 28 de abril de 2017, rec. 3/2016).

Es, en estos casos, cuando las pruebas periciales aportadas por la parte recurrente pueden ser esenciales respecto del resultado del litigio al resultar contrarios a la calificación de no apto otorgada al recurrente (STSJ Madrid de 30 de julio de 2014, rec.1370/2012) y debe cuidarse, lo que resulta más discutible a mi juicio y revela esa tradicional desconfianza sobre estas pruebas, la exquisita actuación del tribunal no siendo admisibles acuerdos de éste que permitan que las pruebas, por acuerdo previo del órgano selectivo, se celebren sin la asistencia, al menos, de la mayoría de miembros del tribunal delegando esa facultad de puntuación de la entrevista en uno de ellos asistido por un asesor ratificada después por el conjunto del tribunal (SAN de 16 de junio de 2021, rec.450/2019).

Más discutible resulta, sin embargo, la rigidez que nuestras Administraciones públicas tienen para los procesos selectivos y que se refleja en la jurisprudencia dictada a propósito de estas entrevistas. Así, y como botón de muestra, en un supuesto en que ante la duda de si es apto o no apto un aspirante se realiza una segunda entrevista el órgano jurisdiccional no duda en anular la misma (STSJ de Extremadura de 18 de junio de 2021 (rec. 99/2021). No se entiende muy bien porqué. Sin más.

2.2 Las pruebas psicotécnicas.

Los test psicotécnicos también han sido admitidos por distintas resoluciones jurisdiccionales, aunque sujetos a control judicial en base a determinados parámetros²⁵. Y es que como resalta la STSJ de Madrid de 17 de junio de 2021 (rec.1909/2019) *"una valoración psicológica, aunque sea inevitablemente algo subjetiva, le es exigible estar basada en certezas y fuentes de información y en argumentos psicológicos, y que estos queden expresados y ser intersubjetivamente valorables, verificables y discutidos, así como cumplir unos requisitos*

²⁴ La citada sentencia razona que "hemos de concluir que la configuración de la entrevista como elemento esencial del proceso selectivo (no en vano supone el 50 por ciento de la máxima puntuación) no resulta coherente con la finalidad de la fase de oposición de un procedimiento selectivo configurado como concurso oposición. Sin duda, la entrevista no es en sí un sistema rechazable en el ámbito de la selección del personal público, y de hecho en nuestro ordenamiento jurídico se conocen diversas manifestaciones del sistema de entrevista en el ámbito de los procesos de selección del personal público. Sin embargo, no resulta coherente su inserción en la fase de pruebas de evaluación de conocimientos o capacidad, concretamente en la fase de oposición, como hace la convocatoria recurrida, pues por su propio significado y alcance la entrevista es propia de la fase de concurso de méritos. Menos aún cuando, como ocurre en este caso, el objeto de la entrevista son los mismos elementos que integran el objeto de valoración de la fase de concurso, ya que la entrevista versa sobre los méritos aportados por los aspirantes y tiene atribuida una puntuación tal que supone por sí misma la mitad de la puntuación máxima posible, por lo que al coincidir el objeto de la misma -al menos parcialmente- con lo que constituye otra fase del proceso selectivo, los méritos alegados en la fase de concurso de méritos, supone en su conjunto un elemento desequilibrador del conjunto del proceso selectivo y vulnera, de facto, lo dispuesto en el art. 61.6. párrafo segundo del EBEP, que establece: "Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos".

Por último, la ausencia de parámetros y criterios preestablecidos con que hubiera de desarrollarse la entrevista -ni tan siquiera se establece su duración- ni los criterios de puntuación, desnaturaliza por completo el proceso selectivo, que carece de una prueba que pueda cumplir la finalidad de valorar la adecuación de los conocimientos y capacidades de los aspirantes.

En definitiva, la entrevista que prevé la resolución impugnada como prueba selectiva de fase de oposición, no se adecúa a las características de este tipo de prueba, que resulta preceptiva en todo proceso selectivo (así las denomina el art. 61.3 del EBEP), salvo el caso excepcional de que una norma con rango de ley permita únicamente la valoración de méritos, conforme al citado art. 61.6, excepción que no rige obviamente en este caso".

²⁵ Véanse las SSTs de 29 de enero de 2014 (rec.3201/2012) y de 26 de mayo de 2014, Rec.2075/2013). Y, más recientemente, la STSJ de Murcia de 18 de junio de 2020 (rec.9/2020). Más recientemente lo establecido en la STS de 17 de diciembre de 2020 (rec.312/2019).

metodológicos de la rama de la psicología (criterios de valoración cualitativa). En otro caso, lo que se asevera en una evaluación no entraría en el capítulo de lo que la psicología puede afirmar, quedando seriamente comprometida la fiabilidad de las conclusiones alcanzadas".

En efecto, es preciso recordar que la utilización de estos instrumentos en el proceso selectivo requieren de una motivación suficiente y válida que el Tribunal Supremo ha fijado, tras una evolución en su propia jurisprudencia, en los siguientes aspectos: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás²⁶. Y, además, hacerlo de forma previa a la celebración de la prueba y no con posterioridad ya que los interesados tienen derecho a conocer el perfil profesional que se les va a exigir para evitar así esfuerzos personales y recursos económicos innecesarios (STS de 25 de octubre de 2016, rec.4034/2014)²⁷.

Y, de esta forma, cuestiona la actuación de los órganos de selección cuando no concurren dichas circunstancias por no quedar acreditado los criterios valorativos (STSJ de Murcia de 18 de junio de 2020, rec.9/2019)²⁸. O ser estos indefinidos especialmente en aquellos supuestos en que su resultado puede ser la exclusión del proceso selectivo (STSJ de Andalucía de 25 de noviembre de 2020, rec.1326/2020), pero no se anulan cuando se acreditan que estos si existían y se han detallado las concretas razones por las que aplicados esos criterios valorativos conducen a la concreta puntuación y calificación aplicada (STSJ Andalucía de 29 de mayo de 2019, rec. 694/2018). Y es que, en estas pruebas a juicio de los tribunales, es precisa una mayor motivación por el "subjetivismo" que puede rodearlas (STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2019, rec. 719/2018).

2.3 Las pruebas de conocimientos basadas en test.

En relación a las pruebas desarrolladas bajo la modalidad de "test", como es conocido pruebas de conocimientos consistentes en elegir una sola de entre varias alternativas ofrecidas al aspirante, no se trata estrictamente de pruebas memorísticas. En efecto, como ha puesto de relieve la Sección 7ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en numerosas sentencias una de las características y mayores dificultades de las pruebas tipo test, consiste precisamente en que no basta que el participante memorice un texto publicado por todas o varias academias especializadas, sino que para superarlos es preciso un conocimiento profundo de los temas incluidos en la convocatoria, que no se limite a los escuetos epígrafes señalados en los mismos. Un examen tipo test, no se reduce a la reproducción literal de textos legales, ni a determinar si se poseen determinados conocimientos memorísticos, pues también es posible y correcto que la prueba selectiva trate de indagar si en el opositor concurren capacidades interpretativas o

²⁶ Son exponente de estos criterios jurisprudenciales, entre otros, los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004), sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006) o, por citar un último ejemplo en otro ámbito del sector público, sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004).

²⁷ Se haya establecido así, o no, en las bases de la convocatoria. Sentencias de la Sección Séptima de esta Sala Tercera: de 15 de diciembre de 2005 (casación 970/2000), 27 de junio de 2008 (casación 1405/2004), 19 de enero de 2009 (casación 8098/2004), 15 de diciembre de 2011 (casación 4928/2010), 15 de diciembre de 2011 (casación 6695/2010), 18 de enero de 2012 (casación 1073/2009), 20 de octubre de 2014 (casación 3093/2013), 20 de noviembre de 2014 (recurso 50/2012), 18 de febrero de 2015 (casación 3464/2013), nº 1058/2016, de 11 de mayo (casación 1493/2015).

²⁸ En este supuesto el Tribunal va razonando las circunstancias concretas que en el proceso selectivo le hacen llegar a la conclusión de que no se ha actuado rectamente y, en este sentido, va exponiendo que: primero, en el expediente administrativo consta el test de personalidad efectuado, pero en ningún informe ni otro documento se hace referencia a ese test, ni a su corrección, ni consta su valoración, por lo que se ignora la importancia o ponderación del mismo que pudo hacer el órgano de selección; en segundo término, razona que respecto de los seis factores investigados en la entrevista, en el expediente consta el acta del tribunal calificador y el informe técnico de valoración de la entrevista y, en síntesis, el interesado solo fue valorado negativamente en uno de los seis factores, sin que conste la puntuación exacta, ni tampoco la relativa a los otros cinco factores, que si fueron valorados positivamente. La puntuación total fue de 42 puntos, siendo necesario obtener 60 para superar la entrevista, pero se desconoce por completo cómo se hizo una ponderación entre los distintos factores para alcanzar la antedicha puntuación; por último, pone de relieve que tampoco puede conocerse la valoración que se hizo del test de personalidad el cual, si se pasó a los aspirantes, no sería simplemente por cumplir con las bases de la convocatoria, sino para obtener datos cuya finalidad sería llevar a cabo una correcta valoración.

deductivas, por simples que éstas sean, sobre cuestiones que serán contenido y objeto central de su actuación y devenir profesional.

Pues bien, si atendemos a la doctrina del Tribunal Supremo se puede señalar que uno de los límites que, entre otros, afectan a la llamada discrecionalidad técnica, es el referido a la obligación de respetar las exigencias que son inherentes a la singular configuración de las pruebas de tipo test.

Doctrina, que se encarga de señalar, que ese límite no forma parte del núcleo de la discrecionalidad técnica y, por ello, puede ser objeto de control jurisdiccional. En este sentido, el control judicial en estos casos exige la mayor cota de precisión y claridad a las preguntas y respuestas, de manera que sólo una de las respuestas alternativas ofrecidas sea la correcta. Al respecto, se encarga de comprobar si, atendidos los términos en que están planteadas las preguntas y las respuestas, cabe más de una contestación. Y en caso de que así sea, anula la pregunta ya que se razona que esa decisión judicial de anular alguna de las preguntas por no ser clara no desconoce la discrecionalidad técnica del tribunal calificador.

La STS de 18 de mayo de 2007 (recurso 4793/2000) es expresiva de la posibilidad de ese control jurisdiccional sobre las exigencias que son exigibles las pruebas de tipo test, y se expresa así:

"Es cierto que la jurisprudencia refiere esa discrecionalidad técnica a aquellas constataciones de cualidades o datos que han de realizarse mediante valoraciones guiadas por los parámetros o criterios que son propios de un saber especializado y, simultáneamente, viene reconociendo la improcedencia de la revisión jurisdiccional de los juicios o dictámenes técnicos que estén situados dentro del margen de polémica sobre la solución correcta que se estima tolerable por los expertos del correspondiente sector de ese saber especializado. Como también lo es que el error evidente y la arbitrariedad son los supuestos que se vienen señalando como expresivos del excepcional control jurisdiccional. Todo lo cual equivale a declarar que caen fuera del ámbito de dicha discrecionalidad técnica las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, no requieren esos saberes especializados.

Esa delimitación que acaba de exponerse, acerca de cual es el espacio propio de la discrecionalidad técnica, ya debe decirse que ha sido respetada por la sentencia recurrida. Así lo revela el texto de la misma que antes fue transcrito. La razón principal de su pronunciamiento anulatorio no ha consistido en realizar una revisión del juicio de valoración técnica realizado por el Tribunal Calificador en el ejercicio de su cometido de corrección de las pruebas litigiosas.

El control jurisdiccional de la Sala de instancia ha estado referido a este otro problema: los requisitos que han de ser observados en la modalidad de pruebas de conocimientos a que pertenecen las aquí litigiosas, y ello al margen de la específica materia o disciplina sobre la que puedan versar (jurídica en el caso enjuiciado); y el resultado del control judicial así realizado ha consistido en exigir, en dichas pruebas, una cota máxima de precisión para la formulación tanto de las cuestiones como de las respuestas alternativas que sean ofrecidas respecto de cada una de esas cuestiones"²⁹.

²⁹ Y explica porqué es posible el control judicial en estos supuestos. Así expone que "Porque ha estado referida a una materia, la representada por la determinación de los requisitos de precisión exigibles a las pruebas de conocimientos de que se viene hablando, cuya valoración se puede efectuar con pautas

de racionalidad común y, consiguientemente, sin la necesidad de servirse de conocimientos especializados.

Y porque el criterio de racionalidad aplicado no puede tildarse de desacertado o arbitrario, al haber consistido en ponderar, respecto de esas pruebas de conocimientos, un dato, una meta y una exigencia (en aras de esa meta) que difícilmente son objetables con el parámetro de una lógica elemental.

El dato es la específica configuración que tienen esas tan repetidas pruebas, consistente en que lo único

permitido al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin que le sea posible un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción.

La meta consiste en evitar situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan dudas razonables sobre cual puede ser la respuesta correcta y, por dicha razón, carezca de justificación racional aceptar la validez solamente de una de ellas.

Esta doctrina se reitera en las SSTs de 18 de noviembre de 2015 (casación n.º 3397/2014), 17 de febrero de 2016 (casación 4128/2014), 11 de mayo de 2016 (casación n.º 1493/2015) y se mantiene en la más reciente jurisprudencia de la Sala sobre el particular, a título de ejemplo, puede citarse la STS de 25 de abril de 2018 (rec. 4987/2016) que expone que:

- “(i) es respetuoso con el ámbito de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores de procesos selectivos el control judicial encaminado a exigir en pruebas como la del caso “una cota máxima de precisión para la formulación tanto de las cuestiones como de las respuestas alternativas que sean ofrecidas respecto de cada una de esas cuestiones”;
- (ii) así lo requiere “la específica configuración (...) [de esas] pruebas, consistente en que lo único permitido al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin que le sea posible un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción”;
- (iii) esa máxima precisión es imprescindible para “evitar situaciones en las que claramente sea equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan dudas razonables sobre cuál ha de ser la respuesta correcta y, por dicha razón, carezca de justificación racional aceptar la validez solamente de una de ellas”;
- (iv) “la exigencia tiene que ser una exactitud y precisión de las pruebas que haga inequívoca la respuesta más acertada entre las diferentes opciones ofrecidas, para de esta manera evitar esa situación de duda”;
- (v) a tal fin, el tribunal puede servirse de valoraciones técnicas provenientes de la propia Administración pues eso no significa adentrarse en consideraciones técnicas según parámetros de saberes especializados en la materia a que se refieran las preguntas.

Asimismo, los tribunales han rechazado la posibilidad de preguntas ambiguas en esta materia (STSJ de Galicia de Tribunal Superior de Justicia de 21 de julio de 2021, rec. 356/2017) y señalado a este respecto el correcto diseño de las pruebas tipo test y la actuación de la Administración ante la existencia de un error (STSJ de Madrid de 1 de septiembre de 2015, rec.41/2015; y de 21 de junio de 2019, rec. 830/2017), declarando que:

“debe existir una inequívoca correspondencia entre la pregunta formulada y la respuesta que se declare correcta entre las distintas alternativas enunciadas, lo que supone que la pregunta no puede incluir ningún elemento que permita razonablemente dudar sobre la validez de la respuesta, de modo que el control jurisdiccional conlleva comprobar la exigencia de que dicha prueba alcance una cota máxima de precisión en la formulación tanto de las cuestiones como de las respuestas alternativas que sean ofrecidas respecto de cada una de esas cuestiones. Igualmente, si la pregunta está formulada correctamente, pero es errónea la solución cuando se trate de materias que se presenten como evidentes, procede señalar la solución correcta y disponer, en su caso, que se realice una nueva corrección del ejercicio; y ello porque uno de los límites que afectan a la llamada discrecionalidad técnica es el referido a respetar las exigencias que son inherentes a la singular configuración de las pruebas tipo test; siendo requisito imprescindible, que tanto la pregunta como la respuesta declarada correcta por el órgano de selección formen parte del temario o materias publicados en la convocatoria (auténtica ley del proceso selectivo), y solo sean susceptibles de una única respuesta válida”.

El ámbito del control judicial es en estos casos pleno y es que, a juicio de los tribunales como se ha expuesto, dicha actuación judicial se ha movido dentro del territorio que corresponde a la función jurisdiccional para el control de la discrecionalidad técnica.

2.4 Pruebas de conocimientos no estrictamente memorísticas.

Y la exigencia tiene que ser una exactitud y precisión tal en la formulación de las pruebas que haga inequívoca cual es la respuesta más acertada entre las diferentes opciones ofrecidas, para de esta manera evitar esa situación de duda que acaba de apuntarse”.

La actitud loable por parte de los tribunales en distintas resoluciones jurisdiccionales de las mencionadas hasta aquí, se ve, sin embargo, contradicha por otras resoluciones jurisdiccionales, menos entendibles a mi juicio, y que parecen hacernos retroceder en una concepción más predictiva de los procesos de selección a propósito de pruebas que, en principio, no harían sino superar el estrecho marco en que todavía nos movemos en los distintos procesos selectivos con una prevalencia de pruebas memorísticas en perfiles y funciones de puestos de trabajo donde éstas no aportan nada. Nada de nada.

Pero, inclusive, cuando lo aportan, pero el planteamiento no es exclusivamente memorístico también nos llevamos sorpresas poco agradables. Es, a título de ejemplo, la posición del Tribunal Supremo en un recurso de casación para la formación de jurisprudencia, nada más y nada menos, y donde se había cuestionado la posibilidad de articular pruebas de conocimiento que versaran sobre el desarrollo escrito de temas de carácter general que estuvieran relacionados, aunque no fueran coincidentes, con los enunciados concretos del programa de la convocatoria por ser contrario a los límites que la discrecionalidad técnica y el principio de seguridad jurídica imponen (STS de 5 de noviembre de 2020, rec. 5.229/2018). Sin perjuicio de la actitud preventiva latente en la sentencia frente a la actitud de los tribunales o comisiones de acceso (lo razona esgrimiendo que ello sería como dejar al “buen hacer” de estos el adecuado desarrollo del proceso selectivo ¿?) y como ha resaltado Alegre (2020) la indebida categorización de los ejercicios teóricos al modo de determinados procesos selectivos (notarias, judicatura, etc.)³⁰, no tenemos más que preguntarnos que si esto es así qué sentido tiene la dicción del artículo 61.2 del TREBEP cuando se refiere a la valoración de la capacidad de razonamiento y analítica de los aspirantes y cómo se valora sino es mediante técnicas como la citada.

En definitiva, y como balance de lo hasta aquí expuesto, no cabe sino concluir que la prevención ha sido la actitud frecuentemente adoptada por nuestros tribunales frente a estas pruebas “complementarias”. Como se ha expuesto razones ha habido para ello, pero no es menos cierto, y también debe apuntarse, que las pruebas de conocimiento, por si solas, no han garantizado en muchos casos esa pretendida objetividad que se presume de las mismas y que puede verse burlada por múltiples sistemas. Y es que, precisamente, y a la vista de estas resoluciones jurisdiccionales y las posibilidades de control por parte de los tribunales, se entiende en menor medida una actitud contraria o reticente por parte de otros órganos jurisdiccionales a la admisión de este tipo de pruebas.

En cualquier caso, el marco jurisprudencial asentado hace tremendamente difícil y complejo la extensión de técnicas selectivas como las entrevistas o las pruebas psicotécnicas, dadas las exigencias y requisitos hasta aquí expuestos, a la mayoría de nuestras Administraciones públicas. En efecto, su realización bajo esos parámetros escapa a las posibilidades de muchas de nuestras Administraciones públicas sin el concurso y la cooperación de otras (pequeños y medianos municipios), debido a tres tipos de razones: la dificultad en éstas de conseguir la

³⁰ Con indudable acierto, y con razón, Alegre Avila (2020) reflexiona sobre dicha sentencia argumentando que: “A despecho de las protestas contra “la memorización” y “el memorismo”, el fundamento de derecho cuarto de *Tribunal Supremo-formulación pregunta oposiciones* rezuma una indisimulada pretensión de *categorización* del “ejercicio puramente teórico” según el canon de determinadas oposiciones [judicatura, notarias, registro...] frente a una praxis más abierta que, asimismo de manera tradicional, ha caracterizado el entendimiento de aquél en el acceso a otros altos cuerpos o escalas de funcionarios, en el que no es en modo alguno inhabitual la previsión de ese “ejercicio teórico abierto o de composición”, en cuyo diseño y valoración ningún asomo, a priori, de “incertidumbre” puede advertirse, máxime cuando, como en el caso enjuiciado en la ocasión, las bases de la convocatoria expresan con meridiana claridad los criterios o parámetros con arreglo a los cuales se efectuará la pertinente calificación [apartado 3.3º del fundamento de derecho primero de *Tribunal Supremo-formulación pregunta oposiciones*]. Unos criterios o parámetros que pretenden identificar una particular *idoneidad* de los aspirantes, en tanto que complemento de las “habilidades o capacidades” puestas de manifiesto en la resolución de la “prueba tipo test” o del “ejercicio práctico” [apartado 5 del fundamento de derecho cuarto de *Tribunal Supremo-formulación pregunta oposiciones*]. Más aún, imponer, como sedicente expresión del principio de seguridad jurídica, la previsión en todo caso de un “ejercicio puramente teórico” al modo de lo que es usual en determinadas oposiciones, sin perjuicio, “además”, de un eventual “ejercicio teórico abierto o de composición”, supone suplantarse el inexcusable papel de la convocatoria a la hora de diseñar los contornos de las pruebas o ejercicios requeridos, en casa caso, para el acceso a determinados cuerpos o escalas de funcionarios. En definitiva, en nombre de la evitación de la “incertidumbre”, se pretende consagrar un modelo más o menos *uniforme* en cuanto a la configuración, y valoración, del “ejercicio puramente teórico”, que, por hipótesis, puede estar ausente de las bases de la convocatoria, sin merma del debido respeto a los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público”. Puede consultarse el mismo en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3029-Acerca-de-la-concreta-formulacion-de-las-preguntas-en-una-oposicion.aspx>.

necesaria especialización en la conformación de los órganos de selección; el elevado coste que la introducción de estas técnicas puede suponer en procesos masivos de selección; y por último, *last but not least*, la ausencia de una cultura más predictiva en la realización de estos procesos y la creencia bien extendida de que la objetividad en la selección sólo es posible garantizarla mediante pruebas de conocimientos memorísticos.

IV. CONCLUSIONES: LO QUE DICE LA CIENCIA Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA MEJORAR LA CAPACIDAD DE PREDICCIÓN DE NUESTROS SISTEMAS DE SELECCIÓN.

Vayamos a las conclusiones. Y una primera, y debe subrayarse, consistente en que, si ciertamente el sistema selectivo como lo conocemos debiera favorecer la selección de un potencial en el candidato (ciertamente que en la actualidad dicho potencial se reduce básicamente en la mayoría de los supuestos a un potencial de conocimientos), su eficacia predictiva es escasa ya que lo cierto es que no se traduce suficientemente en la versatilidad y polivalencia de funciones a desarrollar en entornos de cambio e incertidumbre en el que se desenvuelven en la actualidad, y cada día con más intensidad, el universo que representa nuestro sector público. Es decir, el sistema selectivo como habitualmente se desarrolla, si formalmente garantiza el respeto a esos principios (cuando lo hace), es absolutamente insuficiente tal cual se está materializando en lo que respecta a su idoneidad para detectar y garantizar el desarrollo de las funciones y tareas específicas que en la práctica se requieren y aún menos para predecir el desempeño futuro. Resulta, como en tantas otras cosas de nuestro Derecho administrativo, más formal (el procedimiento) que material (el resultado) y es que, en lo que se centra todavía el foco de la actuación administrativa, es en el cumplimiento, lo más riguroso posible, aunque ya hemos advertido de que no siempre se consigue, de los trámites y garantías que han de presidir el proceso.

La segunda, y no de menor relieve, es que es preciso reparar de forma previa en otras cuestiones que se vinculan directamente a la selección de personal y que presentan un deficiente funcionamiento. Y es que, desde esta perspectiva, es preciso poner de relieve una causa previa a la gestión del sistema selectivo, pero que finalmente redundará en éste. Nos estamos refiriendo al deficiente funcionamiento del sistema de planificación, organizativo y de gestión de los recursos humanos en nuestras Administraciones Públicas. La realidad es que muchos de los problemas del empleo público radican en una causa anterior: la deficiente organización administrativa, su deficiente estructuración y dimensionamiento al carecer de instrumentos de planificación adecuados y su artificiosa homogeneidad para atender funciones diversas (regulación, gestión, garantizar bienes esenciales a la comunidad, prestación de servicios públicos, etc.).

La tercera es que, ciertamente, es preciso garantizar, dado lo explícito del texto constitucional, el mérito y la capacidad en los procesos selectivos, pero el significado de éstos ha de ser repensado. Un entendimiento integral de estos principios no puede limitarse a medir el potencial intelectual expresado en conocimientos adquiridos exclusivamente mediante técnicas memorísticas. Creo que, al menos esto, puede compartirse pacíficamente. En cualquier caso, este procedimiento para constatar la idoneidad de los candidatos, considerado aisladamente, resulta discutible como ya se ha puesto de manifiesto por algunos autores respecto de lo que las pruebas selectivas hasta ahora utilizadas muestran (Gorriti, 2018; De la Nuez, 2018)³¹. La intercomunicabilidad del personal al servicio de las Administraciones públicas, la concurrencia en los participantes en los procesos selectivos de aptitudes personales (capacidad de trabajo en equipo, capacidad de adaptación, condiciones personales que determinen un trato en el contacto con la ciudadanía, etc.) son tareas pendientes. Y necesarias como estamos exponiendo.

³¹ En los estudios citados en una anterior nota de página, en el ámbito andaluz, hay una coincidencia (cincuenta y dos por ciento de los supuestos) en que no es útil el sistema de selección seguido para el reclutamiento externo del personal. Y se destacan como elementos para conseguirlo: la utilización de otro tipo de pruebas no habituales en el empleo público, la lentitud de los requisitos procedimentales, el tipo de pruebas establecidas para la acreditación del mérito y la capacidad y la composición no profesional de los tribunales.

Y es que la valoración de otros elementos distintos a las pruebas de conocimientos (que no es preciso erradicar o suprimir, pero si seguramente reenfocar), con mayor validez empírica y predictiva, resulta insoslayable. Las competencias, las aptitudes personales y las habilidades sociales deben encontrar asimismo un cauce dentro de los sistemas generales de acceso (oposición y concurso-oposición) ya que el éxito de la organización va a depender en buena medida de éstos dado que la incorporación de dichas personas se realiza prácticamente para toda su vida laboral y que, algunos de los problemas apuntados en el funcionamiento diario de nuestras Administraciones, tienen su origen más en este tipo de habilidades, no meramente de atesoramiento de conocimientos variables y sujetos a caducidad en cualquier caso, que en la preparación intelectual de las personas que hoy componen nuestra Administración pública.

Estas son las competencias que van a permitir a los empleados desempeñarse en entornos más inestables que los hasta ahora vividos en que las pruebas tradicionalmente empleadas eran hasta ahora suficientes, pero que ya llevan mostrando desde hace algún tiempo sus debilidades³². Es preciso, en pocas palabras, incrementar la validez predictiva del futuro desempeño laboral de los candidatos de nuestros procesos selectivos que, con el modelo actual (basado, con carácter general, en medir conocimientos previamente memorizados por los candidatos), lo mejor que puede decirse de ellos es que se desconoce su validez para evolucionar y adaptarse a los diferentes entornos, puestos y tareas con los que pueden, y de seguro se van a encontrar, a lo largo de su carrera profesional los empleados públicos manteniendo, a la vez, un desempeño adecuado y suficiente. Por el contrario, todo hay que decirlo, hay estudios que ponen de relieve la escasa validez de los sistemas habitualmente empleados en el empleo público español (Bagües, 2005; Alonso, Táuriz y Choragwicka, 2009; Bergés, 2011, Rodríguez y López Basterra, 2018). Y también se ha subrayado la necesidad de pasar de ese modelo tradicional a un modelo estratégico (Salgado, 2010) en el que se pueden combinar otras alternativas como ya sucede en otros países de nuestro entorno más próximo (Mapelli, 2018).

Pruebas de habilidad mental general y específica, entrevistas conductuales estructuradas³³, y un amplio conjunto de técnicas selectivas bien conocidas, y poco ensayadas en nuestro sistema, debieran ser consideradas a fin de poder evaluar esas habilidades y competencias complementarias a las que nos hemos referido. Con este conjunto de herramientas selectivas combinadas convenientemente -lo que podría incrementar su validez- pueden valorarse distintos escenarios y diferentes combinaciones, en que sin abandonar las pruebas de conocimiento (imprescindibles con carácter general pero, por sobre todo, en determinadas funciones y tareas), se podría mejorar notoriamente la validez predictiva de los procesos selectivos, salvando además las externalidades negativas que el actual sistema presenta, suficientemente conocidas³⁴, e incrementando notoriamente su capacidad de atracción del talento hoy necesario que, en la actualidad, y con este sistema no parece que sea suficientemente atractivo para amplias capas de recién graduados (Ramíó y Salvador, 2018: pags. 161 y ss).

³² En un relativo reciente *focus group* (2018), organizado por el Instituto Andaluz de Administración Pública, la opinión de las personas expertas que participaron en el mismo vinieron a confirmar estas críticas al señalar que el sistema actual no se adecúa al modelo de Administración Pública que queremos, debido a las siguientes razones:

- No asegura las capacidades necesarias para el nuevo modelo de Administración.
- No permite la predicción del desempeño.
- Los conocimientos evaluados al acceder a la función pública perderán su importancia debido a las variaciones legislativas y normativas, a la automatización y a las capacidades necesarias en el futuro.
- Es necesario valorar otras cosas además de los conocimientos: valores, actitudes, comportamientos, habilidades.
- El sistema actual tiene escasa capacidad de reacción y adaptación a las necesidades de talento de la Administración Pública.

³³ Las no estructuradas, las más frecuentes en nuestros sistemas selectivos, no reflejan ninguna validez predictiva e inclusive distorsionan el sistema de selección (Kausel y Ventura, 2020).

³⁴ Me refiero en este punto a los problemas que el actual sistema de preparación de oposiciones tiene, tanto en lo que se refiere a la igualdad de oportunidades, cómo en lo referido a la exclusión de amplios colectivos sociales por la dificultad de realizar una preparación del proceso selectivo por razones de costes, tanto personales, cómo en tiempo y en dinero lo que no está al alcance de todos.

A título de ejemplo, la técnica de entrevista que, por cierto, tiene una alta validez predictiva bien efectuada (estructurada en el argot)³⁵ resulta vista con desconfianza como hemos podido apreciar en la normativa y en la jurisprudencia. Lo mismo puede decirse de los test psicotécnicos en que si nos referimos a su validez predictiva, es también muy elevada, ya se trate de habilidad mental general o de habilidades mentales específicas, como se ha puesto de relieve por distintos autores (Hunter, Schmidt y Le, 2006; Salgado, 2017). En realidad, y según los estudios científicos, este tipo de prueba goza de la máxima predictibilidad.

Sin embargo, técnicas de selección que cómo la entrevistas o los test suponen, y si echamos un vistazo en derredor, fórmulas comúnmente utilizadas en el sector privado y en otras latitudes son vistas entre nosotros con notoria desconfianza. En efecto, la incorporación de estas técnicas como pruebas en un sistema selectivo levanta inmediatamente la sospecha de que el mismo se encuentra *amañado* y carece, en suma, de la objetividad (bendita palabra) suficiente.

Y esta presunción que se realiza de forma habitual por la ciudadanía, y qué con sinceridad no puede tildarse de ausente de toda razón a la vista de la experiencia acumulada, también está presente en las normas y en la propia jurisprudencia que, en más de una ocasión, anula el desarrollo de procesos selectivos como consecuencia de la incorporación a éstos de este tipo de pruebas. ¿Es así? ¿hay que presumir necesariamente que la incorporación de entrevistas o test hay que traducirlo en un proceso *trufo*? ¿la búsqueda de una eventual arbitrariedad está en el objeto o en el sujeto que realiza el proceso?. Yo, sinceramente, creo que en el sujeto. Y es que cualquier consideración sobre la discrecionalidad técnica de los órganos de selección descansa en un dato: que sus miembros poseen saberes especializados no sustituibles por los tribunales. Pues bien, me atrevo a afirmar que esta premisa no se cumple en no pocos -lo dejaremos ahí- de los procesos selectivos que se celebran. Y si esto es así estimo que los tribunales de justicia, aún no habiéndose impugnado cuando se pudo el nombramiento del órgano de selección, no deben tener deferencia alguna para respetar los criterios establecidos por los mismos. A la vista de la experiencia con la que ya contamos, es necesario, y urgente, profesionalizar la selección mediante Agencias u otros sistemas que doten a los órganos de selección de autonomía funcional (Férez, 2018; Fernández Ramos, 2019)³⁶ que es, algo más que los órganos permanentes de selección previstos y contemplados en el EBEP, y que además podrían aunar otras funciones renovando y reformando los actuales Institutos de Administración Pública. Solo así, y digo bien, será posible no solo la garantía formal de los procesos selectivos, sino que también, a través de dicha fórmula, será posible ensayar y ejecutar procesos selectivos que valoren con mayor capacidad predictiva y evidencias empíricas, no ceñida en exclusiva a pruebas de conocimientos hemos de reiterarlo, el potencial futuro de los candidatos.

Pero vayamos a otras reflexiones adicionales para responder a los objetivos de este trabajo.

Y es que, en primer lugar, es preciso advertir que cuando hablamos de sistema selectivo no nos estamos refiriendo a un todo uniforme. Muy al contrario, como nos ha recordado no hace mucho Jiménez Asensio (2018: 11 y 12), más que de un modelo de selección en el empleo público español habría, para referirse a éste correctamente, que aludir a los distintos modelos de selección dada la fracturación del modelo de empleo público que nos acompaña desde la creación del Estado autonómico. En algunos casos, comprensible y deseable, dadas las distintas competencias que los distintos niveles de administración territorial tienen en éste y

³⁵ La entrevista conductual estructurada presenta un alto porcentaje de fiabilidad (Schmidt y Hunter, 1998). Más alta inclusive que los exámenes de conocimiento del puesto (Hunter, Schmidt y Le, 2006).

³⁶ Ejemplo, además, tenemos en países de nuestro entorno. Así, a título de ejemplo, en Irlanda la Comisión para el nombramiento de cargos públicos (<https://www.cpsa.ie/>) o en Portugal el Comité de contratación y selección para la Administración Pública (<https://www.cresap.pt/>), pero también hay otros como Canadá o la propia Unión Europea.

Algún intento subyace en el Proyecto de Ley de Función Pública de Euskadi que contempla, en su artículo 86, un órgano permanente de selección adscrito al IVAP cuyos miembros permanentes deberán de acreditar formación y/o experiencia en técnicas de selección. Lo mismo puede decirse del Anteproyecto de Ley de Andalucía.

que aconseja modular e interiorizar el modelo de selección adaptándolo a las funciones a desempeñar; en otras ocasiones, sin embargo, mucho menos atendibles dados los criterios, en muchos casos patrimonialistas y clientelares (políticos, corporativos y de todo tipo), que acompañan dichos procesos a lo largo de toda nuestra historia y que, debe hacerse constar, no solo afectan al nivel local de gobierno objetivo preferente de todas las críticas (Cuenca, 2015), sino que, mucho más allá, afectan a otros niveles territoriales e inclusive a órganos constitucionales como el Tribunal de Cuentas. Nada más y nada menos. Pues bien, visto desde este punto de vista, no hay un proceso selectivo sino muchos procesos selectivos, distintos y diferentes en la medida en que se están midiendo elementos -conocimientos, capacidades y habilidades- distintos, y si en unos las pruebas de conocimiento pueden resultar muy idóneas, en otros, francamente, solo deberían tener un carácter complementario.

Pero, en segundo lugar, ha de atenderse a dos cosas esenciales que creo merecen ser destacadas: la primera, relativa a que esos objetivos no se conseguirán simplemente con reformas normativas en las que ponemos nuestros mejores esfuerzos -únicos a veces- con las dificultades añadidas que nuestro sistema de representación proporcional y con mayorías precarias representa³⁷, sino que exigirá un proceso continuo de reforma sostenido en el tiempo que vaya construyendo un sistema de incentivos suficientes para hacer los cambios que requiere el sistema; la segunda, y no es menor, que inclusive el actual marco normativo, bien que precisando de algunos ajustes al estar pensado para entornos estables y en gran medida previsibles, sería suficiente, o al menos no impediría, mejorar en gran medida los procesos de selección en el empleo público lo que obliga, por tanto, a buscar en otros vectores adicionales y complementarios al normativo las verdaderas palancas para introducir cambios en el sistema selectivo. Lo que no se ha realizado no ha sido tanto por la existencia de barreras normativas, sino por otros factores que cómo la desidia política, proverbial en esta materia y malintencionada en muchos casos, y la incapacidad de gestión de los responsables de recursos humanos explican mucho mejor la inacción en estos cruciales aspectos.

Pero es en el campo de la cooperación y la asistencia técnica donde se deben buscar las principales soluciones a los problemas que aquejan al mundo local en este aspecto. Algunos Informes ya lo indicaron hace algún tiempo (Jiménez Asensio y Castillo, 2009) y allí me remito en cuanto a las fórmulas que pueden ser empleadas, pero en cualquier caso ya sea a través de la estructura territorial existente (CCAA y Diputaciones Provinciales) o mediante la creación de estructuras "*ad hoc*" como puedan ser los Consorcios este es, me temo, el único camino viable para garantizar procesos que, no solo atiendan las garantías formales de estos procesos que también, sino que, asimismo, reparen decididamente en la calidad de estos procesos y en la intercomunicación del empleo público en estos niveles territoriales. No soy optimista, y hay fundadas razones para no serlo, pero espero no clamar en el desierto.

La economía política de un proceso de cambio de esta naturaleza que, por supuesto implica cambios normativos, pero también como se viene subrayando cambios culturales. Es preciso tener en cuenta algunos factores que, como el consenso político (y a ser posible sindical), son claves en el mismo. En este sentido, y para alcanzar el éxito en un proceso de reforma de esta envergadura hay que tener en cuenta distintos factores esenciales y, entre otros, los siguientes: las reformas legales son sólo un primer paso en estos procesos (el pistoletazo de salida); la mayor oposición proviene de quienes ejercen poder y de los que se encuentran cómodos en el actual sistema; el éxito requiere la cooperación - no solo neutralización- de los actores afectados por la reforma (políticos y burócratas); es difícil generar ganadores en el corto plazo ya que los ganadores potenciales (ciudadanos) no están suficientemente interesados en el tema; es un proceso largo que exige permanencia en el tiempo y que tiene alta probabilidad de ser revertido por viejas prácticas que se impongan sobre las nuevas reglas como hemos

³⁷ Algunas propuestas de cierto interés, bien que ceñidas a los cuerpos superiores, se han formulado recientemente en este sentido. Puede verse al respecto el trabajo de Villameriel Presencio (2020) que, aún cuando no comparto plenamente y muy específicamente en lo que se refiere a fiar a un proyecto normativo un cambio en el sistema, tiene indudables propuestas que si creo deben ser reflexionadas.

tenido la oportunidad de comprobar tras la reforma del EBEP en este aspecto; los déficits de liderazgo público y de capacidad interna para abordar el proceso han de ser enfrentados; y, por último, su aplicación es compleja, puede exigir periodos transitorios y tiene costes (inversión) que han de ser asumidos si se pretende mejorar la calidad y fiabilidad del proceso. En definitiva, es preciso tener una estrategia de implementación compartida y asumida en estos cruciales aspectos. No se debe olvidar aquí, por último, los análisis realizados por la doctrina (Velasco, 2019) en torno a las dificultades añadidas derivadas de las características propias de nuestro sistema administrativo y los déficits institucionales que nuestro sistema presenta para emprender una operación de reforma de gran calado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Alonso, P., Táuriz, G., y Choragwicka, B. (2009), "Valoraciones de méritos (Training and experience) en la Administración Pública y la empresa: fiabilidad, validez y discriminación de género", *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 25(3), 245-258.
- Bagüés, M. F. (2005), *¿Qué determina el éxito en unas oposiciones?* Documento de trabajo nº2005-1, FEDEA.
- Berges Saldaña, A. (2011), "Validación de procedimientos de selección de policías locales". *Anuario de Psicología Jurídica*, 21.
- Cantero Martínez, J. (2017), "Hacia una concepción más técnica y moderna de los cuerpos de funcionarios: el cuerpo como correlato de las áreas funcionales", *Cuadernos De Gobierno Y Administración Pública*, 4 (1), 39-57.
- Castillo Blanco, F.A. (1993), *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Comares, Granada.
- Castillo Blanco, F.A. (2003), "Los sistemas de selección en el empleo público español", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, Madrid.
- Castillo Blanco, F. A., e Ildefonso Huertas, R. M. (2003): «El control del ejercicio de la discrecionalidad en materia de oposiciones y concursos», en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla.
- Chaves García, J.R. (2019), *Vademécum de oposiciones y concursos*, Editorial Amarante, Salamanca.
- Cuenca Cervera, J.J. (2015), *El empleo público local en la España democrática: una perspectiva institucional*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.
- Cuenca Cervera, J. J. (2018), *Transparencia y Función Pública*, Barcelona, CEMICAL/Diputación de Barcelona.
- De la Nuez Sánchez-Cascado, Elisa (2018), "Acceso a la Función Pública: Atraer talento y cambiar el modelo". *Revista Vasca de Gestión de Personal y Organizaciones Públicas*, Nº extra 2/2018.
- Férez Fernández, M. (1997), "Reflexiones sobre la necesaria renovación del actual modelo de selección en las Administraciones Públicas", *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*, IVAP, Oñati.
- Férez Fernández, M. (2018), "La configuración institucional de las comisiones de mérito en los procesos selectivos: Experiencias comparadas y aplicación al contexto español", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. Especial, 2/2018. Págs. 126-139.
- Fernández Ramos, S. (2017), "Acceso al empleo público: igualdad e integridad", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 46, 2017.
- Fernández Ramos, S. (2019), "Los órganos de selección de los empleados públicos", en el volumen colectivo *Compliance e integridad en el sector público* (Dir. Federico A. Castillo Blanco), Tirant lo Blanch, Valencia
- Fondevila Antolín, J. (2018/a), *Manual para la selección de empleados públicos*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.
- Fondevila Antolín, J. (2018/b), "Repensar el diseño de los procesos selectivos en el empleo público: respuestas ágiles frente a las necesidades inmediatas y fortalecimiento de la

especialización de los órganos de selección" *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº Extra 2/2018.

Fondevila Antolín, J. (2020), La gestión de los procedimientos selectivos en un entorno digital, CEMCI, Granada.

García Mexía, P.L. (2001), *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra.

Gorriti Bontigui, M. (2011), "El sistema de selección para el acceso a una Función Pública postburocrática", *Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*, nº 7.

Gorriti Bontigui, M. (2018), "Innovación en selección desde la evidencia empírica", *Revista Vasca de Gestión de Personal y Organizaciones Públicas*, Nº extra 2/2018.

Guy Peters, B.: *La política de la Burocracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

Hunter, J. E., Schmidt, F. L., & Le, H. (2006): "Implications of direct and indirect range restriction for meta-analysis methods and findings", *Journal of Applied Psychology*, 91(3), 594.

Jiménez Asensio, R. y Castillo Blanco, F.A. (2009), *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco del empleo público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.

Jiménez Asensio, R. (2018), "«Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº Extra 2/2018. pp. 8-29.

Jiménez Asensio, R. (2020): "El (inaplazable) relevo generacional en las Administraciones públicas: desafíos en un entorno de revolución tecnológica y de crisis fiscal como consecuencia de la pandemia de 2020", en *Anuario de Derecho Municipal*, 2019, IDL-UAM, Madrid, págs. 85-131.

Kausel Eliçagaray, E. y Ventura Coello, S. (2020): "Exceso de confianza y decisiones de selección de personal: ¿pueden las entrevistas no estructuradas dañar las decisiones?", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 19. pp. 8-19.

Kingsley, J.D. (1944), *Representative Bureaucracy*, Antioch University Press, Yellow Springs, OH.

Longo, F., (1995), "Reforma del empleo público: Tótem y Tabú", *GAPP*, nº 2, 1995.

Longo, F. (2001), *La reforma del servicio civil en las democracias avanzadas*, BID, Washington, 2001.

Oliván, A. (1954), *De la Administración Pública con relación a España*, IEP, Madrid.

Mappeli Marchena, C. (2018), "[La visión comparada](#): nuevos sistemas de selección de la alta función pública en las democracias avanzadas", *Revista Vasca de Gestión de Personal y Organizaciones Públicas*, Nº extra 2/2018.

Mauri Majós, J. (2018): "Gestión de los procesos selectivos, discrecionalidad técnica y control judicial", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº Extra 2/2018.

OCDE (Summary Record of the Expert Meeting on Human Resources Management, January 2000, París).

OCDE (2006): *La Modernización del Estado: el camino a seguir*, Madrid, INAP.

Palomar Olmeda, A. (2015), *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*, Lex Nova Thomson Reuters, Navarra.

Ramió, C. y Salvador, M (2018), "Relevo intergeneracional y procesos selectivos: ¿cómo puede la administración pública captar talento joven?", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº Extra 2, págs. 156-171.

Ryan, A.M. y Derous, E. (2019), "The Unrealized Potential of Technology in Selection Assessment", *Journal of Work and Organizational Psychology*, nº 35(2), págs. 85-92

Rodríguez, A., y López-Basterra, J. (2018), "Predictores Selectivos en el Sector Público: Validez Predictiva y Reacciones de las personas candidatas". *Revista de Psicología del Trabajo y de Las Organizaciones*, 34(1).

Salgado, J. F., Gorriti, M., y Moscoso, S. (2007). "La entrevista conductual estructurada y el desempeño laboral en la Administración Pública española: propiedades psicométricas y reacciones de justicia", *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, nº 23(1), págs.39-55.

- Salgado, J.F. (2010), *Selección de recursos humanos por competencias en las Administraciones Públicas: evidencias basadas en la investigación*. Barcelona: CEMICAL.
- Salgado, J. F. (2017). *Personnel selection. Encyclopedia of psychology*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Schmidt, F. L., & Hunter, J. E. (1998); "The validity and utility of selection methods in personnel psychology: Practical and theoretical implications of 85 years of research findings", *Psychological bulletin*, 124(2), 262.
- Vaquero Caballería, M. (2017) "Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las administraciones públicas" en Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público (Coordinadores: Eduardo Gamero Casado, Julián Valero Torrijos, Severiano Fernández Ramos), Tirant lo Blanch, Valencia, pags. 265-303
- Velasco Caballero, F. (2019), "Reformas de la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 23, págs. 107-143.
- Villameriel Presencio, L.P. (2020): *Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones*, Ediciones Endymion, Madrid.

El régimen jurídico del personal directivo después de la reforma del artículo 306 de la LMRCL y su impacto sobre los directivos “eventuales”

Rafael Jiménez Asensio

*(Consultor administraciones públicas
Catedrático de universidad acreditado)*

www.rafaeljimenezasensio.com

Introducción

La contribución a esta sesión tiene por objeto analizar los elementos esenciales del régimen jurídico del personal directivo de las entidades locales catalanas tras la reforma el artículo 306 del TRLMRCL. En el enunciado de la ponencia se ha indicado también que se trate de reflexionar sobre su impacto sobre los directivos “eventuales” en el ámbito local de gobierno, algo que se hará en un breve epígrafe específico de esta presentación dedicado principalmente a las entidades comarcales y a la figura prevista en la legislación catalana de esas entidades locales en relación con la gerencia comarcal.

Obviamente, analizar el problema descrito comporta remontarse en el tiempo al marco normativo que dio origen a esta reforma, pero especialmente a la controvertida Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019 que fue la causa principal de que en el artículo 102 de la Ley 5/2020 del Parlamento de Cataluña se incorporara la citada reforma. La conmoción que produjo esta sentencia en el ámbito local fue obvia, y conviene analizar con cierto detalle cuál fue su hilo argumental que dio pie a tan polémico fallo, así como aceleró el cambio normativo objeto de estas páginas. Con carácter previo (o en paralelo) se produjo una importante contribución doctrinal en la Revista *Cuadernos de Derecho Local* (“la situación del personal directivo de las diputaciones provinciales después de la DTS de 17 de diciembre de 2019: alternativas de interpretación y propuestas de regulación, 2020, pp. 12-67), que elaboró en su día el profesor Joan Mauri, y que en cierta medida representaba una propuesta normativa de adaptación (aunque limitada al personal directivo de las diputaciones) que, no obstante, la regulación normativa catalana no siguió ya que fue mucho más timorata que la propuesta allí contenida. Como esa regulación del artículo 306 del TRLMRCL es objeto de análisis detenido en estas páginas, no se entrará ahora en mayores detalles. Cabe remitirse a lo que después se recoge.

Anteriormente a la reforma del TRLMRCL, ya se habían producido algunas modificaciones normativas que impulsaban la institucionalización de la dirección pública profesional en las entidades locales, como fue, principalmente, la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi, a la que se hará referencia puntual en estas páginas; pero que, frente a su carácter ciertamente avanzado en el plano del diseño normativo (aunque con algunos puntos críticos que ahora no vienen al caso), lo cierto es que su puesta en práctica ha resultado hasta la fecha muy limitada. No deja de ser curioso que, frente al desarrollo del modelo gerencial en el ámbito local de gobierno de Cataluña, en Euskadi la cultura institucional local no haya apostado prácticamente por la implantación de ese modelo de profesionalización de las estructuras directivas municipales, teniendo además un marco normativo que lo facilitaba.

El problema del personal directivo local con estatuto de personal eventual en las entidades locales catalanas ha desaparecido, por tanto, de la escena normativa tras la modificación del artículo 306 del reiterado TRLMRCL; por tanto, a partir de ese nuevo marco normativo, si es que existiera alguna duda anterior sobre su vigencia y aplicabilidad, las normas básicas o

autonómicas que a tal figura se referían han perdido todo tipo de efectividad o han sido completamente modificadas. Sin embargo, la cuestión dista, al menos formalmente, de ser pacífica, sobre todo porque la legislación catalana vigente en materia de comarcas (Título III del decreto legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de organización comarcal de Cataluña) prevé expresamente la figura del personal eventual para la cobertura de la gerencia comarcal. Ciertamente, en esa regulación, que luego se analiza brevemente, ya se pueden intuir algunos problemas aplicativos; por un lado, de competencias; por otro, de fuentes del derecho; y, en fin, también de carácter organizativo o institucional, que apenas si serán dibujados en estas páginas.

Pero el tema de los directivos públicos de las entidades locales recobra un brío especial también en lo que afecta a la gestión de los fondos NGEU y a la hipotética creación en su caso de estructuras de proyecto para la ejecución de fondos, dado que algunas disposiciones normativas excepcionales de comunidades autónomas, como ha sido el caso de la Generalidad de Cataluña, han creado, junto a las estructuras de proyectos de gestión de fondos, niveles directivos de carácter temporal impregnados de un cierto tamiz de profesionalización, que realmente no es tal. Esta cuestión, de cierta contingencia, abre, sin embargo, un campo de actuación que la normativa local catalana aún no ha recogido, como es la creación de estructuras directivas de misión, proyecto o programa, que sí estaban previstas expresamente en el artículo 36.5, letra c), de la Ley de instituciones locales de Euskadi (Ley 2/2016), donde se recoge la figura del personal directivo pro programas.

Un marco jurídico básico endeble

Mucho costó insertar en la normativa básica el personal directivo. A las puntuales referencias que hizo el artículo 176.3 TRRL, que vinculaba la figura del personal directivo con el personal eventual en el ámbito local, con precedentes en normativa anterior, siguió una larga etapa en la que la dirección pública fue preterida de las normas y olvidada completamente, como si realmente no existieran tales figuras directivas en las entidades locales, algo que era falso y que la realidad cotidiana siempre respondía.

La LMRFP de 1984, sólo hizo una mención tangencial al personal directivo cuando regulaba los sistemas de provisión de puestos y más concretamente la libre designación, pero no tenía el carácter de básica tal regulación. Así las cosas, la normativa básica vivía de espaldas a la realidad que comportaba la necesidad objetiva de que las administraciones públicas locales identificaran determinados puestos de trabajo en sus estructuras que tenían la condición de directivos, pero ante el marco normativo tan evanescente que entonces existía tuvieron que optar por encuadrar tales niveles directivos como personal eventual o, en su defecto, cubrirlos por medio del sistema de libre designación entre funcionarios. En algunas administraciones públicas se echó mano también de la figura del personal de alta dirección, un régimen especial de relaciones laborales que tiene complejo encaje en las estructuras orgánicas de las administraciones públicas, sobre todo si tienen atribuidas funciones de autoridad o potestades públicas.

En este estado de indeterminación normativa, que describí hace años en una monografía publicada por CEMICAL (*El personal directivo en la Administración Local*, Diputación de Barcelona, 2009), se desarrolló la inserción de la función directiva local, que encontraba su anclaje normativo en las previsiones del artículo 306 del TRLMRLC y en el reglamento de personal de las administraciones locales aprobado en su día por la Generalitat de Cataluña.

El panorama normativo cambió de rumbo tras la entrada en vigor del EBEP en 2007. Previamente, el Informe de la Comisión "Sánchez Morón" para la elaboración del tal EBEP, ya había introducido tímidamente la necesidad de regular dentro de la normativa básica la figura del personal directivo profesional. Sus propuestas en esta materia no fueron, sin embargo, demasiado precisas; pero el dibujo inicial pudiera haber sido interesante si no se difuminara más aún en su traslación al proyecto de ley que se produjo durante la redacción del mismo y, más concretamente, en su tramitación parlamentaria, donde se introdujeron algunas enmiendas (más bien ocurrencias) que terminaron por dejar prácticamente inactiva la figura.

Efectivamente, la regulación de la figura del personal directivo profesional en el EBEP estuvo plagada de imprecisiones, de fallos conceptuales y de ambigüedades, que dificultaban mucho su plena aplicabilidad, a lo que se añadía un desinterés absoluto de la clase política en los diferentes niveles de gobierno por aplicar tales presupuestos normativos en su propia organización. La conjunción de una mala regulación con un marcado desinterés político produjo el fenómeno que conocemos: la dirección pública profesional, uno de los ejes o palancas de la reforma del empleo público auspiciada por el EBEP, se puede constatar catorce años después como un rotundo fracaso. Nada apenas ha cambiado, y lo poco que se ha hecho ha ido dirigido a edulcorar la figura y hacerle perder su fuerte sentido institucional y transformador que tenía.

Su regulación básica es ya muy conocida, por lo que me limitaré a poner de relieve los puntos críticos más evidentes de ese marco normativo, de acuerdo con lo que he expuesto anteriormente en numerosos trabajos y contribuciones:

1.- Es un error conceptual regular la dirección pública profesional como una estructura exclusiva de la función pública o del empleo público. La dirección pública tiene una dimensión prioritariamente organizativa. Encuadrarla en un marco básico del empleo público limita su potencialidad y reduce su radio de acción al personal funcionario o laboral al servicio de las administraciones públicas (lo que la transforma en endogámica) y, por tanto, a puestos de trabajo que se puedan cubrir, inicialmente, por este tipo de personal. Quedan fuera, por tanto, estructuras directivas de primer nivel o las que viven epidérmicamente más en contacto con la política.

2.- Con esa limitación de objeto, parece obvio deducir que la regulación del personal directivo profesional que llevó a cabo el TREBEP tenía como objeto nunca confesado expresamente ofrecer una alternativa al procedimiento de libre designación en la cobertura de puestos directivos de las administraciones públicas que estuvieran reservados a funcionarios públicos. De hecho, el artículo 80 TREBEP, cuando regula la libre designación, no hace referencia alguna a puestos directivos, mientras que en su aplicación a la AGE sí lo hacía el artículo 20.1 b), segundo párrafo, de la LMRFM, aunque no tenía carácter básico. Ello conduce derechamente a que, algunas reformas del empleo público que han desarrollado las comunidades autónomas y el mismo anteproyecto de ley de función pública de la AGE (que vio la luz y luego desapareció del portal del Ministerio), hayan limitado la dirección pública profesional a la provisión de puestos directivos de la función pública como son los de subdirección general y asimilados. La alta administración no entra, por tanto, en esa regulación; pero es que, además, tampoco podía entrar, pues la ley es de empleo público, y los niveles directivos superiores a las subdirecciones generales no se regulan en la normativa de función pública, sino en las leyes de organización de la Administración Pública correspondiente (por ejemplo, en la Ley 3/2015 y en la Ley 40/2015, por lo que a la AGE respecta).

3.- Ese esquema inicial tenía sus fisuras. La primera es que al ser una ley de empleo público y no de función pública en sentido estricto, llevaba a cabo una regulación mestiza y, por tanto, reconocía que el personal laboral al servicio de las administraciones públicas se encuadraba también dentro de esa nueva institución bastarda que se denominaba empleo público. Y, por consiguiente, se partía de que el personal directivo profesional no solo tendría vínculo funcional, sino que también lo podía tener como personal laboral. La idea era que asimismo este personal tuviese recorrido de progresión en sus propias administraciones públicas, aunque en puestos de trabajo directivos en los que no se ejercieran funciones de autoridad. Pero ello permitía incorporar también a la dirección pública a personas que no tuvieran vínculo jurídico previo con la administración y, por tanto, el acceso de personal externo a puestos de responsabilidad directiva. Derivada de esa primera fisura venía la segunda: el error de diseño normativo era clamoroso, pues se confundía puestos de trabajo de carácter orgánico o niveles directivos de la estructura con régimen jurídico de quienes a ellos accedían, rompiendo el esquema tradicional de que los niveles directivos, una vez nombrada la persona para su ejercicio, se desligan de si quien accede a ellos es funcionario o laboral al servicio de las administraciones públicas o externo a estas. El nombramiento otorga o inviste ya de funciones para el ejercicio del cargo. Es lo que sucede, por ejemplo, en las administraciones del Estado y

de las CCAA en lo que respecta a los órganos directivos que se encuadran como altos órganos; pero es asimismo lo que sucede en la regulación de los órganos directivos de los municipios de gran población, también en las diputaciones forales, en los consejos insulares y ahora en los cabildos. Es independiente, por tanto, que tales puestos orgánicos se reserven en su provisión preferentemente a funcionarios públicos, porque se admiten excepciones, y la persona externa que los cubre queda investida para el ejercicio de funciones de autoridad por el propio nombramiento.

4.- En verdad, el problema fundamental de esa descafeinada regulación básica radica en que pone el acento en la dimensión subjetiva del problema (personal directivo profesional) y en el régimen jurídico de quienes acceden a tales puestos de trabajo o niveles directivos, olvidando palmariamente que la dirección pública es un problema esencialmente objetivo y fundamentalmente orgánico, sin perjuicio de que requiera una regulación jurídica que le concrete su proceso de institucionalización (régimen jurídico del personal directivo). Este fallo del modelo normativo se extenderá como la pólvora en todos los marcos normativos vigentes, también -como veremos- en el ámbito local de gobierno en Cataluña tras la modificación del artículo 306 TRLMRLC. Pero es que, además, como siempre sucede en estos casos, el legislador básico no estaba pensando en el mundo local, sino en las administraciones "mayores"; y, por tanto, previó una desordenada regulación de elementos que debía recoger la dirección pública profesional, plasmándose su desarrollo por decreto fuera este estatal o autonómico, olvidándose -intencionada o descuidadamente- de las potestades normativas locales anudadas al principio de autonomía y a su trasunto de sus potestades de autoorganización. Esa pretendida reserva legal a reglamento estatal o autonómico para regular tal materia era un absoluto disparate, que se incluyó a última hora en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley del EBEP. Y sus razones fueron tan toscas que se pretendía regular por decreto inmediatamente esa figura por parte del Ministerio impulsor del proyecto de ley, si bien el cese inmediato del ministro titular conllevó que nada se regulara y quedó empantanado en la norma esa previsión de que su desarrollo se haría por norma reglamentaria estatal o autonómica, con olvido total de las entidades locales. Pero esa pésima regulación denotaba dos cosas: una, que el legislador básico (si se puede hablar en estos términos, para describir al botarate que introdujo esa enmienda y a las Cámaras que la aprobaron sin saber siquiera lo que hacían) pensaba solo en la AGE y en las CCAA; y dos, que la dirección pública local quedaba, según una interpretación literal errónea (que es la que adoptó la polémica STS de 17 de diciembre de 2019), a la libre regulación de lo que hiciera el Estado (estirando sus facultades normativas básicas de régimen local) o las CCAA (regulando una dirección pública profesional integral de lo autonómico y local en sus propias leyes de función pública o de empleo público aprobadas en desarrollo del TREBEP). Ello suponía, como diré luego, desapoderar a las entidades locales de una potestad inherente al principio de autonomía local como es la de autoorganización. Pero más grave aún, implicaba que las administraciones "mayores" interfirieran en el núcleo duro de las potestades de autoorganización local y de sus márgenes normativos imponiendo principios y reglas en ese núcleo duro, prohibiendo, además, y esto es lo realmente grave, que ante la inacción del poder normativo estatal o autonómico actuará subsidiariamente el poder normativo local. Lo veremos con más detalle. En cualquier caso, esa anomia normativa estatal o autonómica encontraba su justificación en que el artículo 13.1 del TREBEP configura esa intervención como potestativa ("podrá"). No hay, por tanto, obligación normativa alguna de crear estructuras directivas profesionales ni tampoco de extenderlas al ámbito local de gobierno. Qué mejor excusa para que la política no actuara y siguiera, por tanto, haciendo lo mismo que antaño.

5.- La regulación básica recogida en el TREBEP era, además muy confusa, o si se prefiere muy poco precisa. En primer lugar, ese personal directivo profesional se regulaba en el título II relativo al personal al servicio de las administraciones públicas, pero tampoco se configuraba como una clase de personal. Tal como ya se ha dicho, al recogerse en esa ley básica de empleo público parecía acotar su ámbito de aplicación a los órganos directivos con rango de subdirecciones o asimilados, apenas existentes en el ámbito local de gobierno. El hecho evidente es que, como luego han reiterado otras leyes (por ejemplo, las Leyes 19/2013 y

19/2014, de las Cortes Generales y del Parlamento de Cataluña, respectivamente), se ha ido imponiendo un concepto, a todas luces impostado, de alto cargo trasladado al ámbito local de gobierno, donde se produce una extraña concentración de cargos representativos y ejecutivos (directivos) de las entidades locales dentro de esa categoría, estos últimos imbuidos del principio de confianza política mediante el procedimiento de libre nombramiento y cese. Sólo así se entiende la referencia que se hace en el artículo 87.1 f) del TREBEP cuando prevé que quienes sean nombrados como titulares de órganos directivos municipales se acogerán a la situación administrativa de servicios especiales (referencia expresa a los órganos directivos recogidos en el artículo 130 LBRL, con excepción de los FHN). En ese *totum revolutum* normativo las previsiones de la legislación básica de régimen local tampoco ayudan en una tarea interpretativa sistemática y razonable. Pero esta reflexión nos llevaría muy lejos y nos sacaría del terreno de juego en el que se pretende desenvolver esta ponencia.

6.- En el régimen jurídico básico de la dirección pública profesional (realmente, del personal directivo profesional) las ambigüedades siguen estando muy presentes, pues en verdad no se trata -como el propio artículo 13 TREBEP expone- de establecer reglas, como de fijar principios. Y adviértase que se habla de "designación" no realmente de provisión de puestos de trabajo o de procedimiento de selección. El lenguaje jurídico no es neutro. En realidad, como se advertía, es una suerte de procedimiento sustitutivo (de carácter potestativo) que cada administración pública podrá o no impulsar de acuerdo con las reglas que definan su estatuto jurídico, que deben ser fijadas por reglamento estatal o autonómico, lo que obviamente no impide en ningún caso que lo puedan ser por ley. Siempre defendí que dentro del principio de autonomía local y de las potestades normativas y de autoorganización las entidades locales podían regular esta materia, sin perjuicio de que si la regulaba a posteriori el Estado o las CCAA pudiera verse afectada parcialmente esa regulación por el efecto de desplazamiento. Esa tesis no cuajó en la STS de 17 de diciembre, como se verá, aunque sí recibió el aval de dos votos particulares. Por tanto, el régimen jurídico del personal directivo profesional lo debe fijar el legislador básico estatal (si hiciera un uso expansivo de esa competencia), el legislador autonómico (que parece, sin duda, el más apropiado para establecer un marco normativo común de la dirección pública profesional en las administraciones autonómicas y locales), y, en su caso, ser desarrollado por las potestades normativas locales. El margen de configuración que dejaba el artículo 13 TREBEP era ciertamente muy amplio (dado que solo regulaba principios y muy escasas reglas), y todo dependerá del margen de configuración que las leyes autonómicas reguladoras de tal figura dejen a la potestad normativa local.

7.- En todo caso, las notas más significativas de ese régimen jurídico básico del personal directivo profesional son muy conocidas, y se pueden resumir en los siguientes puntos:

a) La definición de lo que sean funciones directivas es puramente circular, ya que encuadra al personal directivo como aquel que ejerce funciones directivas definidas como tales en las normas específicas de cada Administración Pública. Un reenvío a las normas de estructura orgánica de cada nivel de gobierno y al cartapacio municipal o de la entidad local que se fije al inicio de cada mandato y a las modificaciones que en esas estructuras se hagan a lo largo del mismo.

b) La designación de tal personal directivo "atenderá" (fijense qué noción se emplea) el mérito, la capacidad y criterios de idoneidad, estableciendo que esa designación se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia. El paralelismo con el procedimiento de libre designación es obvio. En realidad, en este principio no se halla ninguna referencia a que en tales procedimientos de designación existan sistemas de acreditación de competencias directivas que justifiquen un proceso de identificación de cuáles son los perfiles profesionales más adecuados para el ejercicio de tales funciones (como hizo, por ejemplo, la Ley de Instituciones Locales de Euskadi), ni tampoco que deban existir órganos independientes para la valoración de tales méritos y capacidades (competencias), como es el caso de la CRESAP en Portugal), lo que facilita que las designaciones tengan un elevado grado de discrecionalidad si así lo quiere el legislador o el poder normativo, aunque los amplios márgenes de configuración también admiten la construcción de sistemas de dirección pública con fuertes elementos -si hay voluntad política, que normalmente no la hay- de profesionalizar

esos niveles. La concurrencia que se prevé puede ser interna (lo que lo asemejaría a un sistema de provisión de puestos de trabajo) o por medio de movilidad mediante la apertura de esos puestos a funcionarios de otras administraciones públicas, aunque también parece admitir, como veremos, la incorporación de externos mediante su vinculación como personal de alta dirección.

c) Muy relevante, tanto formal como materialmente, es la incorporación de un principio-regla ("estará") que obliga a que ese personal directivo profesional esté sujeto a evaluación por los resultados de su gestión, lo cual es un elemento muy relevante del modelo profesional de función directiva basado en los principios de la Nueva Gestión Pública que alumbraron los primeros pasos en la construcción de ese modelo, aunque hoy día se deben completar con algunas clamorosas omisiones, tal como se dirá, que tienen que ver con la integridad en el ejercicio de las funciones directivas en el sector público. Esa evaluación, se añade, debe ser realizada de acuerdo con una serie de principios: eficacia, eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido marcados. Ciertamente, la puesta en marcha de un sistema de evaluación de la función directiva implica una racionalización de la gestión pública sin duda importante. Un reto. Pero, además, supone que si se evalúa por la gestión es normal que se preserve la continuidad en el ejercicio de la función directiva de quien obtiene buenos resultados, lo que contradice que exista en estos casos un sistema de libre cese, entendido como discrecional. Sin embargo, la inmensa mayoría de las normas reguladoras de la función directiva que han aprobado las comunidades autónomas recogen el libre cese (no así la LILE en Euskadi). Dicho en términos muy claros y contundentes: donde hay libre cese discrecional no puede haber dirección pública profesional.

d) Relevante es también que las condiciones de empleo del personal directivo no sean objeto de negociación colectiva, lo que configura un espacio institucional que se inserta dentro del ámbito de los poderes de dirección de la institución respectiva, lo que conduce derechamente a que no se incorporen tales niveles directivos en la relación de puestos de trabajo de la entidad, sino que se cree un instrumento de ordenación específico, tal como ha regulado en detalle la Ley de Instituciones Locales de Euskadi (artículo 36.3 LILE).

e) Y, en fin, fruto de la confusión antes descrita entre concepción subjetiva y objetiva de la dirección pública profesional, el artículo 13 TREBP opta por dar preferencia al régimen jurídico de vinculación de la persona en función de su procedencia frente al régimen orgánico de regulación de las estructuras directivas. Las consecuencias de este mal enfoque son serias y graves, como ya se ha dicho y se verá ulteriormente.

La STS de 17 de diciembre de 2019 sobre el Reglamento Orgánico de la Diputación de Cáceres y su regulación del personal directivo.

Como ya se ha expuesto, el Tribunal Supremo en una polémica sentencia declaró la que los gobiernos locales no pueden regular "ex novo", ni siquiera de forma interina, el régimen jurídico del personal directivo profesional, en desarrollo directo del artículo 13 TREBP (Sobre esta sentencia y su alcance, por todos: Joan Mauri, en el trabajo antes citado). Por tanto, a pesar de que las entidades locales tienen garantizado el principio de autonomía local y disponen, asimismo, de la potestad de autoorganización, el Tribunal Supremo cerró de un portazo (bien es cierto que en una sentencia cuyo fallo tuvo dos votos particulares, que abogaban por que la entidad local sí que podía hacer uso de sus competencias normativas para ello) la posibilidad de que tales gobiernos locales hicieran uso de sus potestades normativas propias para regular el régimen jurídico del personal directivo, al menos mientras el Estado o las comunidades autónomas no desarrollaran tal cuestión por medio de ley o reglamento.

La STS citada (rec. 2145/2017), lleva a cabo una interpretación restrictiva del alcance de las potestades normativas locales en ese ámbito material que, sin entrar en mayores detalles, se basa en las siguientes conclusiones:

- a) Ninguno de los preceptos de la normativa básica de empleo público (artículo 13 TREBP) ni de la LBRL "confiere atribución alguna a las entidades locales para regular el personal directivo", ya que solo habilita al Gobierno y a las Comunidades Autónomas.

- b) Los entes locales provinciales, "ni siquiera al amparo del artículo 32 bis de la LBRL, no tienen competencias para dictar regulaciones generales de desarrollo del artículo 13 del EBEP ya que si la tuvieran, serían innecesarias" (...)
- c) "No puede considerarse contrario a la autonomía local ni a sus corolarios de autonormación y de autoorganización que sean el Gobierno o las Comunidades Autónomas los que se encarguen de desarrollar el artículo 13 del EBEP"

Se parte, por tanto, de una interpretación absolutamente literal del enunciado del artículo 13.1 TREBEP, y tampoco se analiza ese precepto en el marco de la Carta Europea de Autonomía Local y dentro del principio constitucional de autonomía local constitucionalmente garantizado, así la conclusión de la sentencia no podía ser más frustrante a las expectativas de las entidades locales. Basaba la resolución en que el artículo 13.1 llamaba únicamente al que el desarrollo del régimen jurídico del personal directivo se hiciera por el Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, como ya se ha visto, pero a su vez fundamentaba esa interpretación literal en que tal competencia normativa de establecer el régimen jurídico por medio de reglamentos estatal o autonómicos encontraba su finalidad en los criterios de homogeneidad que debían inspirar tal marco normativo, lo cual se incumplía si se reconociera tal posibilidad, aunque fuera temporalmente, a favor de las entidades locales: esa reserva pone de relieve – según la sentencia- "la importancia que el legislador estatal otorga a que ese régimen esté dotado de suficiente homogeneidad", y tiene "el objetivo de dotar a la regulación del personal directivo de las Administraciones Públicas, también de las Corporaciones Locales, de la homogeneidad precisa a partir de los criterios sentados expresamente por el artículo 13". Ciertamente, ese razonamiento admitía, como no podía ser de otro modo, que junto a la previsión legal de que tal regulación se hiciera por reglamento estatal o autonómico, también cabía la posibilidad de que la ley regulara tal cuestión (fuera la ley básica estatal o la ley autonómica que tratara esa materia). Pero el énfasis en la homogeneización del régimen jurídico es constante en la sentencia, tanto de forma explícita como implícita.

El razonamiento del Tribunal Supremo, por lo demás lapidario y de interpretación gramatical o literal de corto vuelo, no se puede caracterizar como un dechado de buena doctrina jurisprudencial, sino todo lo contrario. A mi juicio, es mucho más convincente el voto particular a la sentencia; pero, el revuelo que creó esta resolución judicial fue considerable. También por lo que afectaba a Cataluña, ya que algunas entidades locales habían modificado sus reglamentos orgánicos o aprobado reglamentos en los que se establecía una regulación del régimen del personal directivo local, y por tanto, con mayor o menor intensidad (más bien lo segundo que lo primero) disponían de estructuras directivas que tenían la denominación formal de profesionales (aunque materialmente no lo fueran). Todas esas regulaciones locales, y lo que es más serio las propias estructuras directivas que se habían creado, quedaban, por consiguiente, al descubierto; esto es, sin amparo legal.

En efecto, fue esta STS de 17 de diciembre de 2019 (Sala Tercera, Diputación de Cáceres) la que, con una discutible doctrina, vedó el que los entes locales pudieran regular directamente por normativa propia (reglamento orgánico o reglamento) la figura de los directivos públicos profesionales, sino era desarrollada previamente tal cuestión por la Ley o, en su caso, no era regulada esa figura por el Ejecutivo autonómico correspondiente. Es cierto que el supuesto objeto de la sentencia partía de la regulación que el artículo 32 bis de la LBRL establecía sobre el personal directivo de las Diputaciones provinciales, que fue una mala traslación de lo dispuesto en el artículo 130 de la propia LBRL (más depurada técnicamente) en lo que respecta a los órganos directivos de los municipios de gran población. Como puede advertirse, la regulación del artículo 32 bis LBRL, en la que ahora no cabe detenerse, parte del criterio de poner el foco del problema en la dimensión subjetiva (el personal directivo), mientras que el artículo 130 LBRL se inclina, de forma mucho más acertada, por situar el centro de la cuestión en la dimensión orgánica de la dirección pública ("órganos directivos"). Todo ello es tributario de contextos históricos distintos en la elaboración de las normas: la reforma de 2003 (Ley 57/2003), con todos los defectos que acarreó, en este punto fue más certera, al situar la dirección pública en su espacio natural, que es el propiamente organizativo; mientras que la

reforma de 2013 (Ley 27/2013), que supuso un injerto legal con fuerte contenido restrictivo de la autonomía local, hizo un traslado de esa cuestión mal planteado desde principio a fin. Es cierto que, en este punto, la reforma de 2013 era tributaria de la confusión normativa que impuso el propio artículo 13 del TREBEP, en los términos antes analizados. Pero, lo que no se entiende es que unas normas reguladoras de un mismo objeto (estructuras directivas locales), en un caso, como son las diputaciones provinciales, se resuelvan a través del enfoque subjetivo del problema (personal directivo profesional), mientras que en otros (municipios de gran población) la solución adoptada sea muy distinta y distante, centrando la atención de esa cuestión a través del enfoque objetivo (órganos directivos).

Así, efectivamente, el artículo 32 bis se refería al "personal directivo" de Diputaciones, Cabildos y Consejos insulares, mientras que el artículo 130 LBRL hacía mención a "órganos directivos". Bien es cierto que en las exigencias las coincidencias eran mayores, puesto que tan solo se decía que "su nombramiento" se debería efectuar de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia (lo que les asimilaba al régimen jurídico de altos cargos que fueran directivos estatales, autonómicos y de municipios de gran población), debiendo recaer tal nombramiento en funcionarios del subgrupo de clasificación A1, salvo que el correspondiente Reglamento orgánico en atención a las características específicas de las funciones "de tales órganos directivos", su titular no reúna tal condición. Como se ve, en el último inciso del precepto se recoge la expresión "órganos directivos", que a nuestro juicio es determinante para orientar la regulación de la dirección pública hacia la dimensión orgánica y no subjetiva. Porque lo importante no es quién accede ni qué condición tiene, sino que lo determinante es accede como titular de un órgano directivo, es nombrado para tales funciones y, por consiguiente, una vez nombrado es indiferente que sea funcionario o laboral, o incluso externo a la Administración Pública. La dimensión orgánica no obstante se limita en cuanto a las personas que pueden acceder a que *preferentemente* se deberá acreditar que quien es nombrado tiene la condición de funcionario A1, salvo que, en el propio reglamento orgánico se prevea que "por las características específicas de las funciones del órgano directivo pueda ser *nombrado* una persona que no tenga tal condición. Pero, a partir del nombramiento, *ya está investida plenamente para el ejercicio de las funciones y potestades públicas del órgano al cual ha accedido a ser su titular*". Debe advertirse que en este artículo 32 bis LBRL no aparece ni por asomo la noción de "profesional" que acompaña a la figura de los directivos públicos en el artículo 13 TREBEP, siendo más bien una traslación del régimen jurídico de las direcciones generales de la AGE y también de los titulares de los órganos directivos de los municipios de gran población, a las propias diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, lo que puede conducir derechamente a un modelo de politización en los nombramientos con el único límite de las exigencias previstas en el artículo 32 bis LBRL, o como también se denomina como un *spoils system de circuito cerrado*: son nombramientos políticos discrecionales, pero entre un abanico de personas que reúnan las exigencias previstas en la norma, preferentemente funcionarios públicos A1 y, excepcionalmente, quienes no lo sean una vez identificadas las características específicas de las funciones que desarrollan unos determinados puestos directivos, según el reglamento orgánico del ente local (en la AGE, según el decreto de estructura). Algo de esto último es lo que se ha hecho recientemente, por ejemplo, a través de la Ley 3/2021, de 6 de julio de modificación de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares (BOC 12-VII-2021).

Esta exégesis y explicación conceptual del artículo 32 bis LBRL era, sin duda, necesaria para afrontar las tesis de la propia sentencia y, en particular, para comprobar cómo se ha trasladado el régimen jurídico del personal directivo a las entidades locales catalanas por el artículo 306 TRLMRLC. Tras esta polémica sentencia del Tribunal Supremo (que, al ser la primera, aún no sentaba jurisprudencia) queda claro que las entidades locales tenían condicionada su potestad normativa y de organización a lo que dispusieran otros niveles de gobierno o la propia Ley de desarrollo del TREBEP (que, en Cataluña, aún no ha sido aprobada). La competencia normativa local quedaba suspendida o condicionada a que se definiera normativamente por la

Comunidad Autónoma el régimen jurídico de tales niveles directivos locales. Y, por consiguiente, debía ser el legislador autonómico (o, en su defecto el Gobierno de la Generalitat) el que estableciera una regulación de desarrollo que marcara los elementos básicos de ese régimen jurídico-institucional de directivos locales profesionales y, en paralelo, habilitara al ejercicio de la potestad normativa local para su complemento y concreción. No dejaba de ser un soberano desprecio al principio de autonomía local y a su manifestación más fuerte como es la potestad de autoorganización, que otra institución, diferente de la propia entidad local, se pudiera entrometer en la configuración de las estructuras directivas por medio del establecimiento de unas reglas jurídicas más o menos incisivas en lo que a la organización local respecta.

Dicho de otro modo, la sentencia decía -como se ha reconocido- que la necesaria homogeneidad del régimen jurídico de la dirección pública profesional local exigía un marco normativo único, fuera este estatal (básico) o autonómico. Puede llegar a comprenderse, en efecto, que una regulación de tales características, sobre todo si se quiere facilitar la movilidad interadministrativa, así como prever algunas cuestiones sustantivas relativas al derecho de la función pública (como, por ejemplo, la situación administrativa en la que queda el personal designado para el ejercicio de tales funciones; sobre lo cual hay una reserva de ley; o el régimen general de derechos de ese tipo de personal) deban ser reguladas por el legislador autonómico; pero se entiende muy mal la habilitación al poder reglamentario estatal o autonómico. El tema clave es qué sucedía cuando existía una anomia normativa o, peor aún, una voluntad decidida del legislador autonómico de no regular esta materia, dejando así desapoderadas a las entidades locales de régimen común para poder materializar así estructuras directivas en su organización que vayan más allá de la mera utilización de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo establecidos en la legislación de la función pública (principalmente, concurso y libre designación).

Por tanto, ante esta resolución judicial se planteaban dos preguntas importantes: en primer lugar, ¿con qué alcance e intensidad se debería regular por la legislación autonómica? Las opciones eran varias: la primera consistía en establecer una regulación legal detallada (ya hemos descartado, por su nula adecuación al principio de autonomía local, la regulación reglamentaria, que era, paradójicamente, por la que optó el artículo 13 del TREBEP), donde los márgenes de configuración normativa en lo que respecta al ejercicio de la potestad normativa local fueran limitados o más limitados (opción por la que se inclinó el capítulo III del título IV de la Ley 2/2016, de instituciones locales de Euskadi), desplegándose principalmente en aspectos propios de la potestad de autoorganización; la segunda era una opción en la que el legislador autonómico se inclinara por establecer una regulación general de la figura del personal directivo local (o de los órganos directivos locales, que a mi juicio hubiera sido más acertada), sin entrar en muchos detalles sobre aspectos concretos de ese régimen jurídico, normativa que jugara así como una suerte de habilitación para que las distintas entidades locales desplegaran su propia potestad normativa y de autoorganización aprobando reglamentos de naturaleza orgánica o reglamentos reguladores de esa institución, por medio de los cuales completaran lo establecido en la normativa autonómica. Las dos opciones son posibles, y ambas cumplen las exigencias que establece la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, ya que lo que se pide es que sea el Estado o las comunidades autónomas quienes determinen los elementos propios del régimen jurídico del personal directivo en condiciones homogéneas en su aplicación para todas y cada una de las entidades local del territorio de aplicación de tal normativa. La diferencia estriba en los márgenes de configuración que se dejan en una u otra solución en lo que al desarrollo normativo respecta.

Como cabe presumir, la segunda opción es el camino por el que ha transitado, tal vez con más voluntad que acierto, el legislador catalán, quien, para dar cobertura a las entidades locales de Cataluña y sacarlas del túnel en el que les había introducido la sentencia reiterada, estableció

un marco normativo ciertamente genérico, de escasa densidad, con la finalidad sobre todo de dar cobertura a los reglamentos ya aprobados por las entidades locales catalanas en lo que a dirección pública profesional respecta, y habilitar también para que el resto de entidades locales catalanas pudieran perfectamente desarrollar normativamente esa figura potestativa si la querían trasladar a sus propias estructuras organizativas.

En efecto, por medio del artículo 102.2 de la Ley 5/2020 (ley "de acompañamiento" a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma), se estableció, como clara respuesta a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo antes citada, una regulación por medio de la cual se modificaba el artículo 306 del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, incorporando una nueva regulación de la figura del personal directivo en las entidades locales, que abría el paso a unas posibilidades efectivas (siempre que así se reconociera por la normativa local correspondiente) de profesionalización (mayor o menor, según los casos; en función del alcance de cada regulación) de la dirección pública local. Se zanjaba de ese modo el debate, que ya prácticamente no persistía, de si era posible o no seguir echando mano del personal eventual para la cobertura de niveles directivos en las entidades locales, pues formalmente se seguía reconociendo esa vía a través de la anterior redacción de ese precepto, a pesar de algunos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que venían a defender que, tras la aprobación del TREBEP y el acotamiento de las funciones del personal eventual solo a tareas de asesoramiento (político) y de confianza especial, no era posible ya recurrir a tal figura del personal eventual para el desarrollo de tales funciones directivas. Dejamos de lado ahora, pues es examinado en otro epígrafe de este trabajo, el tema de la figura de la gerencia de los consejos comarcales, cuya legislación específica sigue haciendo mención a tal personal eventual como modo de vinculación entre la persona que cubra ese órgano y la propia entidad local.

Lo importante ahora de esta normativa es que se aplica a *todos los entes locales*, ya que es la normativa general; por tanto, también a las diputaciones provinciales; aunque las exigencias del marco normativo básico regulador del personal directivo de este tipo de instituciones (el artículo 32 bis LBRL), admite perfectamente un modelo politizado o discrecional de nombramientos para esos órganos directivos, siempre que se cumplan solo las exigencias establecidas en el citado precepto de la normativa básica.

A partir de esa modificación del artículo 306 TRMRLC, tal como preveía el artículo 102.2 de la citada Ley 5/2020, el enunciado de tal precepto quedaba redactado en los siguientes términos:

«Artículo 306. Personal directivo

»1. El nombramiento de personal directivo de entes locales y la formalización del correspondiente contrato laboral de alta dirección, de acuerdo con lo establecido en esta ley, son competencia de la presidencia de la entidad, que dará cuenta al pleno en la primera sesión que tenga.

»2. La denominación y la determinación de los puestos directivos se llevará a cabo mediante un instrumento de ordenación diferenciado del de la relación de puestos de trabajo, la aprobación corresponde al pleno, a propuesta de la presidencia de la entidad local, excepto en los municipios de gran población, en la que es competencia de la junta de gobierno local.

»3. Los miembros de la corporación no pueden ser nombrados personal directivo. El personal directivo está sujeto a las causas de incapacidad e incompatibilidad establecidas para los miembros de la corporación.

»4. Los procedimientos de selección y provisión de personal directivo deben exigir en todos los casos una formación específica de grado o de postgrado, se regirán por los principios de mérito, capacidad, publicidad y libre concurrencia y deben asegurar la idoneidad de los aspirantes en relación con los puestos objeto de la convocatoria. En los

procedimientos se debe acreditar y verificar que los aspirantes están en posesión de las competencias profesionales exigidas.

»5. El personal directivo nombrado tiene derecho a la inamovilidad en el puesto de trabajo, siempre que los resultados de la evaluación de la gestión llevada a cabo sean satisfactorios, y a permanecer en el cargo hasta que, una vez finalizado el mandato en que haya sido nombrado, cese el presidente o presidenta de la corporación que lo había nombrado. El nuevo presidente o presidenta de la entidad local puede, discrecionalmente, prorrogar el período de ejercicio de las funciones directivas para otro mandato, o bien convocar un nuevo procedimiento de selección y provisión del puesto de trabajo. »

Esta es, por tanto, la regulación que en Cataluña se ha de tomar como base para la implantación de estructuras directivas locales. Adviértase que, a diferencia de lo que establece el artículo 13 TREBEP (que aboga por su naturaleza potestativa), la normativa catalana parece querer establecer el carácter preceptivo de tal aplicación cuando de crear órganos directivos se trata. Una interpretación literal de ese precepto comportaría que, si por parte de la entidad local, se quiere nombrar personal directivo habría que acudir inevitablemente a ese procedimiento. En realidad, ello no es así. Nada impide que un Ayuntamiento determinado o cualquier entidad local catalana establezca estructuras directivas municipales que opten por disponer de un carácter estable (puestos directivos estructurales) que se provean a través de los sistemas de provisión de puestos de trabajo ordinarios y de ello quede constancia en las respectivas relaciones de puestos de trabajo. Por consiguiente, el artículo 306 TRLMRLC debe enmarcarse en el contexto de la normativa básica en la cual se integra.

Resulta, por tanto, oportuno realizar una exégesis del citado artículo 306 TRLMRLC para poder así determinar hasta qué punto y con qué márgenes de configuración normativa las entidades locales catalanas pueden desarrollar y crear, por tanto, estructuras directivas en sus propias entidades que se adecuen a tales premisas, definiendo asimismo qué déficits o anomías cabe identificar en tal regulación.

Tal como se ha dicho, el artículo 306 del TRLMRLC regula el personal directivo, que tenía anteriormente la consideración de *personal eventual*, una figura que se importó, como también es sabido, del artículo 176.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 1986. Y cuya vigencia ofrecía dudas evidentes sobre su aplicabilidad tras la reforma de la función pública de 2007 y 2015 (EBEP/TREBEP, respectivamente). Tras la modificación normativa expuesta, esa figura del personal eventual queda erradicada de anclajes normativos generales para ser aplicada a las entidades locales catalanas en lo que a la provisión de puestos de personal directivo se trata. El campo de personal eventual se acota solo para funciones de asesoramiento político o de confianza especial, pero no para tareas directivas de contenido ejecutivo y, menos aún, que comporten ejercicio de potestades públicas o de autoridad.

Y este punto es importante, dado que el "nuevo artículo 306" del TRLMRLC se asienta en la regulación previa de ese mismo precepto que tenía, sin embargo, una finalidad diferente. En efecto, no es lo mismo formalmente ni tampoco en cuanto a régimen jurídico que el personal directivo local se vincule con la respectiva administración por medio de la figura del personal eventual que a través de un sistema de dirección pública profesional en el que los márgenes de discrecionalidad política, aun existiendo, se ven reconducidos, siquiera sea parcialmente. Pero no conviene llamarse a engaño, el modelo de dirección pública local que preveía la anterior normativa sigue teniendo un peso "cultural" que actúa como hipoteca material a la hora de implantar efectivamente ese nuevo modelo de gradual profesionalización por el que parece apostar el nuevo marco normativo modificado del artículo 306 del TRLMRLC. Con frecuencia se olvida, más en el análisis jurídico formal, el peso que las tradiciones culturales tienen en los

comportamientos políticos e institucionales. Si el funcionamiento habitual de designación del personal eventual tenía históricamente una impronta más que evidente de vínculo político de confianza entre quien nombraba (presidente o alcalde de la entidad local) y el nombrado (directivo local), esa influencia no se quiebra tan fácil con una nueva regulación legal que impone exclusivamente algunas reglas, muchas de ellas formales y otras de naturaleza material, para designar a tales directivos locales. Ello comportará que, en no pocos casos, el titular del órgano que designa esté inclinado a seguir *materialmente* (esto es, en cuanto a resultados) los mismos efectos o consecuencias que antaño le proveía el modelo de personal eventual. De hacerse así se implantará una dirección pública mentirosa o falsa, que formalmente lo parece, pero que realmente no lo es. No puede orillarse este riesgo, que es más que evidente por los escasos pasos que se han dado en la implantación normativa y práctica de este modelo de dirección pública denominado profesional, que al fin y a la postre en no pocos casos es una suerte de reedición del procedimiento de libre designación o un mestizaje turbio entre este y los procedimientos de libre nombramiento.

Llama la atención asimismo que en este nuevo artículo 306 TRLMRLC no haya ni una sola referencia expresa que reconozca la potestad normativa local para autorregular esa materia, partiendo de los principios establecidos en la Ley. Es, sin duda, una omisión incomprensible, especialmente porque si algo debe pretender esa regulación legal es dar cobertura a las manifestaciones de la potestad normativa local que desplieguen la regulación específica del personal directivo en sus propias entidades. Sin embargo, aunque la omisión sea clamorosa, cabe entender que hay un reconocimiento implícito para que las entidades locales regulen la materia; ya que en ese artículo 306 se esbozan lo que son las líneas básicas de un régimen jurídico que deberán respetar todos aquellos niveles de gobierno que pretendan desarrollarlo normativamente, pues por sí mismo se trata de un régimen jurídico incompleto, que necesariamente requiere para su completud de una regulación de desarrollo, no bastando un acuerdo del órgano plenario para pretender establecer las singularidades que en cada entidad local se deban prever en su aplicación.

No cabe duda que hubiese sido mejor que se hubiera hecho referencia expresa a que las entidades locales catalanas desarrollarán por medio de sus potestades normativas y de autoorganización lo establecido en tal precepto. Pero no es hora de lamentarse, sino de buscar interpretaciones que sean coherentes y resuelvan los problemas que se puedan plantear en ese proceso de implantación de la figura del personal directivo en las entidades locales catalanas. Además, se diga o no expresamente, lo cierto es que esa normativa recogida en el artículo 102.2 de la Ley 5/2020 por la cual se modificaba la redacción hasta entonces vigente del artículo 306 TRLMRLC, tenía la finalidad de dar cobertura a los reglamentos anteriormente dictados (siempre que se adecuen a las exigencias normativas establecidas) y a los que se pudieran dictar, cumpliendo ese papel de norma habilitadora, en este caso “de facto” para que se regulara tal materia por las entidades locales catalanas. No cabe orillar que esa regulación pretendía en última instancia desactivar los efectos de la STS de 17 de diciembre, e impedir así que normativas anteriores o posteriores de las entidades locales pudieran ser anuladas por inexistencia de un paraguas legal que las amparara. De hecho, lo que principalmente vedó el Tribunal Supremo no era otra cosa que la posibilidad de que una entidad local regulara *per saltum* (esto es, sin norma legal o reglamentaria estatal o autonómica de cobertura) la figura de los directivos públicos por las administraciones locales. Y, por tanto, si no intervenía previamente el legislador básico o autonómico, inclusive el ejecutivo central o autonómico (lo cual era aún más sorprendente por disparatado, como ya se ha dicho), previendo una regulación mínima que recogiera lo esencial del régimen jurídico de ese personal directivo y habilitara a llevar a cabo su desarrollo por parte del poder local, los riesgos de impugnación y de anulación de la normativa local eran altísimos. En suma, se adoptó así una política preventiva y de prudencia institucional que consistió en establecer ese marco normativo general, sin duda muy mejorable, pero que dotaba de cobertura formal al desarrollo reglamentario local ulterior y evitaba sustos indeseables.

El modelo diseñado por el artículo 306 conduce derechamente a que sea cada entidad local la que desarrolle normativamente el régimen organizativo e institucional de tal figura, pues al estar regulada ya en la Ley (aunque de forma muy incompleta) cabe admitir que es perfectamente posible ese ejercicio de potestad normativa local, limitada obviamente por lo establecido en ese marco normativo autonómico y de conformidad con lo establecido en el propio TREBEP. Dicho de otro modo, la normativa reglamentaria que apruebe la entidad local no puede contradecir, como es obvio, ni la normativa básica (artículo 13 TREBEP), ni la legislación básica en materia de régimen local, ni tampoco la normativa autonómica (artículo 306 TRLMRLC), dado que su función es desarrollarlas de acuerdo con sus potestades normativas y de autoorganización propias. Si bien, como cabe deducir por lo ya expuesto, los márgenes de configuración, dado que se trata de un régimen jurídico legal con poca densidad y con amplios espacios de configuración para las entidades locales. No hay riesgos de impugnación por medio del planteamiento de alguna cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en el sentido de que el artículo 306 de la ley catalana vulnera el artículo 13 TREBEP, pues nada de eso sucede realmente. Por lo que la opción del legislador catalán hay que leerla en clave de apoderar a las entidades locales para un mayor despliegue de sus potestades normativas y de autoorganización en la regulación de esta materia. Es una opción que tiene encaje, aunque una mayor densidad normativa, más en lo que respecta a aspectos del régimen jurídico de la figura, hubiese sido deseable.

Además, conviene incidir en que si analizamos el diseño normativo e institucional de los órganos directivos de los municipios de gran población y de las diputaciones provinciales tal como está recogido en cada caso en la LBRL, cabrá concluir que ninguno de ellos hace referencia expresa al artículo 13 del TREBEP, *porque tal dirección pública en tales entidades locales no se califica de profesional, sino que engarza con la concepción de una dirección pública situada dentro de la evanescente noción de altos cargos, a la que se establece solo una serie de requisitos o exigencias en su régimen jurídico; tal como se ha dicho, el artículo 13 TREBEP, dada su ubicación sistemática y la ley en la que se encuadra, establece una dirección pública profesional de puestos de trabajo de la alta función pública o del empleo público, que no se encuentran nunca dentro de esa noción de alto cargo, como son los órganos directivos de subdirección general*. Dicho de otro modo, el legislador catalán también podría haber optado –ago que no hizo– por reproducir ese modelo de dirección pública politizado o de nombramientos discrecionales, salvo en las exigencias establecidas en la norma básica (artículos 32 bis y 130 de la LBRL).

Esto no se ha hecho así. Y en el artículo 306.1 TRLMRLC, con la impronta del artículo 13 del TREBEP, se advierte el peso de la concepción subjetiva de la dirección pública a la que antes hacíamos referencia, descartando la dimensión objetiva (como órgano directivo), que hubiera sido sin duda más atinada. Sin embargo, el problema no es tanto del legislador catalán sino, como ya se ha apuntado, de un enfoque equivocado adoptado por el legislador básico de empleo público. En efecto, ha primado la concepción subjetiva (personal directivo), en tanto que ese personal se vincula con la Administración por medio de un *nombramiento* o mediante *contrato laboral de alta dirección*. Algo que ya se ha dicho no sucede en el ámbito de los municipios de gran población y no tiene por qué suceder necesariamente en las diputaciones. Una alternativa que conduce derechamente a analizar si quien accede a esas funciones directivas es funcionario, personal laboral o un externo. Por ejemplo, si el medio de vinculación es mediante un contrato laboral de alta dirección es obvio que tales personas, a pesar de que sean titulares de un órgano directivo no pueden ejercer potestades públicas o funciones de autoridad; lo cual es un límite muy importante en el desarrollo de un modelo de implantación de órganos directivos en las estructuras locales, algo que no sucede con los altos cargos de otras administraciones públicas ni tampoco con los titulares de órganos directivos de los municipios de gran población (en Cataluña, actualmente, este régimen solo lo tiene el Ayuntamiento de l'Hospitalet de Llobregat).

Y el recurso a esta figura del personal laboral con una relación de alta dirección plantea muchas preguntas: ¿Puede haber un titular de un órgano directivo sin ejercicio de potestades públicas? ¿En qué se diferencia el régimen jurídico de ese personal directivo del personal eventual, entonces? A la primera pregunta ya se ha dado respuesta en estas páginas. Y a la segunda la respuesta es que formalmente ambos son regímenes jurídicos distintos, pero también en lo que se refiere a la aplicación subsidiaria del Derecho de la función pública en el caso del personal eventual, mientras que el personal laboral de alta dirección se rige por el régimen especial que en esa normativa del Derecho del Trabajo se prevé. Pero, ante la regulación legal, tanto básica como autonómica, hay que presumir que caben las dos opciones para cubrir niveles directivos locales, nombramiento de funcionarios o contratación de personal laboral de alta dirección; por consiguiente, vínculo funcional o relación laboral especial; cuando lo más razonable hubiera consistido en crear órganos directivos y el nombramiento de sus titulares (independientemente de la condición previa de sus titulares les hubiera investido para ejercer las funciones propias del cargo, y, por tanto, también las funciones de autoridad). Cabe insistir que el problema no deriva tanto del legislador catalán sino del mal diseño normativo del legislador básico estatal de empleo público, que no supo diferencia entre órganos directivos y régimen jurídico de quienes accedían a ellos en función de su condición previa. Este error está teniendo consecuencias muy serias, tanto en su desarrollo normativo como en la aplicación (muchas veces muy poco atinada) que muchos de los tribunales de justicia (incluido el Tribunal Supremo) hacen de este problema.

Sin duda, hubiese sido mejor precisar que los titulares de los órganos directivos (como sucede con los altos cargos de otras Administraciones), una vez nombrados, independientemente de su origen o condición, ejercerán las funciones propias del órgano directivo. La pésima regulación del artículo 13 TREBEP ha condicionado este modelo, arrastrando al legislador catalán a un callejón sin salida. ¿Podía haberse apartado de esa lectura e interpretación de la legislación básica? A mi modo de ver, sí. Siempre se podría haber realizado una interpretación sistemática y finalista de la norma básica, previendo órganos directivos para la Administración municipal propiamente dicha, cuya cobertura se realizara por funcionarios públicos, salvo que el reglamento orgánico del ente local previera excepcionalmente y de forma motivada en qué casos tales órganos, en función de las características específicas de sus cometidos funcionales, podrían también ser cubiertos por personas que no tuvieran la condición de funcionarios públicos (tal como hizo en su día el artículo 130 LBRL, en seguimiento de lo que establecía entonces la LOFAGE para las direcciones generales de la AGE y hoy en día recoge la LRJSP). Y también hubiera sido mucho más acertado circunscribir la aplicación del régimen laboral especial de alta dirección solo al personal directivo de entidades del sector público local que, por sus cometidos estatutarios y la estructura de sus plantillas, tuviera un mejor encaje tal relación laboral, siempre que en tales niveles directivos y en esas entidades no se desarrollaran funciones de autoridad o potestades públicas. En realidad, lo mejor sería circunscribir la figura del personal directivo en régimen laboral de alta dirección al sector público empresarial o fundacional local. Con esta solución se hubiera podido mejorar cualitativamente el marco regulador. En cualquier caso, el legislador catalán ni ha querido ni ha sabido separarse de la desafortunada regulación del artículo 13 TREBEP, que -tal como se ha reiterado- no concibe la dirección pública como organización, sino que la vincula al personal directivo y a su condición previa a la designación (personal funcionario o laboral) como factor determinante de su régimen jurídico. En todo caso, se puede intentar corregir ese enfoque, sin vulnerar la ley, en la propuesta de reglamento orgánico que cada entidad local formule o apruebe; pero siempre hubiese sido mucho mejor tener la cobertura legal mucho más clara y precisa para implantar un régimen jurídico de la dirección pública que se asentara principalmente en el enfoque organizativo, sin perjuicio de que se regulen aspectos de régimen jurídico común aplicable a los titulares de tales órganos.

Además, la regulación de la ley catalana tiene algunos agujeros o anomalías que pueden ser una fuente futura de problemas o, al menos, de dificultades e inseguridades a la hora de aplicar ese régimen jurídico a supuestos concretos o puntuales. En efecto, quedan sin precisar algunas cuestiones de régimen jurídico que se aplicarán a tales directivos públicos en los casos de nombramientos de funcionarios; por ejemplo, las situaciones administrativas; lo cual no es un dato menor, sobre todo, tal como ya se ha expuesto, si se quiere aplicar la situación de servicios especiales a quienes cubran tales niveles directivos, y respetar así su retorno a sus puestos de origen o de similares características. Y, efectivamente, este tema es muy relevante pues tal anomia normativa, aparte de generar problemas de aplicación puntuales por requerir una interpretación que a veces puede no ser compartida por los tribunales de justicia, puede producir una suerte de efecto de desaliento para que funcionarios públicos sea de la propia entidad (aunque esto puede resolverse más fácilmente) o de otras entidades locales o de diferentes administraciones públicas asuman tales funciones directivas. Quedarse en el limbo o con problemas futuros de inserción en la administración de origen no es una buena opción para incentivar vocaciones directivas en el ámbito local de gobierno. En realidad, sin una intervención previa del legislador básico o de desarrollo, la situación administrativa en la que permanecerá quien sea nombrado personal directivo de la Administración Municipal (al menos en el régimen jurídico del personal funcionario, y del laboral si está asimilado por convenio) será la de servicio activo. Tal como se ha dicho, el problema fundamental no es tanto quienes sean nombrados directivos entre los funcionarios del Ayuntamiento (aspecto que se podría regular por el propio reglamento), sino quienes procedan de otras Administraciones Públicas, dada la imposibilidad material de extender sus efectos aplicativos a tales entidades.

En todo caso, junto a los aspectos críticos expuestos, sí cabe resaltar en términos más positivos que en esta regulación legal sí se refuerzan, en línea con lo expuesto anteriormente, las potestades de autoorganización del Ayuntamiento, y concretamente de la presidencia de la entidad, aunque reservando (como ya se hacía en el marco regulatorio anterior) competencias importantes al pleno, que es el órgano competente para definir el *instrumento de ordenación diferenciado de la relación de puestos de trabajo*, pero que difícilmente en sí mismo podrá tener carácter normativo (al establecerse ese paralelismo con las relaciones de puestos de trabajo). Tal vez la expresión "ordenación" podría amparar que en tal instrumento se recogieran algunas precisiones de régimen jurídico; pero si se definen reglamentariamente esa opción es superflua. Efectivamente, lo más operativo es que sea el propio reglamento orgánico o el reglamento regulador de esa figura directiva (con anclaje en una regulación mínima en el reglamento orgánico) el que establezca el alcance del régimen jurídico del personal directivo y *ordene* normativamente tal cuestión, sin perjuicio de dejar un margen de detalle a lo que prevea ese instrumento de ordenación diferenciado de las relaciones de puestos de trabajo ordinarias, en línea, por ejemplo, de lo establecido en el artículo 36 de la Ley vasca de instituciones locales.

Quizás uno de los puntos más relevantes de esa regulación legal que lleva a cabo el nuevo artículo 306 TRLMRLC radique en que la "selección y provisión" de personal directivo se hará de acuerdo con una serie de principios, que son los recogidos en el artículo 13 del TREBEP. En este punto la ley catalana no innova nada y sigue a pies juntillas lo establecido por el legislador básico en lo que a principios se refiere. Sí que puede tener un componente innovador la distinción entre selección y provisión de puestos de trabajo, una distinción que parece sugerir que la cantera de candidatos puede ser, según de determine, "externa" (selección) o "interna" (provisión de puestos de trabajo). La cuestión clave en esta dicotomía está, al parecer, en determinar hasta qué punto en estos casos se garantiza el principio de "libre concurrencia". No parece, sin embargo, que sea una cuestión de compleja resolución: tanto si se proveen los puestos de niveles directivos entre funcionarios de la organización como si se abren a profesionales de otras administraciones públicas o a externos, se estaría respetando el principio de libre concurrencia, en un caso de circuito cerrado (ya que existe capital directivo interno y no se considera necesario buscarlo fuera) y en otro de circuito abierto.

En todo caso, el uso del concepto de "selección" no parece ser el más adecuado y puede resultar equívoco, pero es el que utiliza la norma catalana, y difícilmente cabrá apartarse de esa denominación, tal vez matizarla en la propuesta reglamentaria que desarrolle cada entidad local. Según el contexto normativo y una interpretación sistemática y gramatical del precepto, tal como se ha expuesto parece derivarse la idea de que por selección cabe entender aquel supuesto en que el Ayuntamiento abre la convocatoria de cobertura de la plaza directiva tanto a personal propio como a externo (procedente de otras administraciones públicas o, incluso, del mercado). Mientras que por provisión de puestos cabría entender que la cobertura de ese nivel directivo se realiza entre personas o profesionales de la propia Administración municipal. Aun así, no está nada clara la distinción, ya que en la provisión de puestos de trabajo también cabe abrir tales puestos a personas de otras Administraciones Públicas a través de la movilidad interadministrativa, si así se previera en el instrumento específico de ordenación que se recogiera el catálogo de niveles directivos existentes en la organización.

La redacción del nuevo artículo 306 ha incorporado la necesidad previa de llevar a cabo antes del nombramiento o contratación un procedimiento de acreditación de competencias (que podría estar implícito en los sistemas de selección o provisión de tales puestos directivos), dentro de las exigencias para desempeñar tales niveles directivos municipales, tal como se dirá a continuación. La norma catalana también ha optado por poner el acento en los requisitos de titulación exigidos para poder desempeñar tales niveles directivos locales (grado o postgrado) y prescindir de regular los aspectos principales del sistema de acreditación de competencias, más allá de prever una cláusula general que se enuncia del siguiente modo: *"En los procedimientos se debe acreditar y verificar que los aspirantes están en posesión de las competencias profesionales exigidas"*. La clave, por tanto, estará, por un lado, en cómo se desarrolle normativamente esta cuestión a través de la potestad normativa local, y, por otro, con qué herramientas de gestión (monografías de niveles directivos o estructuras de órganos directivos) cuenta cada entidad local a efecto de concretar qué competencias (como predictores para identificar si los candidatos las acreditan) se deberán desplegar para el desarrollo adecuado de las funciones asignadas a cada nivel directivo, y sobre todo cómo acreditarlas y a través de qué órganos. Toda esta cuestión, por cierto central en el diseño de institucionalización del modelo de dirección pública local, se deja plenamente abierta a la regulación ulterior, lo que dará lugar con toda probabilidad a sistemas de dirección pública local en Cataluña de geometría variable.

La exigencia específica que también se contiene es la de que quien pretenda acceder al ejercicio de funciones directivas en el ámbito local de gobierno deberá disponer de una titulación universitaria de grado o postgrado (una exigencia que puede ser liviana o más dura, según se concrete en cada modelo singular). Con ello se pretende atenuar algo el amateurismo que se ha dado en el ejercicio de niveles de responsabilidad en algunos gobiernos locales. No obstante, poseer ese tipo de titulaciones poco o nada acredita sobre las competencias y la experiencia que cada persona tenga. En cualquier caso, un nivel directivo que tiene como función principal dirigir equipos de profesionales muchos de ellos cualificados o de alta cualificación, es razonable que se le exija un mínimo de formación académica para poder disponer de unos conocimientos y un lenguaje que pueda tener interlocución con los niveles técnicos de la organización.

También tiene trascendencia la permanencia en el cargo (se denomina "inamovilidad", en todo caso temporal y condicionada) mientras se obtengan resultados adecuados en las evaluaciones de gestión (siempre que se hagan; esto es, la norma las prevé, pero el problema será aplicarlas y que sean efectivas), que se prolongará hasta el momento en el cual cese la persona titular de la Alcaldía que le nombró, salvo que se reitere la persona del Alcalde o que quien le sustituya procedan a prorrogar "discrecionalmente" el nombramiento o, en su caso, a

convocar otro procedimiento "selectivo" o de provisión. No se ha terminado de trasladar el modelo más racional del País Vasco (LILE), que comporta incluso la extensión del mandato del directivo hasta el 31 de diciembre del año en que se produzcan las elecciones y la constitución de la nueva corporación (artículo 40.11, de la Ley 2/2016), un sistema que prevé reforzar la estabilidad y permanencia de las estructuras directivas más allá de los ciclos políticos inmediatos y garantizar una convivencia temporal, en su caso, entre estructuras directivas profesionales y el nuevo equipo de gobierno, en su caso, a efectos de reforzar la confianza y garantizar la permanencia de las políticas públicas locales.

En fin, esa regulación de la ley catalana, con los claroscuros ya expuestos, supone no obstante un paso adelante para intentar salvar el enorme escollo de la doctrina del Tribunal Supremo. Además, se debe aplaudir que abogue por una concepción de profesionalización de la función directiva que, como hemos visto, no deriva necesariamente del artículo 32 bis de la LBRL. Y para dar cobertura a los entes locales fue dictada. Pero, efectivamente, quedan algunas dudas aún por resolver.

Hay, en todo caso, un problema de enfoque: si se quiere regular correctamente la función directiva hay que partir de que se trata de un problema organizativo y, por tanto, regular órganos directivos y, acto seguido, el régimen jurídico de quienes ostenten la condición de titulares de tales órganos; pues quienes son titulares de órganos directivos de la Administración por definición ostentan aquellas potestades públicas inherentes a tales órganos. Los entes locales pueden regular su "organización", pero su margen de maniobra en el ámbito del régimen jurídico es muy estrecho. Por eso, hubiese sido recomendable una ley más precisa en este ámbito. La ley catalana confunde o mezcla organización con régimen jurídico y así puede generar desconcierto y dificultades adicionales a la hora de determinar la aplicación de algunas de sus reglas.

La solución puede estar en el ejercicio de las potestades normativas por parte de las diferentes entidades locales al objeto de definir o concretar aquellos aspectos que han quedado vacíos o simplemente poco regulados en esa normativa. Pero ello, si no se hace razonablemente bien (esto es, de forma razonada y adecuada a la legalidad) puede abrir de nuevo el frente de las impugnaciones judiciales. Por tanto, dada la existencia de este riesgo, y de que los tribunales de justicia habitualmente comprenden mal este problema (que no es tanto jurídico, sino especialmente conceptual y con una fuerte dimensión organizativa), es importante regular bien e incorporar una exposición de motivos detallada que tenga asimismo un contenido explicativo o pedagógico sobre cuáles son los fines de la misma y las razones en las que se fundamenta.

Hay que advertir, en cualquier caso, que en esta regulación legal del nuevo artículo 306 TRLMRLC no hay una opción clara y contundente por la *profesionalización* de la función directiva, aunque se dan pasos efectivos en ese camino, cuya concreción definitiva dependerá de lo que haga cada entidad local. Hay algunos avances y también ciertas dudas. Todo dependerá de cómo se aplique; esto es, si se hace con voluntad de innovación y de captar talento directivo o con vocación de continuidad "remozada". Los riesgos de esta última opción son más que evidentes, ya que la (mala) concepción de que esos niveles directivos son espacios organizativos a la libre disposición de la política está aún muy arraigada en las mentalidades de quienes ejercen el poder local.

Breve referencia a la figura de la gerencia de los consejos comarcales: ¿personal eventual o personal directivo profesional?

El epígrafe que se pretende desarrollar en este momento tiene en sí mismo la suficiente entidad como para ser objeto de una ponencia específica, pues en esa pregunta que sigue al enunciado se suscitan problemas de cierto calado tales como si las comarcas en cuanto entidades locales singulares de fuerte configuración estatutaria y donde el legislador básico

local apenas regula nada de su régimen jurídico, llevando a cabo un reenvío a la legislación autonómica entre otras materias en lo que se refiere a la organización y funcionamiento de los órganos de gobierno de tales entidades comarcales (artículo 42.3 LBRL), están sujetas en lo que a estructuras organizativas se refiere a las normas básicas locales y de empleo público, así como a la legislación autonómica de régimen local y también.

La cuestión es la siguiente: ¿El artículo 306 del TRLMRLC se aplica también a la gerencia de las entidades comarcales o cabe entender que este es un órgano de gobierno de las comarcas?

Para ello es oportuno, en primer lugar, delimitar cómo se regula esa figura de la Gerencia en la normativa reguladora de las comarcas en Cataluña.

En efecto, el artículo 16 del decreto legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de organización comarcal de Cataluña, regula la gerencia dentro del título III relativo a la "organización comarcal" y, más concretamente, en el capítulo I concerniente a los "órganos del consejo comarcal". Esta ubicación sistemática es importante, pues encuadra a la gerencia dentro de lo que podríamos denominar como los órganos de gobierno, pero no de carácter representativo, sino con un componente exclusivamente ejecutivo.

Esta es la dicción del artículo 16 de la citada norma:

16.1 *Corresponde al gerente, de acuerdo con las directrices del pleno y las instrucciones del presidente:*

a) Dirigir la administración comarcal y ejecutar los acuerdos del pleno.

b) Dirigir, inspeccionar e impulsar las obras y los servicios comarcales.

c) Autorizar y disponer gastos, y reconocer obligaciones, en los límites de la delegación que le otorga el pleno; ordenar pagos y rendir cuentas.

d) Dirigir el personal de la corporación.

e) Ejercer otras funciones que expresamente le son delegadas y no afectan a las atribuciones del presidente y del pleno enumeradas por los artículos 13 y 14.

16.2 *El gerente es nombrado y cesado por el pleno del consejo comarcal, a propuesta del presidente. El cargo de gerente es incompatible con la condición de concejal. Además, se le aplican las causas de incapacidad y de incompatibilidad establecidas para los miembros del consejo comarcal. El gerente tiene la condición de funcionario eventual. Si la persona designada es funcionario de la Generalidad o de la Administración local, se le tiene que declarar en situación de servicios especiales.*

Cabe, por tanto, configurar a la Gerencia del Consejo Comarcal como un órgano específico de la organización institucional de la Comarca que, de acuerdo con la regulación que lleva a cabo Título III del decreto legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de organización comarcal de Cataluña. En realidad, más que un órgano directivo la norma lo califica como "cargo", pero en el régimen jurídico que esboza la norma se establece un marcado paralelismo entre los "altos cargos representativos" del Consejo Comarcal y el cargo de Gerente, tales como es el caso de la aplicación de las causas de incapacidad y de incompatibilidad, que son las establecidas para los miembros del consejo comarcal, y la aplicación también de la situación de servicios especiales en el caso de quien es nombrado tenga la condición de funcionario.

Bien es cierto que la norma introduce ese factor de complejidad interpretativa que es afirmar que la persona que cubra la gerencia "tiene la condición de personal eventual". Obviamente, tras el EBEP y algunos pronunciamientos de los tribunales de justicia, puede discutirse que la figura de personal eventual sea adecuada para el ejercicio de funciones ejecutivas o directivas

que comportan, como es el caso, el ejercicio de potestades públicas o de funciones de autoridad. Ello explica que algunos reglamentos orgánicos de consejos comarcales huyan de la caracterización del puesto gerencial como "funcionario eventual", pues esta naturaleza podría ser puesta en cuestión, aunque el decreto legislativo 4/2003, siga haciendo uso de tal figura. En verdad, la caracterización del puesto de gerencia está clara en la Ley ("cargo orgánico"), por lo que es obvio que se trata de un órgano de la Administración comarcal y que, por tanto, una vez nombrada la persona está investida para ejercer las funciones propias del órgano, sin que sea preciso definir si es o no actualmente personal eventual, pues el régimen jurídico establecido es paralelo a lo que son los cargos directivos de otras administraciones públicas.

A tal efecto, se podría incluso defender cabalmente, de acuerdo con el marco normativo citado, que la Gerencia es una estructura similar a la de los "altos cargos" en lo que respecta a la Administración de la Generalidad y la del Estado, pues se configura como "cargo", se regula junto a la estructura político-institucional (artículo 12 del decreto legislativo 4/2003), su titular si es funcionario se acoge a la situación administrativa de servicios especiales (que es la aplicable a los altos cargos o al personal titular de los órganos directivos de los municipios de gran población) y, en fin, en su configuración normativa está caracterizado como "personal de confianza especial o política" (funcionario eventual: artículo 13 DLeg 4/2003).

Además, según las leyes 19/2013 (de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno del Estado) y 19/2014 (de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno del Parlamento de Cataluña), el nivel orgánico de la Gerencia se encuadra perfectamente dentro de la noción de "alto cargo" (el DLeg 4/2003, habla de "cargo", pero ya se ha visto que su régimen jurídico se puede reconducir al de "alto cargo" en muchos de sus elementos).

Esta caracterización podría fundamentar perfectamente que el nombramiento y cese de la Gerencia fueran discrecionales por parte del Pleno, sin requerir ninguna exigencia más. Tal tesis puede defenderse, pero hay que ser conscientes de que el marco normativo que regula la Gerencia comarcal está muy desfasado (es anterior al EBEP y al más reciente TREBEP) y que la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que afecta sobre todo a los niveles directivos (órganos directivos) de los municipios de gran población (artículo 130 LBRL) y de las Diputaciones provinciales (32 bis LBRL), están exigiendo (de forma equivocada a nuestro juicio) que se cumplan las exigencias mínimas del artículo 13 del EBEP, cuando el nombramiento de personal directivo recaiga sobre quien no tiene la condición de funcionario público para cuyo ingreso se haya exigido titulación superior.

Por eso, sin perjuicio de que cabría esa interpretación, lo mejor sería modificar la regulación legal de la organización comarcal y definir con precisión si ese órgano de gerencia es un órgano directivo que, con algunas limitaciones tal como se establece en las diputaciones y municipios de gran población, se provee y cesa discrecionalmente por los órganos políticos competentes, en cuanto que se configura como órgano ejecutivo de la organización comarcal, y, por tanto, el Parlamento de Cataluña tiene atribuida la competencia normativa exclusiva de definir el perímetro de configuración de tal institución.

Sin embargo, no conviene olvidar que mientras no se reforme la normativa reguladora de los consejos comarcales, la normativa en vigor sigue haciendo uso de la figura del personal eventual, a todas luces nada idónea para ejercer ese tipo de funciones directivas de primer nivel. Y, por consiguiente, dado que la reforma del artículo 306 del TRLMRLC ha suprimido al personal eventual en lo que respecta a las entidades locales catalanas, los riesgos de declarar un reglamento orgánico municipal como no ajustado a la legalidad vigente se incrementan. Es cierto que se podría invocar que la normativa comarcal catalana juega en este aspecto como ley especial, y por tanto tendría primacía aplicativa en este supuesto; pero el problema es la figura jurídica que utiliza, que ya es plenamente impropia para realizar tales funciones.

Bajo esos parámetros, y mientras no se modifica o adapta la normativa comarcal catalana, lo más prudente sería aplicar el artículo 306 TRLMRLC, y adaptar sus reglamentos orgánicos con esos parámetros, aunque también cabría mantener la tesis de que se trata de un órgano específico de la estructura de gobierno de la comarca y, en cuanto tal, establecer en el Reglamento orgánico una regulación de esa figura que fuera similar a la prevista en los

artículos 32 bis y 130 de la LBRL, sin hacer mención alguna a la configuración como personal eventual del régimen jurídico de vinculación con la organización; teniendo, por tanto, la condición de cargo directivo de libre nombramiento y remoción. El problema radicaría en que, ante la anomia del régimen jurídico aplicable cuando un gerente no tuviera la condición de funcionario público, la vulnerabilidad ante una hipotética impugnación sería elevada.

Por ello, el consejo más prudente, mientras no se modifica la normativa autonómica reguladora de la comarca, sería establecer que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 306 TRLMRLC, el nombramiento de quien ocupe la Gerencia se ha de llevar a cabo de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, idoneidad y con publicidad y libre concurrencia. A tal efecto se diseñe un procedimiento de acreditación previa de competencias de los diferentes candidatos (de acuerdo con lo establecido en la monografía del puesto gerencial, según sus funciones y perfil de competencias) y un procedimiento de designación que finaliza con el nombramiento por el Pleno, a propuesta de la Presidencia. Con esta modalidad de designación y nombramiento se blindaría cualquier posible éxito en una hipotética impugnación del Reglamento.

Poco más se puede añadir en un tema que, como se decía anteriormente, requeriría un estudio monográfico que ahora no puede. Por tanto, se trataría en definitiva de decidir políticamente si el Reglamento Orgánico se por la primera o por la segunda de las opciones expuestas, aunque –como se ha dicho– la primera de ellas debería prescindir en todo caso de utilizar la figura del personal eventual (lo cual puede producir vacíos y abrir flancos de impugnación, al menos mientras son se modifique la normativa autonómica; en este caso la Gerencia se configuraría como cargo institucional comarcal de provisión y cese discrecional (lo que plantearía una línea de continuidad con lo que se ha venido haciendo hasta ahora, aunque sin calificar expresamente a esos puestos como “funcionarios eventuales”).

No obstante, por lo también expuesto, se considera más prudente y con menos riesgos de vulnerabilidad en el caso de posibles impugnaciones, la solución de incorporar al sistema de designación de la Gerencia de elementos propios del sistema de nombramiento de los órganos directivos tal como han sido definidos por el artículo 306 del TRLMRLC y, por consiguiente, la aplicación en tales procesos de cobertura del órgano de Gerente los principios de mérito y capacidad, junto con los de idoneidad, publicidad y libre concurrencia, así como las demás exigencias y requisitos contenidos en la norma general reguladora del personal directivo de las entidades locales en Cataluña.

En todo caso, el tema en cuestión está mal regulado en la actualidad y lo más cabal sería que el legislador catalán (Parlamento de Cataluña) modificara la regulación establecida en esta materia por el actual Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de organización comarcal de Cataluña, estableciendo un modelo de gerencia comarcal claro y preciso: optando decididamente entre un sistema más marcado de provisión política o por un modelo que camine más hacia una extracción profesional. Con ello se despejarían todas las incógnitas e incertidumbres que aparecen actualmente en este tema, y que se han expuesto de modo sucinto en estas páginas.

Anexo: Estructuras directivas de proyecto o programa en las entidades locales. Regulación aplicable a la Administración de la Generalitat de Cataluña y marco de actuación de los gobiernos locales.

El artículo 306 TRLMRLC no recoge, a diferencia de lo que se preveía en la Ley de Instituciones Locales de Euskadi (artículo 36.5, de la Ley del Parlamento Vasco 2/2016), la posibilidad de que los gobiernos locales a la hora de regular y establecer sus propias estructuras directivas incorporasen direcciones de proyecto o de programa. Esta cuestión, aparentemente menor, ha tomado sin embargo un protagonismo importante a partir de la aprobación del real decreto-ley 36/2020, dictado para agilizar la gestión de los proyectos financiados con fondos europeos vinculados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia por parte de las administraciones públicas y, particularmente, de la Administración General del Estado.

Pero, en verdad, las estructuras directivas por proyectos o programas, incardinados en unas actuaciones públicas a través de misiones (Mariana Mazzucato), trascienden con mucho la

gestión de tales fondos europeos extraordinarios, ya que suponen un cuestionamiento de la organización típica divisional/departamental de las administraciones públicas (esto es, a través de “silos”, en palabras también de la autora antes citada), que se muestra incapaz de hacer frente a políticas transversales; piénsese no solo en la gestión de fondos, sino especialmente en proyectos que abarquen diferentes áreas o departamentos de la entidad local y que requieran mayores dosis de flexibilidad organizativa y de capacidad de adaptación, tales como algunos proyectos vinculados a la Agenda 2030 y al cumplimiento de determinados objetivos de desarrollo sostenible.

En esa disposición normativa excepcional (real decreto-ley 36/2020), aunque sin carácter básico (por tanto, solo aplicable a la Administración General del Estado), se recogía la posibilidad de que los departamentos ministeriales afectados por la ejecución de fondos europeos procedieran a crear unidades administrativas provisionales que llevaran a cabo esa gestión, disolviéndose a partir de que la ejecución de los citados fondos acabara. No se trataba de estructuras de proyecto transversales, dado que acotaban su despliegue al ámbito de cada departamento, pero sí que eran estructuras de proyecto temporales, que representaban así un cierto reconocimiento de que las tradicionales estructuras departamentales o divisionales eran insuficientes para afrontar algunos nuevos desafíos a los que se enfrentaban las administraciones públicas.

Bien es cierto que esas medidas que se aprobaban tenían como foco de intervención la planificación, la organización y los recursos humanos, en relación con tales unidades administrativas provisionales, pero la norma excepcional estatal no hacía mención alguna a la creación de estructuras directivas en tales unidades, lo que dejaba un vacío sobre tan importante tema, que sí que sería rellenado por determinadas comunidades autónomas (entre ellas, la catalana) cuando de aprobar medidas excepcionales para gestionar los fondos NGEU se tratara.

En cualquier caso, esta cuestión la traté con cierto detalle en un artículo que se publicó los primeros días de septiembre de 2021 en la *Newsletter de La Administración al Día del INAP*, en dos entregas diferenciadas. Y, por consiguiente, a quienes tengan interés en profundizar en esta cuestión allí me remito.

En esta ponencia solo quisiera hacer hincapié en que, a partir de esas regulaciones normativas excepcionales vinculadas con la gestión de fondos europeos NGEU, se ha abierto la posibilidad efectiva de que también las entidades locales puedan promover la creación de estructuras directivas de proyecto o de programa, a través de sus normas reglamentarias que regulen la función directiva, apoyándose en la regulación genérica del artículo 306 TRLMRLC, aunque - como se ha dicho- en este precepto nada se dice al respecto, si bien la habilitación implícita que se contiene para el desarrollo reglamentario local avalaría esta tesis.

De todas formas, ni el real decreto-ley 36/2020, ni tampoco la normativa excepcional catalana (como, por lo demás, ninguna otra de la práctica totalidad de comunidades autónomas que han aprobado normas excepcionales sobre gestión de fondos europeos), han extendido la aplicabilidad de los preceptos relativos a las unidades administrativas temporales ni a las estructuras directivas vinculados a ellas (como es el caso de Cataluña) a las entidades locales. Una vez más, el silencio acompaña a lo local, aunque al ser normas organizativas puede tener sentido que no se entre en la extensión de las normas que se aprueban a las entidades locales, con tal de no afectar a sus potestades de autoorganización ni a su autonomía local, pero algunas normas habilitadoras y alguna precisión de régimen jurídico hubiese sido tal vez recomendable incluirla en las normas básicas o en las normas autonómicas dictadas al efecto.

Para comprender siquiera sea con carácter puntual el alcance de este problema, es importante analizar brevemente el contenido de la regulación que aparece recogida en el decreto-ley 5/2021 de la Generalitat de Cataluña, que se dictó para agilizar en el ámbito de la Generalitat de Cataluña la gestión de proyectos financiables con fondos europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación. Debe quedar claro, en primer lugar, que tal regulación sólo se aplica a la Administración de la Generalitat y a sus entidades de su sector público, y no por tanto a las entidades locales. Aun así, como se decía, puede ser oportuno detenerse puntualmente en su análisis con la finalidad de ver en qué medida tal marco normativo pudiera

servir de fuente de inspiración para trasladar algunas de esas ideas a una regulación normativa local que tuviera como objeto la dirección pública y, más concretamente, la posibilidad de creación de puestos directivos en estructuras temporales (como son las de gestión de fondos europeos) o, incluso, extender tal figura a estructuras directivas transversales.

El preámbulo del citado decreto-ley se hace eco de la creación de direcciones de programa de aquellas unidades que gestionen los proyectos financiados con fondos europeos, y de tal preámbulo se pueden extraer las siguientes ideas-fuerza en relación con la dirección de programas (que es como se califican las unidades administrativas temporales en la Generalitat de Cataluña):

- Una novedad sustantiva de la norma de la disposición normativa catalana se refiere a la regulación de la figura de la dirección por programas, aunque de nuevo limitada a la gestión de los fondos europeos citados. Es, sin duda, una lectura correcta y una aplicación de interés de las potencialidades que ofrece la figura de la dirección pública profesional en su traslación a programas o proyectos de naturaleza temporal, pero que exigen un liderazgo ejecutivo profesional apropiado que facilite o ayude en ese proceso de digestión o absorción de las contribuciones financieras procedentes de los respectivos fondos europeos.
- Aunque la exposición de motivos sólo dibuja los elementos generales de la regulación, deja patente que el modelo se asienta sobre un reclutamiento o selección a través de un proceso competitivo abierto (lo cual parece cerrar la opción de que se provean entre personal funcionario interno, y da pie a que se incorporen en esas estructuras directivas temporales personas externas más que funcionarios propios de la Administración de la Generalitat), debiendo acreditar tanto conocimientos especializados en la gestión de fondos europeos como competencias básicas para el ejercicio de funciones directivas. Se les impone, además, que tengan que suscribir un acuerdo de gestión con el órgano que lo designe, a partir del cual serán evaluados periódicamente en torno al cumplimiento de objetivos y resultados establecidos, previéndose una adecuación de las retribuciones a tales circunstancias (retribuciones variables). El nombramiento o contratación será por un plazo máximo de cuatro años, y el cese o despido está exclusivamente vinculado al transcurso de ese período o, en su caso, al incumplimiento de los objetivos establecidos en el acuerdo de gestión.

Por lo que respecta a la parte dispositiva, la regulación de esa figura de la dirección de programas se lleva a cabo en el artículo 33 del decreto-ley catalán. No conviene reiterar que la normativa analizada tiene como novedad más relevante la inclusión de una regulación específica sobre la dirección por programas para la gestión de fondos europeos, que posteriormente ha sido reproducida por alguna otra legislación excepcional autonómica (ver, por ejemplo, el Decreto-ley 4/2021, de 31 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Canarias; pero también, con modulaciones importantes en algún caso, por los decretos-les 3/2021 de les Illes Balears y 4/2021 de la Comunidad Valenciana).

Por no insistir más en lo expuesto, es oportuno centrarse ahora en el contenido de esta regulación que se encuentra recogida en un extenso precepto normativo, como es el ya citado artículo 33 del decreto-ley. Las notas más significativas de esa regulación son las siguientes:

- En primer lugar, se prevé que cuando se elabore y apruebe una estructura de gestión temporal de fondos europeos, siempre que así se acredite su necesidad, se proceda al nombramiento de una persona que lo lidere, que ocupará la dirección de programa. Así se afirma que los programas de gestión de fondos que acrediten su necesidad podrán nombrar a un director o directora de programa. Se trata, por consiguiente, de una estructura directiva provisional de carácter potestativo, pues puede darse el caso de que las estructuras de gestión de programas financiados con fondos europeos NGEU no sean lo suficientemente complejas como para admitir una dirección con rango (al

menos equiparación retributiva) con las direcciones generales de la Administración de la Generalitat.

- La designación de las personas que ocupen los puestos de trabajo de dirección de gestión de fondos europeos será competencia de cada departamento o entidad pública a la cual se adscriba el programa. En todo caso se prevé que los programas sólo podrán crear un único puesto de trabajo directivo coyuntural de estas características. La designación de tales personas parece advertirse que tendrá un carácter discrecional, pero sujeto a las exigencias procedimentales y de acreditación de competencias que a continuación se exponen.
- Si bien es cierto que el primer apartado de este artículo utiliza solo la expresión nombramiento, en el artículo 33.3 del decreto-ley se habla de nombramiento o de contratación de personal de dirección de programas. Tal nombramiento o contratación será competencia del titular del departamento o, en su caso, del órgano de gobierno de los organismos y entidades públicas. Obviamente, cabe entender que en las estructuras de programa de la Generalitat, donde las funciones de autoridad (especialmente en ámbitos de intervención y control financiero) son evidentes, el nombramiento sería la fórmula adecuada; mientras que, en lo que afecta a las entidades de sector público, siempre que lleven a cabo funciones o tareas que no afecten directa o indirectamente a potestades públicas, el personal directivo podrá tener la condición de personal laboral de alta dirección o de régimen laboral temporal. Sin embargo, esa dicotomía entre nombramiento y contratación puede arrastrar la misma confusión a la que antes hacíamos referencia en torno a que si la persona seleccionada es funcionario procedería el nombramiento, mientras que si es laboral o externo tendría acogida la relación laboral especial de alta dirección. Pero, no parece muy acertada este planteamiento, pues en el apartado 6 de ese mismo artículo ya se prevé que los nombramientos se formalizarán para puestos directivos de programas que ejecute la Administración de la Generalitat, mientras que para las entidades de su sector público se echará mano del personal de alta dirección.
- Tampoco parece muy acertado el tiempo de nombramiento: cuatro años como máximo; dado que algunos programas de gestión de fondos europeos podrían ampliar su ejecución hasta 2026. Es importante constatar el vínculo del nombramiento o contratación, en su caso, con el objeto del programa (gestión de proyectos financiados con fondos europeos) y con la duración máxima establecida. Esa duración máxima tal vez obedezca a mezclar los programas de gestión de fondos europeos con los programas de interinidad regulados en el artículo 10 del TREBEP, pero no convendría mezclar ambos planos, salvo que quien vaya a desempeñar tales funciones directivas lo fuera como funcionario interino por programas (algo que no tiene mucho sentido en una Administración Pública como la de la Generalitat de Cataluña con funcionarios de carrera cualificados). Así se indica: "La resolución o contratación se vinculará a la gestión de fondos europeos donde se fijará expresamente su duración, que será de un máximo de cuatro años, y concretará los objetivos temporales vinculados al programa que se deben alcanzar, así como el compromiso de gestión que asuma la persona designada."
- En línea con lo establecido en el artículo 13 TREBEP, aunque trastocando la noción de designación por la de selección, se indica en el decreto-ley lo siguiente: "La selección del personal para la ocupación de puestos de dirección de programas para la gestión de fondos europeos se sujetará a los principios de mérito y capacidad, así como a criterios de idoneidad, y se debe llevar a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia. Para la designación de este personal se tendrán en cuenta los conocimientos especializados en la gestión de fondos europeos, la experiencia profesional en funciones directivas, así como la acreditación de competencias sobre coordinación de equipos de trabajo." En realidad, como bien se dice al final del enunciado, no es propiamente un sistema de selección, sino de

designación. Y, además, porque este modelo de captación de talento o capacidad directiva, como se dirá de inmediato, puede ser perfectamente un sistema de provisión temporal de un puesto de trabajo coyuntural de carácter directivo, siempre que en la propia organización haya cantera suficiente para cubrir tales puestos directivos sin tener que acudir necesariamente a un proceso selectivo externo, siempre más complejo de ejecutar, sobre todo en el tiempo; a parte de los problemas de régimen jurídico que se puedan plantear en su aplicación concreta.

- En línea también con lo establecido en el artículo 13 TREBEP, se recoge un sistema de evaluación del trabajo directivo, vinculado a los objetivos del programa, estableciendo asimismo la posibilidad de que se pueda cesar al directivo en el caso de incumplimiento de los objetivos; lo que parece admitir implícitamente que quien es directivo por programa no puede ser cesado discrecionalmente (por pérdida de confianza), aunque tal previsión no se recoge de forma expresa en la norma, cuyo enunciado (artículo 33.5) es el siguiente: "El personal de dirección de programas vinculados a la gestión de fondos europeos está sujeto a evaluación del cumplimiento de los objetivos asignados al programa, de acuerdo con criterios de eficacia, eficiencia, responsabilidad para la gestión y control de los resultados. En los términos que se determinen en los programas, este personal presentará periódicamente una memoria sobre el resultado de la gestión y de los resultados alcanzados en relación a los objetivos fijados. La evaluación desfavorable del cumplimiento de los objetivos o resultados asignados al programa comporta el cese del personal de dirección de programas, sin derecho a percibir indemnizaciones por cese no previstas legalmente."
- Al establecer un modelo dual, esto es, de personal directivo en régimen funcional, y de personal directivo en régimen laboral, esta situación doble se prevé expresamente en lo que afecta a su formalización (nombramiento o contrato), tal como recoge el artículo 33.6: "Las designaciones de personal de dirección de programas se formalizan mediante nombramientos administrativos en los programas adscritos a los departamentos, organismos y entidades autónomas y mediante contratos laborales de alta dirección en los programas adscritos a las otras entidades del sector público." Parece una opción razonable el hecho de que se regule un vínculo funcional para los programas de gestión de fondos europeos que gestione la Administración de la Generalitat (que habitualmente tendrán un alto contenido de ejercicio de potestades públicas), mientras que para el desarrollo de funciones directivas en las entidades del sector público se acuda a la fórmula de contratación laboral.
- Se regula asimismo la vertiente retributiva vinculada a lo que es el cumplimiento de los objetivos establecidos en el programa, una modalidad también de responsabilidad directiva o gerencial, extendiéndose hasta un máximo de un 40 por ciento de las retribuciones fijas lo que puede percibirse como retribuciones variables por el cumplimiento de objetivos (porcentaje a todas luces exageradamente elevado si se analizan modelos comparados, donde, por lo común tales porcentajes no superan el 15 o, como máximo, el 20 por ciento; salvo en países en vías de desarrollo). Así se afirma lo siguiente: "Las retribuciones de este personal serán fijadas en el programa y se integran por una parte fija y una variable en función de los objetivos o resultados alcanzados. La parte fija de la retribución se asimilará a las retribuciones de los altos cargos, cargos ejecutivos o resto de puestos de trabajo de la Administración de la Generalitat o entidades del sector público, según corresponda. La retribución variable en función de los objetivos o resultados alcanzados en ningún caso puede superar el cuarenta por ciento de la retribución fija."
- Por su parte, se establece que "el régimen de incompatibilidades del personal de dirección de programas vinculados a la gestión de fondos europeos es el establecido para los altos cargos de la Administración de la Generalitat."
- Ciertamente, no se entiende el modelo de situaciones administrativas que se establece para el personal funcionario que acceda a puestos de carácter directivo por programas,

pues se trata sin duda de un modo de desincentivar que funcionarios de carrera accedan a tales puestos directivos (excedencia voluntaria por incompatibilidades), cuando hubiera sido más estimulante para el funcionario su declaración en servicios especiales o, en su caso, en situación de servicio activo en una puesto de trabajo directivo, siquiera fuera de carácter temporal, con retorno tras la ejecución del proyecto o programa al puesto de trabajo originario. Esta es la regla que se contiene en el artículo 33.9: "El personal funcionario de carrera designado para la dirección de programas vinculados a la gestión de fondos europeos será declarado de oficio en situación de excedencia voluntaria por incompatibilidades y el personal laboral fijo será declarado en la situación que corresponda de acuerdo con el Estatuto de los trabajadores y el convenio colectivo de aplicación."

En suma, aunque no se cita expresamente parece deducirse que hay discrecionalidad en el nombramiento, y tampoco se cierra formalmente (aunque sí parece que materialmente) el cese discrecional. Con lo cual cabe entender que quien sea nombrado como directivo de programa podrá ser cesado cuando así se estime pertinente. No se establece regulación alguna sobre el procedimiento de acreditación de competencias (órgano competente, fases, sistema de acreditación, etc.), lo que requerirá una disposición reglamentaria que regule todos estos aspectos o que lo hagan las bases de convocatoria (lo que podría dar lugar a un sistema desarticulado); pues dejarlo en manos de cada departamento o entidad puede dar lugar a soluciones institucionales radicalmente distintas.

Es una regulación avanzada formalmente, pero necesitada de un desarrollo normativo armónico y de muchas precisiones sobre su modo de aplicación, que si no se realiza adecuadamente puede dar lugar a la aparición en escena de un estrato directivo de temporales, muy bien retribuido, pero con escasas exigencias en cuanto a sus competencias profesionales y, por tanto, escasamente funcional en lo que afecta a sus resultados de gestión.

.....

El interés que puede tener esta Adenda a la ponencia únicamente radica en que abre una ventana de oportunidad para que las entidades locales catalanas se planteen la configuración de estructuras directivas de proyectos o de programas, también en lo que afecta a su aplicabilidad en la gestión de fondos europeos vinculados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, pero también para otros proyectos de naturaleza transversal en ámbitos de políticas locales que trasciendan las áreas o departamentos.

La regulación analizada ofrece luces y sombras, obviamente se trataría de impulsar la incorporación a una normativa reglamentaria local en materia de dirección pública profesional lo que son las líneas fuerza de carácter positivo del análisis que se ha realizado. En cualquier caso, aunque el artículo 306 TRLMRLC no haya hecho alusión a la creación de estructuras directivas de programas o de proyectos, estas se pueden configurar perfectamente en el reglamento local que regule esa materia, trasladando algunas de las previsiones que antes han sido analizadas. En suma, habría que extraer de la normativa catalana recogida en el decreto-ley 5/2021 lo que es de razonable importación al mundo local y descartar aquellos aspectos que son propios de la idiosincrasia de la Administración de la Generalitat y de sus propias peculiaridades.

Para una ampliación de este último epígrafe: Organización administrativa y gestión por proyectos (El caso de las unidades administrativas temporales y estructuras similares de gestión de proyectos financiados con fondos europeos) I y II

PRIMERA PARTE: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512075>

SEGUNDA PARTE: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=151208>

3^a

sessió

23/11/21

El dret a conèixer informació dels representants dels empleats públics.

Josep Mir i Bagó, membre de la GAIP i professor de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra.

El dret dels representants a utilitzar els instruments de comunicació digital de les administracions públiques.

Xavier Solà Monells, professor de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Teletreball i accident de treball.

Carolina Gala Durán, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona.

EL DRET A CONÈIXER INFORMACIÓ DELS EMPLEATS PÚBLICS

Josep Mir Bagó

Professor titular de Dret administratiu

Membre de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública

PRESENTACIÓ

L'article 2.b de la Llei 19/2014, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBG), defineix la informació pública, als efectes del dret a accedir-hi, en els termes següents: *"la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb el que estableix aquesta llei"*. A la vista d'aquest concepte, cal entendre que les dades dels empleats públics són informació pública, ja que o bé han estat elaborades per l'Administració, o/i es troben en el seu poder, com a conseqüència de l'exercici de les seves funcions. En tot cas, la informació en relació amb la qual es valora en aquesta ponència el dret a accedir-hi és la informació pública dels empleats públics, com acaba de ser definida, és a dir, com la que es troba en poder de l'Administració, malgrat que a vegades afecti la seva esfera privada.

Segons l'article 18.1 LTAIPBG, *"Les persones tenen el dret d'accedir a la informació pública, a què fa referència l'article 2.b, a títol individual o en nom i representació de qualsevol persona jurídica legalment constituïda"*. Per la seva banda, l'article 20.1 de la mateixa Llei estableix que *"El dret d'accés a la informació pública es garanteix a totes les persones, d'acord amb el que estableix aquesta llei. El dret d'accés a la informació pública només pot ésser denegat o restringit per les causes expressament establertes per les lleis"*. El nostre ordenament jurídic estableix, doncs, un principi general de dret d'accés a la informació pública (és a dir: de dret a conèixer la informació dels empleats públics que es trobi en poder de l'Administració). Dret que, tanmateix, pot ser denegat o restringit (limitat) per les causes expressament establertes per les lleis (límits al dret d'accés a la informació pública, regulats als articles 20 a 24 LTAIPBG i, si s'escau, causes d'inadmissibilitat de les sol·licituds, regulades per l'article 29 LTAIPBG).

La causa establerta legalment que, amb caràcter ordinari, pot justificar la denegació o la restricció del dret a conèixer informació sobre els empleats públics és la protecció de les seves dades personals. Dit d'una altra manera: si la informació que es vol conèixer dels empleats públics és estadística o no és atribuïble a cap empleat o empleada determinats, identificats o identificables, llavors no s'afecten les dades personals de ningú i, en conseqüència, el dret a accedir-hi és, en principi, ple. Ara bé, si conté dades personals d'empleats o empleades públiques determinades, és quan concorre el límit al dret d'accés a la informació pública de la seva protecció, i caldrà determinar què és el que preval, si el dret d'accés a la informació pública, o la protecció de les dades personals afectades.

El Reglament (UE) 2016/679, del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril, relatiu a la protecció de les dades personals de les persones físiques (RGPD), defineix al seu article 4.1 el concepte de "dades personals" en els següents termes: *"toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular*

mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".

Per tant, el dret a conèixer informació dels empleats públics, quan afecti les seves dades personals, serà el que resulti de l'equilibri o la integració entre el dret d'accés a la informació pública, garantit principalment per la legislació de transparència, i la protecció de les seves dades personals, garantida per la mateixa LTAIPBG i per la normativa reguladora de l'accés a les dades de les persones físiques.

Els procediments mitjançant els quals hom pot exercir el dret a conèixer informació d'empleats públics són principalment els que regula la legislació de transparència i accés a la informació pública (LTAIPBG, Decret 8/2021 sobre transparència i dret d'accés a la informació pública, DTDAIP, i Decret 111/2017, que aprova el Reglament de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública, RGAIP, a part de la Llei estatal bàsica 19/2013, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, LTAIPBGE). Això pel que fa al dret al dret general d'accés de la ciutadania a aquestes dades. Nogensmenys, no podem desconèixer que determinats col·lectius, com ara electes locals i organitzacions sindicals i/o representants del personal de l'Administració, gaudeixen d'un règim especial d'accés o d'un dret reforçat d'accés a la informació pública, que poden ser rellevants en alguns aspectes del cas que ens ocupa. És escaient començar precisament per determinar l'abast del dret reforçat que poden tenir aquests col·lectius, que en general són molt actius plantejant actuacions d'accés a la informació pública davant d'ajuntaments i altres ens locals, sovint amb la pretensió d'obtenir informació sobre empleats públics locals.

RÈGIMS ESPECIALS I ESPECIALITATS DEL DRET D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA

La disposició addicional 1^a.2 LTAIPBG, amb un redactat pràcticament idèntic al de la mateixa disposició de l'LTAIPBGE, estableix que *"l'accés a la informació pública en les matèries que tenen establert un règim d'accés especial és regulat per llur normativa específica i, amb caràcter supletori, per aquesta llei"*. No podem pretendre aprofundir ara en l'estudi d'aquesta disposició addicional, que ve sent molt controvertida, tant pel que fa a la determinació de què cal entendre per un règim especial, com per la significació concreta de la supletorietat de l'LTAIPBG. Hem de limitar-nos a fer-hi una breu aproximació, únicament amb l'objecte de fonamentar jurídicament el dret reforçat d'accés a la informació pública que, al menys en algunes matèries, poden exercir electes locals i representants sindicals o del personal. També ostenten un dret reforçat d'accés a la informació pública els periodistes, en exercici professional de la llibertat i dret d'informació.

Els i les electes locals ostenten un règim especial d'accés a la informació pública regulat per la legislació de règim local. En el marc de l'article 77 de la Llei 7/1985, reguladora de les bases del règim local (LRBRL), l'article 164 del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 2/2003 (TRLMRLC), estableix un règim especial d'accés dels membres de la corporació a la informació de la respectiva entitat, que principalment es caracteritza per uns terminis extremadament breus per atendre la sol·licitud (4 dies hàbils o 5 naturals, en front del mes de l'LTAIPBG) i per uns límits més reduïts al seu dret d'accés que els previstos per la legislació de transparència i accés a la informació pública. Concretament, l'article 164.3 TRLMRLC disposa que *"En qualsevol cas, la resolució denegatòria s'ha de motivar, i només es pot fonamentar en els supòsits següents: a) Quan el coneixement o la difusió de la informació pugui vulnerar el dret constitucional a l'honor, la intimitat personal o familiar o a la pròpia imatge. b) Quan es tracti de matèries afectades per la legislació general sobre secrets oficials o per secret sumari"*. Per tant, per a aquest col·lectiu les dades personals (llevat de les relatives a l'honor i a la intimitat i a la pròpia imatge) no constitueixen un límit legal que impedeixi

accedir a la informació; de fet, aquest plantejament té la seva justificació: si hom té en compte que els regidors i les regidores de l'oposició també formen part de l'Ajuntament, l'accés per part seva a dades personals en poder de l'Administració municipal pròpiament no és una cessió d'aquestes dades.

En canvi, els i les representants de personal de l'Administració o/i d'organitzacions sindicals no gaudeixen d'un règim especial d'accés a la informació pública. Ho indica clarament la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) 5208/2020, de 17 de desembre: *"certament els sindicats gaudeixen d'un dret reforçat d'informació en allò que es refereix a la gestió del personal de les Administracions Públiques, però això no significa hi hagi un règim d'accés especial en aquesta matèria als efectes de la disposició addicional primera de la Llei 7/14, un règim especial que desplaça la Llei 7/14 a una posició supletòria. Cap rellevància té en aquest sentit el fet que el conveni col·lectiu de l'Ajuntament esmenti la possibilitat de demanar una conciliació mitjançant el CEMICAL. En primer lloc, aquesta possibilitat no constitueix un règim d'accés específic a la informació sindical sinó una mera alternativa voluntària al sistema ordinari de resolució conflictes que són la tutela per part de la comissió prevista a la Llei de transparència i la tutela judicial. En segon lloc, l'article 6 del conveni queda referit a les discrepàncies en el si de la comissió de seguiment del conveni pel que fa a la interpretació o aplicació del mateix, i en aquest cas estem davant un conflicte en el que està en joc un dret sindical que no té el seu origen en el conveni col·lectiu".* I és que, com posa de manifest la Sentència de l'Audiència Nacional de 4 de novembre de 2020, relativa al recurs contenciós administratiu 36/2020, i que té per objecte l'accés a informació de la Comissió Nacional del Mercat de Valors, *"la parte recurrente en apelación pretende que se declare la exclusión de la aplicación de la ley 19/2013 y que debe decaer por la aplicación del régimen especial y propio de transparencia que deriva de la LMV (Real Decreto Legislativo 4/2015) pero tal cosa, como hemos visto, ha sido rechazado por esta Sección en resoluciones precedentes. La existencia y regulación de una serie de registros públicos (artículo 238 de la LMV), no puede ser equiparada a la existencia de un régimen legal completo sobre transparencia y derecho a la información en la LMV y, por esta razón, no puede excluirse la aplicación de la Ley de Transparencia en supuestos como el presente".* Per considerar que una matèria determinada gaudeix d'un règim especial d'accés a la informació pública regulat per la seva normativa pròpia, cal que aquesta normativa reguli aspectes generals com ara l'exercici del dret, l'abast o els límits aplicables, el procediment o les garanties. Com veurem tot seguit, la legislació en matèria de personal y de treball fa algunes pinzellades sobre drets de la representació sindical o de personal a accedir a determinada informació, però això, més que un règim singular d'accés, no són més que algunes singularitats o especialitats que en algun cas reforcen el dret d'aquest col·lectiu a informació determinada que necessitin per a l'exercici de les seves funcions representatives, lluny d'un règim singular propi o autònom, capaç de desplaçar l'LTAIPBG a la posició de legislació supletòria. Per tant, quan la representació sindical o del personal vol conèixer informació d'empleats públics, la via que li ofereix més garanties (al marge de què la pugui obtenir amb normalitat i regularitat dels serveis de gestió de personal de l'Administració respectiva) és utilitzar la via de sol·licitud d'informació pública regulada per l'LTAIPBG, en la que, si s'escau i als efectes de reforçar el seu dret, pot invocar els preceptes de la legislació de treball o de personal, com ara els que segueixen, que consideri pertinents.

L'article 64 del Reial Decret Legislatiu 2/2015, que promulga l'Estatut dels Treballadors (ET) estableix els següents drets del comitè d'empresa (aplicables també als delegats del personal): *"2. El comitè d'empresa té dret a ser informat trimestralment: a) Sobre l'evolució general del sector econòmic al qual pertany l'empresa. b) Sobre la situació econòmica de l'empresa i l'evolució recent i probable de les seves activitats, incloses les actuacions mediambientals que tinguin repercussió directa en l'ocupació, així com sobre la producció i les vendes, inclòs el programa de producció. c) Sobre les previsions de l'empresari de subscripció de nous*

contractes, amb indicació del nombre d'aquests i de les modalitats i els tipus que han de ser utilitzats, inclosos els contractes a temps parcial, la realització d'hores complementàries per part dels treballadors contractats a temps parcial i dels supòsits de subcontractació. d) De les estadístiques sobre l'índex d'absentisme i les causes, els accidents de treball i malalties professionals i les seves conseqüències, els índexs de sinistralitat, els estudis periòdics o especials del medi ambient laboral i els mecanismes de prevenció que s'utilitzin. 3. També té dret a rebre informació, almenys anualment, relativa a l'aplicació a l'empresa del dret d'igualtat de tracte i d'oportunitats entre dones i homes, entre la qual s'inclouen dades sobre la proporció de dones i homes en els diferents nivells professionals, així com, si s'escau, sobre les mesures que s'hagin adoptat per fomentar la igualtat entre dones i homes a l'empresa i, si s'ha establert un pla d'igualtat, sobre la seva aplicació. 4. El comitè d'empresa, amb la periodicitat que escaigui en cada cas, té dret a: a) Conèixer el balanç, el compte de resultats, la memòria i, en cas que l'empresa tingui la forma de societat per accions o participacions, els altres documents que es donin a conèixer als socis, i en les mateixes condicions que a aquests. b) Conèixer els models de contracte de treball escrit que s'utilitzin a l'empresa, així com els documents relatius a la finalització de la relació laboral. c) Ser informat de totes les sancions imposades per faltes molt greus. Així mateix, el comitè d'empresa té dret a rebre la còpia bàsica dels contractes, així com la notificació de les pròrrogues i de les denúncies corresponents a aquests en el termini de deu dies següents a què tinguin lloc. 5. El comitè d'empresa té dret a ser informat i consultat sobre la situació i estructura de l'ocupació a l'empresa o al centre de treball, així com a ser informat trimestralment sobre la seva evolució probable, inclosa la consulta quan es prevegin canvis en aquest sentit. Així mateix, té dret a ser informat i consultat sobre totes les decisions de l'empresa que puguin provocar canvis rellevants pel que fa a l'organització del treball i als contractes de treball a l'empresa. També té dret a ser informat i consultat sobre l'adopció d'eventuals mesures preventives, especialment en cas de risc per a l'ocupació". Aquesta llista d'informacions a les quals té dret la representació dels treballadors inclouen previsions que comporten l'accés a dades personals, com ara les relatives a les sancions imposades per faltes molt greus o a còpia dels contractes.

Per la seva banda, l'article 40 del Reial Decret Legislatiu 5/2015, que aprova l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (EBEP), fa les següents previsions que venen a operar com a drets d'informació de les juntes i dels delegats de personal: "1. Les juntes de personal i els delegats de personal, si s'escau, tenen les funcions següents, en els seus àmbits respectius: a) Rebre informació sobre la política de personal, així com sobre les dades referents a l'evolució de les retribucions, evolució probable de l'ocupació en l'àmbit corresponent i programes de millora del rendiment. (...) c) Ser informats de totes les sancions imposades per faltes molt greus. d) Tenir coneixement i ser escoltats sobre l'establiment de la jornada laboral i horari de treball, així com sobre el règim de vacances i permisos". També en aquest cas s'estableixen garanties legals a l'accés a informacions que sens dubte contindran dades personals, com és el cas de les sancions imposades per faltes molt greus.

Tot i que bona part dels anunciats dels preceptes anteriors es remeten a informacions molt genèriques, el cert és que en gran mesura poden ser d'utilitat significativa per poder accedir a informacions a les que difícilment poden accedir persones que no ostentin la representació que legalment els justifica accedir-hi. Aquestes previsions de la legislació laboral i de funció pública operen com a especificitats que reforcen el dret general d'accés a la informació pública quan qui l'exerceix són representants del personal, amb la finalitat d'obtenir la informació indicada, que necessiten per a l'exercici de la seva funció representativa. Però aquesta necessitat de la informació sol·licitada per a l'exercici de la funció representativa s'ha d'acreditar o argumentar mínimament: ni es dona per suposada, ni n'hi ha prou amb la seva invocació genèrica.

Pel que fa als periodistes, s'ha de tenir en compte que el seu dret d'accés a la informació pública és reforçat pel dret a la informació garantit per l'article 20 de la Constitució. De fet, el dret d'accés a la informació pública neix als països nòrdics el segle XIX com una projecció dels drets d'expressió lliure i d'informació. L'article 85 RGPD dona cobertura a mesures dels estats membres de la Unió Europea per afeblir la protecció de les dades personals quan hi volen accedir, entre altres, periodistes en el exercici de les seves funcions professionals: *"1.Los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria. 2.Para el tratamiento realizado con fines periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones o excepciones de lo dispuesto en los capítulos II (principios), III (derechos del interesado), IV (responsable y encargado del tratamiento), V (transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales), VI (autoridades de control independientes), VII (cooperación y coherencia) y IX (disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento de datos), si son necesarias para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión e información."* La idea bàsica és que els professionals de la informació han de poder accedir, si així ho requereix la seva activitat professional, a informació potencialment vedada per al públic general, amb la finalitat de poder construir amb ella informació d'interès general, abstenint-se de divulgar les dades protegides a les que poden accedir per la seva condició professional.

LA NORMATIVA DE PROTECCIÓ DE DADES PERSONALS

La norma fonamental de referència en matèria de protecció de dades personals (matèria que constitueix, com ja s'ha dit, el principal, pràcticament l'únic, límit al dret de conèixer la informació sobre els empleats públics) és el Reglament (UE) 2016/679, del Parlament Europeu i del Consell de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques en allò que respecta el tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel que es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades, RGPD), d'aplicació directa als països de la Unió.

Un primer aspecte de l'RGPD que té especial rellevància en els procediments d'accés a informació de les empleades i dels empleats públics és la determinació d'una relació de principis generals relatius al tractament de les dades personals (article 5), alguns dels quals venen sent especialment rellevants a l'hora de determinar el dret a accedir a les dades sol·licitades. És el cas com a mínim dels anomenats "principi de limitació de la finalitat" (apartat b: *"recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales"*) i "principi de minimització de dades" (apartat c: *"adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados"*). A la pràctica, l'aplicació del principi de limitació de dades obliga a restringir l'accés sol·licitat a dades com les que ara ens ocupen a les que siguin estrictament necessàries per atendre les finalitats en atenció a les quals es demanen, tenint-se que denegar sovint, en conseqüència, l'accés a dades dels empleats públics que no tenen rellevància per a la finalitat al servei de la qual s'ha formulat la sol·licitud d'informació pública.

Per una altra banda, l'RGPD dona clara cobertura jurídica per tal que es pugui accedir a dades personals de les empleades i dels empleats públics, sense necessitat del seu consentiment, amb finalitats, entre altres, d'accés a la informació pública. A aquests efectes, l'article 6 RGPD estableix el següent: *"El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes*

condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; (...) c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; (...); e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño". Així mateix, segons l'article 86 RGPD, "los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión en interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento". En definitiva, el dret de protecció de les dades personals no és incompatible amb el d'accedir a la informació pública, inclosos les dades personals que formen part de la informació pública en qüestió, com és el cas de les relatives als empleats i a les empleades públiques.

Un tercer aspecte de l'RGPD que també té especial rellevància en la qüestió que ara ens ocupa és el principi de prohibició d'accés a les denominades pel seu article 9 "categories especials de dades personals". L'apartat 1 d'aquest precepte estableix el següent: "*Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física*". Com es veurà tot seguit, aquesta categoria especial de dades personals de l'article 9 RGPD es correspon en gran mesura amb la de les dades personals especialment protegides de l'article 23 LTAIPBG, si bé amb una diferència especialment significativa: pel dret europeu, les dades personals relatives a la comissió d'infraccions no constitueixen una categoria especial de dades personals, mentre que sí que són considerades dades personals especialment protegides per l'article 23 LTAIPBG.

ACCÉS A DADES PERSONALS EN ELS PROCEDIMENTS D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA

Els articles 23 i 24 LTAIPBG (en termes pràcticament idèntics als de l'article 15 LTAIPBGE) regulen l'accés a dades personals que són informació pública, o formen part d'ella. La legislació de transparència i accés a la informació pública distingeix tres règims jurídics substancialment diferents, en funció de la naturalesa jurídica de les dades personals afectades: dades personals especialment protegides, dades personals merament identificatives contingudes en informació pública directament relacionada amb l'organització o el funcionament de l'Administració i resta de dades personals o dades personals ordinàries. En tots els casos s'ha de tractar, òbviament, de dades de persones físiques, ja que les persones jurídiques no tenen protecció de l'RGPD i la resta de legislació de protecció de dades personals. S'analitzen tot seguit els trets més destacats de cada una d'aquestes tres categories de dades personals.

Dades personals especialment protegides.

L'article 23 LTAIPBG disposa que "*les sol·licituds d'accés a la informació pública han d'ésser denegades si la informació que es vol obtenir conté dades personals especialment protegides, com ara les relatives a la ideologia, l'afiliació sindical, la religió, les creences, l'origen racial, la salut i la vida sexual, i també les relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives que no comportin l'amonestació pública a l'infractor, llevat que l'afectat hi consenti expressament per mitjà d'un escrit que ha d'acompanyar la sol·licitud*", precepte que coincideix

amb l'article 15 LTAIPBGE. En canvi, és significativament diferent de l'article 9.1 RGPD, relatiu a les categories especials de dades: "*Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física*". Ningú sol qüestionar la necessitat de donar protecció especial a les dades a què es refereix l'article 9.1 RGPD. La cosa ja és més controvertida quan es tracta de dades personals relacionades amb la comissió d'infraccions penals o administratives, que a altres ordenaments interns de la Unió Europea no gaudeixen de l'especial protecció brindada per la legislació de transparència i accés a la informació pública; de fet, la protecció especial que els articles 15 LTAIPBGE i 23 LTAIPBG a les dades personals relatives a la comissió d'infraccions penals i administratives ja formava part de la redacció inicial d'aquestes lleis; però, per si l'absència de referència a la protecció especial d'aquestes dades per part de l'article 9.1 RGPD podia dur a pensar que havien "caigut" dels articles 15 LTAIPBGE i 23 LTAIPBG, l'LOPD promulgada el 2018 és la que, a les seves disposicions finals, reafirma la redacció d'aquests preceptes en els termes indicats. Per tant, no hi dubte de què, al marge del que disposa l'RGPD, la legislació espanyola de transparència atribueix un règim jurídic d'especial protecció a les dades personals relatives a la comissió d'infraccions penals i administratives.

El més rellevant d'aquest règim d'especial protecció és que les dades personals incloses a l'article 23 LTAIPBG no poden ser divulgades. "*Les sol·licituds d'accés a la informació pública han d'ésser denegades si*" demanen dades personals incloses en la relació feta per aquest precepte. Aquesta prohibició imperativa de divulgació de les dades crida l'atenció si tenim en compte que la regulació de la resta de límits legals al dret d'accés a la informació pública (articles 21 i 24 LTAIPBG) estableix que, un cop acreditada la concurrència del límit, la seva aplicació serà el que resulti de la ponderació, cas per cas, entre els drets i interessos favorables a la divulgació de la informació sol·licitada i els que ho són a la seva protecció. En canvi, l'article 23 LTAIPBG no deixa marge a la ponderació, ja que el legislador ha decidit que en els casos que regula preval sempre i necessàriament la protecció de les dades afectades per damunt del dret d'accés a elles. Aquest plantejament, tant categòric i restrictiu, sembla inqüestionable quan es tracta de dades tan intrínsecament íntimes com la salut, les creences o la ideologia, però ja no sembla tant proporcionat en el cas d'informació relativa a la comissió d'infraccions.

El cas és que l'article 23 LTAIPBG estén el règim especial de protecció de les dades personals que regula a les relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives. I les disciplinàries? De fet, aquestes són les més pròpies de l'àmbit de l'ocupació pública. Si el personal de les administracions públiques comet infraccions en el desenvolupament de la seva activitat professional, habitualment es tractarà d'infraccions disciplinàries. Davant d'aquesta manca de referència a les infraccions disciplinàries, hom pot entendre que s'han de considerar incloses dins de les administratives (ja que jurídicament tenen aquesta naturalesa, en front de les penals, que només poden ser apreciades per òrgans judicials), o bé que l'LTAIPBG opta per excloure les infraccions i les sancions disciplinàries del règim jurídic tan estricte de l'article 23 LTAIPBG. Diverses consideracions abonen aquesta segona interpretació.

La primera, la literalitat del precepte (l'article 23 LTAIPBG), que no fa cap referència explícita a la seva aplicació a les infraccions disciplinàries, tret que assoleix una transcendència significativa si hom té en compte que el límit al dret d'accés a la informació pública de l'article 21.1.b de la mateixa llei sí que s'hi refereix explícitament, al costat de les penals i de les administratives: "*El dret d'accés a la informació pública pot ésser denegat o restringit si el coneixement o la divulgació de la informació comporta un perjudici per a: ... b) La investigació o la sanció de les infraccions penals, administratives o disciplinàries*". Si la definició d'un límit (el

de l'article 21.1.b LTAIPBG, que protegeix els procediments d'investigació o de sanció a les infraccions) preveu explícitament la seva aplicació a les infraccions disciplinàries i la d'un altre (el de l'article 23 LTAIPBG), no, el més coherent és entendre que el segon només és aplicable a les infraccions penals o administratives, i no a les disciplinàries.

En segon lloc, aquesta interpretació també és la que resulta de l'aplicació dels principis generals establerts per l'article 20 LTAIPBG per als límits al dret d'accés a la informació pública: *"1. El dret d'accés a la informació pública es garanteix a totes les persones, d'acord amb el que estableix aquesta llei. El dret d'accés a la informació pública només pot ésser denegat o restringit per les causes expressament establertes per les lleis. 2. Les limitacions legals al dret d'accés a la informació pública han d'ésser aplicades d'acord amb llur finalitat, tenint en compte les circumstàncies de cada cas concret, s'han d'interpretar sempre restrictivament en benefici d'aquest dret i no es poden ampliar per analogia. 3. Per a aplicar límits al dret d'accés a la informació pública, l'Administració no disposa de potestat discrecional i ha d'indicar en cada cas els motius que ho justifiquen. En la motivació cal explicitar el límit que s'aplica i raonar degudament les causes que en fonamenten l'aplicació"*. L'aplicació de l'article 23 LTAIPBG a les dades personals relatives a la comissió d'infraccions disciplinàries no forma part de *"les causes expressament establertes per les lleis"* requerides per l'apartat 1 de l'article 20 de la mateixa llei. Tampoc és coherent amb els principis d'interpretació restrictiva dels límits i d'interdicció de l'ampliació per analogia requerits per l'apartat 2 de l'article 20 LTAIPBG. Amb aquestes mancances, no sembla que es pugui fer objectivament la fonamentació requerida per l'apartat 3 del mateix precepte.

Finalment, també des d'un punt de vista material o substantiu té la seva justificació, en termes de proporcionalitat, establir per a la infraccions disciplinàries un règim d'accés a la informació sobre elles menys restrictiu que el previst per a les penals i administratives per l'article 23 LTAIPBG. Infraccions penals i administratives comparteixen el fet d'afectar l'ordre jurídic general i de ser castigades amb mesures punitives també de caràcter general (penes o sancions, de les que la multa és segurament la més habitual, a més de comú per ambdós tipus d'infraccions). En canvi, les infraccions disciplinàries són més pròpies de les anomenades relacions de supremacia especial, tenen la finalitat de protegir àmbits especialitzats de relacions jurídiques (ocupació pública, usuaris de serveis públics, professions reglades) i habitualment donen lloc a mesures privatives dels avantatges propis de la relació jurídica especial que disciplinen (suspensió d'ocupació, pèrdua del lloc de treball, suspensió de col·legiació, etc), més que a sancions de caràcter general. Sens dubte la comissió d'infraccions penals o administratives suposa un atemptat més greu a l'ordre jurídic que la d'infraccions disciplinàries, que té significació i conseqüències més limitades. Per això s'ha d'entendre que respon a un criteri de proporcionalitat del legislador el fet d'adoptar mesures més estrictes per protegir les dades personals vinculades a la comissió d'infraccions penals o administratives, que per protegir les afectades per la comissió d'infraccions merament disciplinàries, que tenen connotacions socials i jurídiques d'inferior gravetat.

Per tant, caldria concloure que l'accés a les dades personals relatives a la comissió d'infraccions disciplinàries no es regeix per l'article 23 LTAIPBG, sinó per l'article 24.2 de la mateixa Llei, que constitueix el règim jurídic ordinari d'equilibri entre la protecció de les dades personals i el dret d'accés a la informació pública, basat en la ponderació casuística dels interessos en joc.

En un altre ordre de coses, l'anterior no treu que hi hagi col·lectius amb un règim reforçat d'accés a la informació pública, amb motius addicionals perquè no se'ls apliqui l'article 23 LTAIPBG per a l'accés a dades personals relatives a la comissió d'infraccions: electes locals i representants del personal.

El dret d'accés dels i de les electes locals a la informació de la respectiva entitat només està limitat per allò previst per l'article 164.3 TRLMRLC: afectació al dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar, a la pròpia imatge i secrets oficials i judicials. Les dades personals especialment protegides de l'article 23 LTAIPBG són relativament assimilables a les que afecten la intimitat personal i familiar. Però les relatives a la comissió d'infraccions, amb caràcter general, no, llevat que la infracció comesa reveli aspectes propis de la privacitat de les persones (per exemple, estaria protegida per afectar la intimitat la informació relativa al consum de drogues, però no la que té que veure amb la circulació de vehicles o les infraccions urbanístiques).

En el cas dels representants del personal, l'article 64.4 ET preveu que *"El comitè d'empresa, amb la periodicitat que escaigui en cada cas, té dret a: ... c) Ser informat de totes les sancions imposades per faltes molt greus"*. Aquest dret també pot ser exercit pels delegats de personal.

Dades personals merament identificatives contingudes en informació sobre organització i funcionament de l'Administració.

Article 24.1 LTAIPBG: *"S'ha de donar accés a la informació pública si es tracta d'informació directament relacionada amb l'organització, el funcionament o l'activitat pública de l'Administració que contingui dades personals merament identificatives llevat que, excepcionalment, en el cas concret hagi de prevaler la protecció de dades personals o altres drets constitucionalment protegits"*. Desenvolupa aquest precepte, especialment pel que fa a la determinació de què cal entendre per aquesta categoria de dades personals, l'article 70 del Decret 8/2021: *"2. Als efectes del que preveu l'article 24.1 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, són dades personals merament identificatives les consistents en el nom i cognoms, el càrrec o lloc ocupat, cos i escala, les funcions desenvolupades i el telèfon i les adreces, postal i electrònica, de contacte professional, referides al personal al servei de les administracions públiques, alts càrrecs i personal directiu del sector públic de les administracions públiques (...)*
3. En el cas de membres de les forces i cossos de seguretat o d'altres col·lectius que per motius de seguretat requereixin una protecció especial, la seva identificació amb noms i cognoms ha de ser substituïda per la publicació d'un codi o número identificatiu professional". D'acord amb el Reglament de l'LTAIPBG, totes aquestes dades, soles o acumulades, tenen la condició de merament identificatives i, en relació amb elles, s'ha de considerar que la Llei ja ha fet la ponderació (en aquest cas, general, en comptes de casuística) i conclòs que el dret d'accés ha de prevaldre sobre els interessos de les persones que en són titulars. Aquest plantejament està plenament justificat, al cap i a la fi es tracta de dades radicalment públiques, que en gran part ja s'han divulgat en aplicació del principi de publicitat en l'accés a l'ocupació pública. Pot ser discutible, tanmateix, la divulgació de les dades professionals de contacte, que pot interferir en l'organització administrativa del treball i, a més, és una dada que difícilment es pot qualificar de merament identificativa, el règim d'accés a la qual sembla més propi que sigui el del paràgraf segon que el del primer de l'article 24 LTAIPBG.

En tot cas, cal insistir que l'article 24.1 LTAIPBG és el que regula l'accés a la informació sobre empleats públics si allò que es demana no excedeix del que l'article 70.2 del Decret 8/2021 defineix com a dades personals merament identificatives; si la sol·licitud afegeix qualsevol altra dada (com ara retribucions, o hores extres, o el que sigui), el règim jurídic aplicable és el de l'article 24.2 (o el del 23, si s'escau) LTAIPBG.

Una qüestió que planteja dubtes en l'accés a aquestes dades merament identificatives és la de si prèviament cal consultar les persones afectades, en el tràmit requerit per l'article 31 LTAIPBG i que és analitzat més endavant. Al marge de què aquest precepte requereix el trasllat de la sol·licitud a les persones afectades en els procediments d'accés a la informació pública, amb caràcter general, també s'ha de tenir en compte la circumstància, més de fons, que el caràcter essencialment públic de les dades no treu que, en determinades circumstàncies, hagi de

prevaldre la seva protecció (tal com admet expressament l'article 24.1), ja que la seva difusió pot perjudicar persones determinades; els exemples habituals en aquest sentit són els de dones víctimes de violència masclista (en relació amb les quals la divulgació del lloc on treballen pot situar-les en una posició de risc davant del seu agressor) i de càrrecs o empleats públics especialment vulnerables davant del terrorisme (risc molt més intens anys enrere). Aquests riscos podrien justificar la necessitat de què qualsevol sol·licitud de dades identificatives de personal o d'alts càrrecs al servei de l'Administració sigui precedit del tràmit de consulta a les persones afectades, precisament a fi de detectar-los; a la pràctica, tanmateix, si la justificació de la necessitat de la consulta són aquests riscos, habitualment els serveis de recursos humans segurament en seran coneixedors, precisament per adoptar les mesures de protecció requerides per la situació de les persones que els pateixen, de manera que també poden adoptar les mesures necessàries per evitar la divulgació de la seva identitat, sense necessitat de consultar-les. De fet, l'article 70.4 del mateix Decret 8/2021 estableix les condicions que pretenen fer innecessari aquest tràmit de consulta, especialment de cara el futur: *"Als efectes de l'accés a aquestes dades personals merament identificatives, amb caràcter previ a l'inici de la prestació de serveis o ocupació del càrrec les administracions públiques han d'informar el personal, alts càrrecs i personal directiu que aquestes dades personals poden ser difoses o cedides, sense necessitat de donar-los el trasllat de la sol·licitud d'accés a què es refereixen l'article 31 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, i l'article 62 d'aquest decret"*. Ara bé, aquesta previsió també posa en relleu la necessitat de dur a terme la consulta del personal que no ha estat advertit.

Pot resultar una bona pràctica, que ja apliquen algunes administracions, en relació amb aquesta mena de dades, fer-les objecte de publicitat activa, amb tràmit de consulta prèvia a tot el personal de l'Administració, seguit de cara el futur del compliment del precepte que s'acaba de citar. D'aquesta manera es resoldria el tema de si cal fer o no la consulta i d'ara endavant es podria atendre qualsevol sol·licitud d'aquestes dades amb l'enllaç a la seva publicació.

Dades personals ordinàries.

O la resta de dades personals, ja que la regulació establerta per l'article 24.2 LTAIPBG és la que s'aplica amb caràcter general quan la sol·licitud d'informació pública conté dades personals, llevat que, excepcionalment, s'hagin d'aplicar les regulacions comentades als apartats anteriors, dels articles 24.1 o 23 de la mateixa Llei.

Article 24.2 LTAIPB: *"Si es tracta d'altra informació que conté dades personals no incloses a l'article 23, es pot donar accés a la informació, amb la prèvia ponderació raonada de l'interès públic en la divulgació i els drets de les persones afectades. Per a dur a terme aquesta ponderació s'ha de tenir en compte, entre altres, les circumstàncies següents: a) El temps transcorregut. b) La finalitat de l'accés, especialment si té una finalitat històrica, estadística o científica, i les garanties que s'ofereixin. c) El fet que es tracti de dades relatives a menors d'edat. d) El fet que pugui afectar la seguretat de les persones"*.

Una primera observació que cal fer a aquest precepte és que reitera l'autorització legal que més amunt hem vist que fa l'RGPD perquè qualsevol persona pugui accedir, en principi i si no concorren límits que hagin de prevaldre damunt del dret d'accés, a dades personals que formen part d'informació pública, més enllà de les merament identificatives del personal al servei de l'Administració. A diferència del que sovint hom pot llegir a documents administratius que es pronuncien sobre l'accés a informació pública que conté dades personals, l'autorització de les persones titulars de les dades només és necessària quan es tracta de dades personals especialment protegides per l'article 23 LTAIPBG; en la resta de casos, és la llei la que autoritza directament aquest accés.

Dit d'una altra manera: la concurrència del límit (de les dades personals) no impedeix, per sí sola, l'accés a la informació sol·licitada. El legislador ve a considerar que el dret d'accés a la informació pública mereix una protecció jurídica similar a la garantida a les dades personals, i només pot prevaldre la protecció de les dades personals damunt del dret d'accés a la informació pública en aquells casos concrets que així es determini amb la ponderació de drets i interessos corresponents, en atenció a les circumstàncies del cas.

En conseqüència, l'element clau per determinar si ha de prevaldre un o altre dret és la ponderació circumstanciada dels interessos en joc. El mateix article 24.2 LTAIPBG apunta, en el que òbviament és una llista oberta, les circumstàncies que obligatòriament s'han de tenir en compte, de les quals cal posar en relleu la relativa a la finalitat de l'accés, que és la que de manera més habitual pot jugar un paper determinant a l'hora de decantar la ponderació. Naturalment, sempre que la finalitat de l'accés consti a l'expedient o es pugui deduir fàcilment d'ell. Cal insistir en aquesta qüestió.

L'article 18.2 LTAIPBG disposa que *"l'exercici d'aquest dret (el d'accés a la informació pública) no és condicionat a la concurrència d'un interès personal, no resta subjecte a motivació i no requereix la invocació de cap norma"*. En la mateixa línia, l'article 26.2 de la mateixa llei preveu que *"el sol·licitant pot exposar, amb caràcter potestatiu, els motius que justifiquen l'exercici del dret d'accés a la informació pública. L'absència de motivació en cap cas no pot ésser una causa per a denegar la sol·licitud"*. Aquestes previsions legals, que són molt coherents amb el caràcter informal, àgil i immediat que es vol per al dret d'accés a la informació pública, conviden a que la majoria de sol·licituds no continguin cap mena d'indicacions sobre la motivació o la finalitat de l'accés sol·licitat, o que com a molt vagin acompanyades de motivacions vagues i inconcretes, impeding d'aquesta manera o dificultant que a l'hora de ponderar amb altres drets o interessos en joc es puguin posar en valor motivacions o finalitats de l'accés sol·licitat que poden ser determinants del sentit de la ponderació. Entre la necessitat de ponderar l'accés a les dades personals ordinàries i el principi de minimització de dades de l'RGPD, és gairebé imprescindible per obtenir informació d'aquesta naturalesa precisar clarament la motivació o la finalitat de l'accés. Les sol·licituds genèriques d'informació sobre personal de l'Administració que contingui dades personals vinculades a qüestions que transcendeixen les merament identificatives (com ara retribucions, selecció, etc) difícilment prosperaran si no es fonamenten o motiven raonadament en finalitats que justifiquen precisament la necessitat d'obtenir les dades sol·licitades.

Respon clarament a aquest plantejament l'STS 160/2021, de 9 de febrer: *"Pues bien, ni el expresado artículo 10.3.1, por lo que se refiere a la equiparación, a estos efectos, de los delegados sindicales, con los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, respecto del "acceso a la misma información y documentación", ni el citado artículo 40.1 a) que señala como función de los delegados de personal "recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento", describen un supuesto legalmente previsto que excepcione el consentimiento de los interesados a los efectos del artículo 11.2 a) de la Ley de 1999, en un caso como el examinado en el que se solicita una cuantiosa e indiscriminada cesión de datos, sin proporcionar una mínima explicación, al tiempo de su solicitud, de la necesidad o relevancia de esos datos para el ejercicio de sus labores sindicales. Resulta relevante, por tanto, que medie la debida relación entre los datos personales del personal estatutario que se solicitan, con la importante función sindical que se desarrolla. De modo que únicamente cuando estos datos personales son necesarios para el ejercicio de las labores sindicales, podrían considerarse excepcionados del consentimiento, pero no cuando se encuentren desvinculados o se desconozca su relación, al no haberse puesto de manifiesto su conexión con dichas funciones"*

sindicales. En la solicitud que obra al folio 13 del expediente administrativo, cuando se solicita la documentación e información, no se expresa ninguna explicación, ni se hace ninguna referencia o mención, sobre la utilidad de la misma para el cumplimiento de sus tareas sindicales. Tampoco se intenta vincular su solicitud de datos con las tareas legalmente atribuidas a los representantes sindicales. Dicho de otro modo, no se justificaron las razones por las que para el ejercicio de su función sindical resultaba necesario, relevante, o simplemente conveniente, que se procediera a ese volcado masivo e indiscriminado de datos personales.

Recordemos que en el artículo 40.1 del Texto refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se hace expresa mención a las retribuciones, cuando se refiere a recibir información sobre la evolución de las retribuciones. Y las demás del citado precepto, sobre traslado de instalaciones y revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo, sobre las sanciones muy graves que se hayan impuesto, sobre la jornada laboral y horario de trabajo, vigilar el cumplimiento de las condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales y colaborar con la Administración para el cumplimiento de la productividad. En consecuencia, la mera invocación, ayuna de justificación, de la representación sindical no puede servir de excusa para acceder a todo tipo de documentación, si no se quiere por esta vía vaciar el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, cuando el titular de los mismos ignore el uso que se hace de sus datos, perdiendo su poder de disposición, en supuestos en los que no se justifica la concurrencia de alguna de las excepciones legalmente establecidas."

Alguns exemples de motivacions o justificacions raonables de la necessitat de determinada informació que conté dades personals ordinàries de personal de l'Administració o del sector públic i que poden decantar a favor del dret d'accés la ponderació amb la protecció de les dades personals afectades:

Demandar els exercicis fets o els mèrits invocats pels candidats que han guanyat el procés selectiu, per valorar si compleixen els requeriments de la convocatòria o/i per comparar-los amb els de qui els sol·licita i ha quedat en una posició posterior. Si qui ho demana és un candidat situat en un lloc posterior, es considera que exerceix el seu dret de defensa, que reforça molt el seu dret d'accés. Demandar la mateixa informació de candidats no seleccionats difícilment pot presentar una motivació suficient per prevaldre damunt la protecció de les dades personals afectades.

Si la representació dels treballadors demana les hores extres fetes pel personal d'un servei, o de l'Ajuntament, amb la finalitat de comprovar que es compleixen els requeriments legals, justifica obtenir-les anonimitzades, perquè n'hi ha prou d'aquesta manera per assolir la finalitat invocada. En canvi, si la finalitat és verificar si hi ha favoritismes a l'hora d'adjudicar-les, estaria més justificat que a la llista hi consti la identitat de les persones que les han fet.

Saber el complement de productivitat que cobra el personal de l'Ajuntament es pot justificar en la discrecionalitat inherent a la seva distribució i en el fet que s'ha tingut que publicar al taulell d'anuncis, motiu pel qual el dany que es causa a les dades personals dels perceptors es poc significatiu, perquè aquesta informació ja ha estat més o menys divulgada.

Conèixer els ajuts que s'han donat per assistir a activitats de formació es pot justificar en el doble argument de la discrecionalitat inherent al seu atorgament i en el fet que es tracta d'ajuts, que haurien de participar del principi de publicitat exigít legalment per als ajuts i subvencions (article 14 LTAIPBG).

Si les dades d'empleats públics demanades formen part d'un expedient administratiu i qui les demana és una persona interessada en ell, pot invocar l'article 53 de la Llei de procediment administratiu (LPAC), circumstància que reforça sensiblement el seu dret d'accés.

CONSULTA A LES TERCERES PERSONES AFECTADES

En tot procediment de sol·licitud d'informació pública que contingui dades personals, les persones titulars d'aquestes dades tenen la condició de terceres afectades, que haurien de ser consultades prèviament a decidir si s'atorga l'accés sol·licitat. Així ho estableix l'article 31 LTAIPBG: *"1. Si la sol·licitud d'informació pública pot afectar drets o interessos de tercers, d'acord amb el que estableix aquesta llei, en el cas que els possibles afectats estiguin identificats o siguin fàcilment identificables se'ls ha de donar trasllat de la sol·licitud, i tenen un termini de deu dies per a presentar al·legacions si aquestes poden resultar determinants del sentit de la resolució. 2. El tràmit d'al·legacions a què fa referència l'apartat 1 suspèn el termini per a resoldre"*. El compliment de les obligacions d'aquest precepte fa més costosos en temps i en actuacions administratives (notificacions, recepció i anàlisi d'al·legacions) els procediments d'accés a informació pública quan hi ha terceres persones afectades.

En el cas del personal del sector públic no sembla que hagi de ser difícil per a l'Administració respectiva la identificació de les persones afectades, ni la comunicació amb elles, ja que en general deuen estar dotades d'adreces electròniques corporatives. L'article 62.5 del Decret 8/2021 també preveu la possibilitat de consultes indirectes que poden facilitar el tràmit en casos de sol·licituds massives: *"En els casos en els quals la notificació individual a un nombre elevat de terceres persones esdevingui desproporcionada en relació amb els recursos materials i humans disponibles en cada cas, excepcionalment i motivadament es pot substituir la notificació individual per notificació als representants dels col·lectius, sectors o àmbits afectats, si escau"*.

Se sol plantejar el dubte de si aquesta consulta és necessària si l'Administració considera que és procedent denegar l'accés sol·licitat. En aquest cas, pròpiament no hi ha afectació de les terceres persones afectades i, per tant, no seria exigible aplicar allò previst per l'article 31 LTAIPBG. En sentit contrari, es pot apuntar que en aquests casos el tràmit podria servir perquè les terceres persones afectades consentin l'accés sol·licitat. Però aquesta hipòtesi és inversemblant; primer, perquè gairebé ningú dona el seu consentiment a què algú que no coneix pugui accedir a les seves dades personals; i, segon, perquè quan es tracta d'accedir a dades especialment protegides, que és quan més imprescindible pot ser aquest consentiment, l'article 23 LTAIPBG requereix que ja sigui presentat amb la sol·licitud.

L'article 70.4 del Decret 8/2021 estableix les condicions que pretenen fer innecessari aquest tràmit de consulta, especialment de cara el futur: *"Als efectes de l'accés a aquestes dades personals merament identificatives, amb caràcter previ a l'inici de la prestació de serveis o ocupació del càrrec les administracions públiques han d'informar el personal, alts càrrecs i personal directiu que aquestes dades personals poden ser difoses o cedides, sense necessitat de donar-los el trasllat de la sol·licitud d'accés a què es refereixen l'article 31 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, i l'article 62 d'aquest decret. En la comunicació cal advertir-los dels drets a oposar-s'hi i a posar de manifest, de forma motivada, la prevalença del perjudici singular que la cessió pugui causar a les seves dades personals o altres drets constitucionalment protegits. Així mateix, cal indicar que el tractament d'aquestes dades es fonamenta en el compliment de l'obligació legal de permetre l'exercici del dret d'accés a la informació pública"*. El principal dubte que avui per avui planteja aquest precepte és el del moment a partir del qual es pot considerar el personal de les administracions públiques advertit o informat de la possibilitat de cessió de les seves dades identificatives, de manera que ho puguin ser efectivament per part de l'Administració sense necessitat de consulta prèvia.

Cal tenir en compte que l'objecte de la consulta, contràriament al que normalment es pensa, no és que les persones afectades puguin oposar-se o avenir-se expressament a l'accés

sol·licitat (que també), sinó, principalment, per a què puguin posar de manifest circumstàncies personals concretes en les quals l'accés sol·licitat, que en principi semblaria innocu o poc invasiu per a les persones afectades, en determinats casos pot causar perjudicis singulars significatius, que difícilment es podien percebre des de fora. L'exemple més habitual sol ser el d'una dona amb mesures de protecció per violència masclista, a qui les autoritats oculten de l'agressor; l'eventual difusió del lloc on treballa com a empleada pública podria causar-li un dany molt greu, substancialment diferent al causat a la resta de persones afectades que no pateixen les seves circumstàncies. Doncs bé: la finalitat de la consulta és precisament la de permetre aflorar aquests tipus de circumstàncies. Llevat de l'eventualitat de circumstàncies singulars d'aquesta mena, les al·legacions manifestades en aquests tràmits de consulta no vinculen l'Administració que ha d'atendre la sol·licitud d'accés a les dades personals demanades, que l'haurà de resoldre en funció dels límits concurrents, i no del parer de les terceres persones afectades.

En la línia del que s'acaba de dir, cal tenir en compte que l'article 21.1 RGPD preveu el següent: *"El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones. El responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones"*. Això vol dir que l'oposició manifestada en el tràmit de consulta pot tenir efectes jurídics tangibles, però sempre que es fonamenti en circumstàncies singulars de la persona que la manifesta, bé sigui amb ocasió del tràmit de consulta, o per pròpia iniciativa de la persona interessada, i fins i tot així hi pot seguir havent raons d'interès públic que justifiquin l'accés a les dades singulars afectades.

L'única conseqüència significativa que té l'eventual oposició de les persones afectades a què es divulgui la informació que les afecta és la prevista per l'article 34.3 LTAIPBG: *"Si la resolució és estimatòria de la sol·licitud i hi ha hagut oposició de tercers, l'accés a la informació només es pot fer efectiu una vegada ha transcorregut el termini per a interposar recurs contenciós administratiu sense que s'hagi formalitzat o, en cas que s'hagi presentat aquest recurs, si no s'ha acompanyat de petició de mesures cautelars de suspensió o s'ha resolt aquest incident mantenint l'executivitat de l'acte administratiu"*.

23 de novembre de 2021

EL DRET DELS REPRESENTANTS A UTILITZAR ELS INSTRUMENTS DE COMUNICACIÓ DIGITAL DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES¹

Xavier Solà i Monells

Professor Titular de Dret del Treball i de la Seguretat Social
Universitat Autònoma de Barcelona

1. Plantejament: l'accés als instruments de comunicació digital com a element essencial de l'activitat representativa

2. Un breu recordatori a la doctrina establerta per la STC 281/2005: configuració general del dret d'ús limitat

3. Principals dubtes en relació al dret d'ús limitat

- 3.1. ¿Qui són els subjectes titulars del dret d'ús?
- 3.2. ¿Es pot limitar el dret d'ús a organitzacions sindicals que acreditin un determinat nivell de representativitat?
- 3.3. ¿A qui correspon la càrrega de la prova en relació als límits del dret d'ús, a l'Administració Pública o a la representació interessada?
- 3.4. ¿Quin tipus de pertorbacions o problemes poden justificar una negativa de l'administració a permetre l'ús dels mitjans de comunicació digital per part dels representants?
- 3.5. ¿En quins casos estarà facultada l'administració per negar el dret d'ús al·legant que genera costos afegits?
- 3.6. ¿Està facultada l'Administració per a delimitar unilateralment del dret d'ús a través d'instruccions, directrius, etc.?
- 3.7. ¿Està facultada l'Administració per a fiscalitzar l'exercici del dret d'ús i adoptar mesures restrictives si detecta incompliments?
- 3.8. ¿Està obligada l'Administració a facilitar les adreces de correu electrònic corporatiu quan existeixi dret d'ús sobre aquest instrument?
- 3.9. ¿Poden negar-se els empleats públics a rebre missatges de les representacions laborals a la seva adreça de correu professional?

4. L'accés dels representants als instruments de comunicació digital en els casos de teletreball

- 4.1. Aproximació general
- 4.2. La regulació aplicable al sector privat
- 4.3. Vies per a garantir un accés efectiu dels representants als instruments de comunicació digital de les Administracions Públiques

5. Bibliografia

¹ Aquesta ponència recull algunes de les principals conclusions del llibre *El derecho de la representación unitaria y sindical a utilizar los instrumentos empresariales de comunicación digital*, Bomarzo, Albacete, 2021 i les projecta a l'àmbit de les Administracions Públiques.

1. Plantejament: l'accés als instruments de comunicació digital com a element essencial de l'activitat representativa

Per tal que la representació col·lectiva dels empleats públics es pugui desenvolupar adequadament resulta imprescindible que existeixin vies que permetin una comunicació àgil i ràpida dels òrgans de representació, tan unitaris com sindicals, amb el col·lectiu representat. L'exercici de les llibertats d'informació i d'expressió, reconegudes amb caràcter de dret fonamental als arts. 20.1.a i 20.1.d de la Constitució Espanyola (CE) és una peça fonamental de l'activitat representativa i justament per aquest motiu s'inclouen entre les anomenades "*garanties instrumentals*" o "*facilitats*" que s'atorguen a les persones que integren els òrgans de representació col·lectius. Així, pel què fa als funcionaris públics, l'art. 41.1.b del Text Refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, aprovat mitjançant el Real Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre (EBEP) reconeix als membres de Junes de Personal i als Delegats de Personal el dret a "*la distribución libre de las publicaciones que se refieran a cuestiones laborales o sindicales*". En relació al personal laboral, l'art. 68.d del Text Refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, aprovat mitjançant el Real Decret Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre (TRLET) incorpora un reconeixement similar pels integrants dels Comitès d'Empresa i Delegats de personal, afegint la possibilitat d'expressar "*de forma col·legiada, si es tracta del comitè, amb llibertat les seves opinions en les matèries que corresponguin a l'esfera de la seva representació*".

En la societat actual les Tecnologies de la Informació i la Comunicació (TIC) són essencials per a l'exercici de les llibertats d'expressió i d'informació dels representants col·lectius. Durant els darrers anys els sindicats han realitzat importants esforços, amb els seus propis recursos, per a aprofitar les enormes oportunitats que en l'exercici d'aquestes llibertats ofereixen eines com les pàgines web, els sistemes de missatgeria instantània, com WhatsApp o Telegram, les xarxes socials com Facebook o Twitter, les bústies de consulta electròniques, etc. Tot i la importància que han adquirit aquests mecanismes que podríem anomenar "*externs*", l'activitat de representació dins les Administracions Públiques pot canalitzar-se per una altra via que de ben segur resultarà molt més eficient: els instruments de comunicació digital implementats dins les estructures administratives pel desenvolupament de la seva activitat. Aquest és el "*canal natural*" per a la comunicació entre representants i representats.

Actualment no existeix cap previsió legal ni reglamentària que reconegui de forma expressa a la representació unitària o sindical el dret a utilitzar els instruments de comunicació digital de les Administracions Públiques. L'actual marc normatiu es limita a reconèixer canals tradicionals, com el taulell d'anuncis (art. 81 TRLET i 8.2.a de la Llei Orgànica 11/1985, de 2 d'agost, de Llibertat Sindical - LOLS-), el local sindical (art. 81 TRLET i 8.2.c LOLS), el dret de reunió (arts. 77-79 TRLET, art. 8.1.b LOLS i 46 EBEP), etc. El legislador no ha procedit a actualitzar aquestes garanties instrumentals, tot i les reiterades reclamacions de la doctrina², la formulació d'algunes iniciatives parlamentàries³ i el plantejament de contextos idonis, com l'aprovació de la Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades i de Garantia dels Drets Digitals (LPDGD), que als seus arts. 87 a 91 incorpora diferents previsions relatives al món laboral on s'hauria pogut dur a terme aquesta actualització sense generar cap distorsió.

² Serveixi com a exemple NIETO ROJAS, Patricia: *La representación de los trabajadores en la empresa: estructura, ámbito y función*, Tesi Doctoral, Universidad Carlos III, 2015 (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21492>), pàg. 324.

³ Concretament la Proposició de llei de modificació de l'art. 81 del TRLET i dels arts. 8.1 i 8.2 de la LOLS, presentada pel Grup Parlamentari Mixt al Senat el 17 de maig de 2001 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado)*, VII Legislatura, de 18 de maig de 2001).

La inactivitat del legislador ha forçat la intervenció de la jurisprudència que des de fa unes dues dècades ha hagut d'afrontar la problemàtica generada per les reclamacions dels instruments de comunicació digital d'empreses i Administracions Públiques per part dels òrgans de representació col·lectiva. La STC 281/2005, de 7 de novembre (d'aquí en endavant STC 281/2005), va reconèixer en el seu moment un dret d'ús limitat sobre aquests instruments fixant una importantíssima doctrina, aplicable tan al sector privat com al sector públic⁴, que segueix vigent a dia d'avui i que ha generat moltíssima conflictivitat judicial.

L'objectiu d'aquesta ponència es revisar les principals sentències dictades en aquesta matèria per a definir, amb la màxima precisió possible, en quines hipòtesis i amb quines condicions les representacions col·lectives poden utilitzar els instruments de comunicació digital existents a les Administracions Públiques. Començarem fent un breu repàs a la doctrina establerta per la STC 281/2005, procedirem tot seguit a donar resposta als principals dubtes que planteja el dret d'ús reconegut a les representacions laborals i acabarem amb una reflexió específica sobre els supòsits de teletreball, on el distanciament físic entre representants i representats atorga especial rellevància a la qüestió que ens ocupa.

2. Un breu recordatori a la doctrina establerta per la STC 281/2005: configuració general del dret d'ús limitat

Els fets que donen lloc a la STC 281/2005, coneguts com a "Cas BBVA", son prou coneguts, però convé fer-ne un breu recordatori per a valorar adequadament la doctrina establerta per aquesta sentència.

En el marc d'una política empresarial dirigida a incentivar l'ús del correu electrònic com a eina de comunicació tan interna com externa, el sindicat CCOO comença a utilitzar aquest mitjà el mes de febrer de 1999 per enviar missatges a tota la plantilla del Grup BBVA des del servidor extern del sindicat. Es duen a terme diversos enviaments sense problemes fins que a principis de 2000 es produeixen diversos enviaments massius que col·lapsen el servidor empresarial i comporten que la direcció del Grup BBVA impedeixi l'enviament de nous missatges sindicals. CCOO interposa una demanda de conflicte col·lectiu reclamant que es reconegui el dret del sindicat i de les seves seccions sindicals a l'empresa a transmetre informació d'interès sindical a totes les persones que hi presten serveis, tan si ostenten la condició d'afiliades com si no. La SAN de 6 de febrer de 2001 (núm. 17/2001) estima parcialment la demanda en primera instància però queda anul·lada per la STS de 26 de novembre de 2001 (rec. 1142/2001), que estima el recurs de cassació plantejat per la part empresarial.

El TC situa la problemàtica al terreny de l'art. 28.1 CE, destacant que el dret d'informació sindical forma part del contingut essencial del dret de llibertat sindical i que, com a tal, s'ha de reconèixer a tota organització sindical. Precisa, tot seguit, que els canals per fer-lo efectiu integren el contingut addicional i es determinen a nivell infra constitucional, a través de normativa legal, reglamentària i convencional, i que en les dues primeres no existeix cap previsió que forci a la part empresarial a posar a disposició dels sindicats instruments de comunicació digital per a transmetre informació i opinions al col·lectiu representat. La manca d'aquesta obligació no suposa, no obstant, que la part empresarial pugui obstaculitzar de forma injustificada la transmissió d'informació sindical. A partir d'aquesta afirmació es construeix el dret d'ús, que requereix dos pressupòsits i es sotmet a tres límits.

⁴ Així ho ha afirmat la doctrina en múltiples ocasions (vegeu, per exemple, VALVERDE ASECIO, Antonio José: "Representación y participación institucional (arts. 39 a 44)", dins l'obra col·lectiva *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pàg. 465) i ho corroboren diferents pronunciaments del Tribunal Suprem que, com veurem tot seguit, apliquen aquesta doctrina en l'àmbit de l'Administració Pública.

Els pressupòsits són: primer, la preexistència de l'eina de comunicació digital, és a dir, que s'hagi implementat a l'empresa amb finalitat productiva; i segon, que aquesta eina sigui apta per a l'ús sindical. Els límits es configuren com a condicions negatives i es concreten en l'exigència que l'ús sindical "*no perturbe la actividad normal de la empresa*", que "*no perjudique el uso específico empresarial preordenado para el mismo*" i que no generi "*gravámenes adicionales*" a la part empresarial. En base a aquesta construcció es reconeix a CCOO el dret a continuar fent ús del sistema de correu electrònic en els termes innocuus en què ho havia estat fent fins a principis de l'any 2000.

Així doncs, la STC 281/2005 reconeix als sindicats un dret d'ús limitat sobre els instruments de comunicació digital existents a l'empresa, que es delimita a partir de conceptes jurídics indeterminats i ha generat una notable conflictivitat pràctica. Passem a revisar els principals dubtes que es poden plantejar i la forma com s'han resolt, per oferir als subjectes implicats una visió el més precisa possible dels seus drets i obligacions en relació a aquesta qüestió.

3. Principals dubtes en relació al dret d'ús limitat

3.1. ¿Qui són els subjectes titulars del dret d'ús?

El primer dubte que planteja el dret d'ús afecta a la seva vessant subjectiva, és a dir, a la titularitat. ¿Correspon només als sindicats o també a les representacions unitàries (Delegats de Personal, Comitès d'Empresa i Junes de Personal)? La fonamentació de la STC 281/2005 ens duria d'entrada a una resposta restrictiva, donat que, segons ha indicat reiteradament la jurisprudència constitucional (vegeu, per totes, la STC 95/1996, de 29 de maig), els òrgans de representació unitària no són titulars del dret del llibertat sindical. Així ho entén la majoria de la doctrina⁵, tot i que no es tracta d'una qüestió pacífica i existeixen arguments importants per a defensar l'extensió del dret d'ús a les representacions unitàries.

Aquests arguments, que al meu entendre resulten plenament convincents⁶, són: primer, que des d'un punt de vista funcional el dret d'ús és igual de necessari per a les representacions unitàries que per a les sindicals; segon, que tot i no poder-se fonamentar en l'art. 28.1 CE el dret d'ús de les representacions unitàries es pot construir a partir de les llibertats d'expressió i d'informació, que són els que materialment estan en joc i també es configuren com a drets fonamentals als arts. 20.1.a i 20.1.d CE; i tercer, que el Tribunal Suprem ha reconegut *de facto* l'extensió del dret d'ús a la representació unitària en algunes de les seves sentències, tot i que no ho argumenti de forma expressa⁷.

3.2. ¿Es pot limitar el dret d'ús a organitzacions sindicals que acreditin un determinat nivell de representativitat?

La revisió dels supòsits de fet de les sentències dictades sobre la problemàtica que tractem posa de manifest l'existència d'una pràctica reiterada consistent a limitar l'accés als instruments de

⁵ Vegeu, per exemple, ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu i HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: "El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos o de comunicación propiedad de la empresa (aplicación por los Tribunales de la STC 281/2005)", *Aranzadi Social*, núm. 11, 2008, pàgs. 14-15 o TAPIA HERMIDA, Antonio: "Uso del correo electrónico para transmitir información de naturaleza laboral y sindical a los trabajadores por las organizaciones sindicales, en los centros de trabajo y durante la jornada laboral", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 276, 2006, pàg. 170.

⁶ En la mateixa línia es posicionen SEMPERE NAVARRO, Antonio-Vicente i SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina: "El uso del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre", *Aranzadi Social*, número 17, 2005, pàg. 12.

⁷ És el cas, per exemple, de la STS de 13 de setembre de 2016 (rec. 206/2015).

comunicació digitals als sindicats que estiguin presents als òrgans de representació unitària i/o ostentin la condició de més representatius; un restricció que en alguna casos també s'ha traslladats instruments col·lectius que reglen aquesta matèria⁸. Es podria pensar, d'entrada, que es tracta d'una restricció raonable, donat que la pròpia LOLS reconeix al seu art. 8 diferents nivells de drets a els seccions sindicals en funció d'aquests dos paràmetres. La qüestió va generar pronunciaments contradictoris entre al doctrina judicial fins a l'aparició de la STS de 21 de febrer de 2019 -rec. 214/2017 (cas Airbus), que tanca definitivament la qüestió.

Aquesta sentència afronta el conflicte generat per la negativa de la direcció empresarial de l'empresa Airbus a permetre l'ús del correu electrònic i la intranet a un sindicat independent (AIRE) de recent creació que no té presència a la representació unitària però si un centenar de persones afiliades repartides entre dos dels centres de treball de l'empresa. Després de valorar detingudament la qüestió i revisar la doctrina de la STC 281/2005, el TS conclou que la negativa empresarial només estaria justificada "*en supuestos extremos en los que el sindicato carezca de la más mínima implantación en la empresa*". Així doncs, els arguments anteriorment apuntats no permeten negar el dret d'ús, una conclusió que resulta encertada perquè -no cal oblidar-ho- el dret d'informació sindical forma part del contingut essencial del dret de llibertat sindical i aquest correspon a tota organització sindical.

3.3. ¿A qui correspon la càrrega de la prova en relació als límits del dret d'ús, a l'Administració Pública o a la representació interessada?

La possibilitat d'accedir o no als instruments de comunicació digital de les Administracions Públiques dependrà de si es compleixen o no les condicions que la jurisprudència constitucional estableix com a límit i, per tant, la càrrega de la prova en relació a aquestes condicions esdevé una qüestió essencial.

El dubte es va abordar i resoldre a la STS de 14 de juny de 2016 (rec. 199/2015), que tracta el conflicte plantejat per la negativa de la direcció de Cruz Roja Española a facilitar una adreça de correu corporativa i l'accés a la llista de distribució de correu electrònic de tota la plantilla a la secció sindical de CGT, esgrimint com a únic argument que tampoc els hi reconeix a la resta de seccions sindicals. Després de revisar la doctrina constitucional i algunes de les seves sentències prèvies sobre la matèria, el TS conclou que "*de la conjunta integració de todas estas sentencias, se extrae que es la empresa a la que corresponde la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que puede suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con los trabajadores*". L'aplicació d'aquest criteri al cas analitzat determina l'estimació de la demanda formulada per CGT.

Així doncs, sempre que els instruments de comunicació digital estiguin efectivament implementats l'Administració Pública haurà de posar-los a disposició de la representació sindical i unitària si no aconsegueix acreditar que l'ús sindical pertorba l'activitat administrativa, perjudica l'ús ordinari o genera majors costos.

⁸ Vegeu, al respecte, SOLÀ i MONELLS, Xavier: *El derecho de la representación...*, obra citada, pàgs. 126-132.

3.4. ¿Quin tipus de pertorbacions o problemes poden justificar una negativa de l'administració a permetre l'ús dels mitjans de comunicació digital per part dels representants?

La no pertorbació de l'activitat normal és un límit que no només s'estableix en relació al dret d'ús configurat a la jurisprudència constitucional sinó que també apareix en diverses previsions legals, com l'art. 8.1.b) LOLS, en relació al dret de les persones afiliades a distribuir informació sindical a l'empresa o al centre de treball, o l'art. 68.d) TRLET, en relació a l'exercici de la llibertat d'expressió i informació per part de la representació unitària laboral. A la pràctica la hipòtesi típica i quasi única de pertorbació que han admès els òrgans jurisdiccionals en l'àmbit que tractem és l'ús intensiu del correu electrònic que col·lapsa el sistema⁹, el mateix supòsit que va donar lloc a la STC 281/2005.

Un bon exemple en l'àmbit de l'Administració Pública el trobem a la STS de 3 de maig de 2011 (rec. 1114/2010), on s'analitza el conflicte plantejat per un enviament massiu de correus electrònics a principis de 2010 per CCOO a tot el personal que presta serveis pel Principat d'Astúries (unes 30.000 persones), que genera col·lapses en l'accés a diferents serveis administratius, especialment en horari d'obertura al públic i en menor mesura en horari nocturn. El TS considera que s'acredita la superació dels límits establerts per la jurisprudència constitucional i legitima les mesures restrictives adoptades per l'administració autonòmica.

3.5. ¿En quins casos estarà facultada l'administració per negar el dret d'ús al·legant que genera costos afegits?

Una de les condicions que, conforme a la STC 281/2005, limiten l'ús sindical dels instruments digitals de titularitat empresarial és que no generi "*gravámenes adicionales para el empleador, significativamente mayores costes*". Tot i que la regla és clara en termes generals, planteja diferents dubtes interpretatius, com per exemple l'entitat que han de tenir aquests costos o la forma d'acreditar-los, tenint clar que -com s'ha destacat anteriorment- la càrrega de la prova correspon a la part empresarial.

El Tribunal Suprem s'ha pronunciat en dues ocasions sobre aquesta qüestió: a través de la STS de 22 de juny de 2011, rec. 153/2010 (cas Leroy Merlin) i de la STS de 17 de març de 2012 (rec. 202/2011- (cas Atento Teleservicios). El supòsits de fet són similars: es tracta de grans empreses, amb molts centres de treball i plantilles disperses on s'ha implementat el correu electrònic i la intranet. El sindicat CCOO reclama utilitzar aquests mitjans i la part empresarial s'hi nega al·legant, entre d'altres motius, que l'ús sindical requeriria unes adaptacions que implicarien costos afegits; un argument que el Tribunal Suprem assumeix en ambdós casos. La principal aportació d'aquestes sentències rau en una precisió que no per lògica deixa de ser important: perquè aquests costos addicionals justifiquin l'exclusió del dret d'ús han de ser "*significatius*", un element que s'haurà de valorar atenent a les circumstàncies del context, com per exemple la dimensió de la plantilla destinatària de la informació, el nombre de persones representants beneficiàries, l'estructura organitzativa de l'empresa o, fins i tot, l'existència o no de vies de comunicació alternatives.

Pel què fa a la forma com s'han d'acreditar aquests costos addicionals significatius les sentències citades al paràgraf anterior admeten com a bona la documentació aportada per la part empresarial on es desglossen i detallen les despeses. El nivell d'exigència de la jurisprudència en aquest punt no és

⁹ Un dels pocs casos on s'admet un supòsit diferent com a justificatiu d'una negativa al dret d'ús el trobem a la STS de 19 de juliol de 2018 (rec. 158/2017) i es concreta en el perill que per a les persones treballadores i per a les persones usuàries del servei podria suposar la recepció d'informació sindical als llocs de treball corresponents al personal de circulació ferroviària d'ADIF.

gaire alt, perquè en ocasions s'admeten partides genèriques no quantificades, del tipus "*despeses anuals de manteniment*", i també perquè qui ha elaborat aquests documents sovint és personal de la mateixa empresa; una baixa exigència que resulta criticable perquè desvirtua l'atribució de la càrrega de la prova a la part empresarial i pot facilitar una negació sistemàtica del dret d'ús.

3.6. ¿Està facultada l'Administració per a delimitar unilateralment del dret d'ús a través d'instruccions, directrius, etc.?

Aquesta possibilitat resulta admesa per la pròpia STC 281/2005 quan al seu Fonament Jurídic 8è apunta que "*[...] resultaría constitucionalmente licito que la empresa determinase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyese en términos absolutos*".

Així doncs, l'Administració està facultada per a dur a terme aquesta determinació però caldrà tenir present: primer, la possible intervenció de la negociació col·lectiva, que pot reduir o fins i tot eliminar aquesta possibilitat d'incidència, donat que es configura com una font jeràrquicament superior; segon, que la delimitació que dugui a terme l'Administració no pot suposar, ni directa ni indirectament, la negació del dret d'ús. Concrecions com per exemple, fixar un horari d'enviament, un nombre màxim de missatges en un determinat marc temporal, un nombre màxim de destinataris, etc. poden ser vàlides si resulten raonables en relació als instruments de comunicació digital implicats.

El Tribunal Suprem ha aplicat en diverses ocasions els límits que s'acaben d'esmentar. Així per exemple, a la STS de 13 de setembre de 2016 (rec. 206/2015) es corregeix la interpretació literal d'una resolució de la direcció corporativa de Radio Televisión de Galicia on es prohibeix l'ús dels recursos telemàtics del grup per activitats "*no directamente relacionadas con el puesto de Trabajo*", destacant que si no s'admet la recepció d'informació sindical s'estarà lesionant el dret de llibertat sindical. En la mateixa línia la STS de 24 de juliol de 2017 (recurs 245/2016) considera invàlida l'exigència d'una autorització empresarial prèvia per enviar informació sindical a través del correu empresarial, entenent que es tracta d'una condició que permet l'exclusió directe del dret d'ús.

3.7. ¿Està facultada l'Administració per a fiscalitzar l'exercici del dret d'ús i adoptar mesures restrictives si detecta incompliments?

Si en relació a la qüestió anterior la revisió de la STC 281/2005 portava a una resposta afirmativa en aquest cas succeeix el contrari, donat que al seu Fonament Jurídic 7è *in fine* estableix, en relació als instruments de comunicació digitals accessibles a través del dret d'ús, que "*[...] no puede negarse su puesta a disposición ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquellos sean atajados y estos, en su caso, compensados*". No obstant, la jurisprudència ordinària ha admès en diverses ocasions aquesta doble actuació de control i restricció, com posen de manifest la STS de 3 de maig de 2011 (rec. 114/2010) o la STS de 24 de març de 2015 (rec. 118/2014), entre d'altres.

El correcte enfocament de la qüestió requereix prendre en consideració que tan la fiscalització com l'adopció de mesures reactives quan es detectin incompliments poden comportar la lesió de diferents drets fonamentals. Al marge del dret de llibertat sindical (art. 28.1 CE) es podrien veure lesionades les llibertats d'expressió i d'informació (arts. 20.1.a i 20.1.d CE) i fins i tot, en determinades hipòtesis, el dret al secret de les comunicacions (art. 18.3 CE). Així doncs convé sotmetre aquestes actuacions de la part empleadora a un test de proporcionalitat, valorant si són necessàries, idònies i

proporcionades. Només si superen aquest test seran vàlides. Aquesta és la solució que proposa la majoria de la doctrina¹⁰ i també la que adopta la jurisprudència ordinària.

L'aplicació pràctica del criteri exposat al paràgraf anterior pot portar a admetre determinades actuacions que s'han anomenat "*fiscalització tècnica*" i que es centrarien en el compliment de requisits objectius de fàcil verificació prèviament establerts a través de la negociació col·lectiva o unilateralment per l'Administració, que si s'incompleixen poden afectar greument a l'activitat normal, com per exemple un nombre màxim de destinataris o d'enviaments. Un bon exemple el trobem a la STS de 3 de maig de 2011 (rec. 114/2020) que tracta un cas plantejat al Principat d'Astúries al que ja hem fet referència. Doncs bé, en aquesta hipòtesi l'administració autonòmica va adoptar mesures restrictives per afrontar el col·lapse que havia generat en alguns serveis l'enviament massiu de correus electrònics per part d'un sindicat, però van ser intervencions molt concretes (prohibir l'enviament massiu en determinats departaments, no amb caràcter general i permetent els enviaments de fins a vint-i-cinc destinataris) i va oferir al sindicat una via alternativa per a transmetre informació a tota la plantilla (articulació d'un taulell sindical a la intranet). El TS considera que la intervenció és necessària (pel greu perjudici derivat del col·lapse del servei), idònia (perquè la restricció adoptada permet resoldre el problema) i proporcionada (perquè la restricció es limita al mínim imprescindible preservant el dret d'informació sindical).

No semblen admissibles, per contra, les actuacions de fiscalització i restricció basades en el contingut de la informació transmesa, perquè difícilment superaran el test de proporcionalitat. Així ho apunten diverses sentències del Tribunal Suprem que consideren lesives negatives empresarials a publicar informació sindical argumentant que no és veraç o no resulta adequada. Són, concretament, la STS de 26 de març de 2016 (rec. 113/2015) i la STS de 27 de maig de 2021 (rec. 151/2019), ambdues en relació a l'entitat bancària Liberbank.

3.8. ¿Està obligada l'Administració a facilitar les adreces de correu electrònic corporatiu quan existeixi dret d'ús sobre aquest instrument?

El punt de partida per a respondre aquesta qüestió és la consideració de l'adreça de correu professional com una dada de caràcter personal i la seva cessió com un tractament de dades. Així es dedueix dels arts. 4.1 i 4.2 del Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de dades de les persones físiques (RPDUE) i ho ha corroborat tan la Agència Espanyola de Protecció de dades (AEPD) com la doctrina judicial en diversos pronunciaments¹¹. La qüestió tampoc planteja cap dubte a nivell doctrinal¹².

Els tractaments de dades requereixen, amb caràcter general, el consentiment de la persona interessada, és a dir, la titular de les dades que en cada cas es vulguin tractar. Això suposaria que, en principi, l'empresa hauria de demanar aquest consentiment per a poder facilitar l'adreça de correu

¹⁰ Vegeu, per exemple, VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: "La incidencia de las nuevas tecnologías en la transmisión sindical de información en la empresa", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pàgs. 177-182; MARTÍNEZ FONS, Daniel: "Los Derechos «on line» de los representantes de los trabajadores. El uso de las nuevas tecnologías de la información de la empresa en la labora representativa", *Revista del Consell de Treball Econòmic i Social de Catalunya*, núm. 1, 2006 (versió electrònica), pàg. 7 o NAVARRO NIETO, Federico: "El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pàgs. 70-72.

¹¹ Pel què fa a la primera, vegeu la *Guia AEPD sobre protección de datos en las relaciones laborales* (2021) [<https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>], pàgs. 66-67. I respecte a la segona vegeu la SAN de 2 de febrer de 2012 (núm. 4572012) o la SAN de 28 de febrer de 2018 (rec. 460/2016), entre moltes altres.

¹² Vegeu MERCADER UGUINA, Jesús Ricardo: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pàg. 241 i NIETO ROJAS, Patricia: *La representación...*, obra citada, pàg. 326.

professional a les representacions unitàries i sindicals que tinguin dret a enviar informació per aquesta via. No obstant, aquesta regla general té diverses excepcions, entre elles "*el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento*" i "*la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero*" (arts. 6.1.c i 6.1.f RPDUE). Sembla clar que la hipòtesi que ens ocupa encaixa en aquestes excepcions i així ho han confirmat tan l'AEPD com la doctrina judicial.

Un bon exemple el trobem a la STSJ Madrid de 2 de febrer de 2012 (rec. 395/2010), que resol la impugnació de l'Acord sobre drets i garanties sindicals de l'Ajuntament de Madrid i els seus Organismes Autònoms on es preveu la cessió del llistat de correus corporatius sense demanar el consentiment dels afectats; una previsió que es considera vàlida argumentant que "*trata de atender una finalidad legítima del cesionario amparada por norma con rango de ley, para cuyo cumplimiento, atendiendo a la naturaleza de los datos cedidos, no se produce lesión o vulneración para el titular de los datos cedidos que hubiera de prevalecer sobre la del cesionario*".

Tot i això la mateixa AEPD adverteix que existeixen "*procedimientos automatizados que permiten satisfacer el derecho a la libertad sindical sin necesidad de realizar una cesión de datos personales*"¹³ com per exemple les anomenades "*llistes de distribució*", que permeten a la representació col·lectiva remetre la informació a una adreça genèrica des de la qual es dur a terme l'enviament, sense necessitat d'accedir a les adreces de les persones destinatàries. Aquesta opció seria, al meu entendre, no només preferible sinó tècnicament obligada en base al principi de minimització de dades recollit a l'art. 5.1.c RPDUE, excepte que, atenent a les característiques del cas concret, no permetés una adequada transmissió de la informació.

3.9. ¿Poden negar-se els empleats públics a rebre missatges de les representacions laborals a la seva adreça de correu professional?

Conforme a l'apartat 1 de l'art. 21 RPDUE, en els casos on les dades personals hagin estat objecte de tractament sense obtenir el consentiment de la persona interessada, perquè així ho permet la normativa sobre protecció de dades, aquesta persona podrà exercir l'anomenat "*dret d'oposició*", que li permet negar-se a nous tractaments, és a dir, a rebre més informació sindical. L'apartat 4 del mateix precepte precisa que "*A más tardar en el momento de la primera comunicación al interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente al margen de cualquier otra información*".

L'exercici del dret d'oposició no sembla requerir cap motivació específica, més enllà de la voluntat de la persona interessada, i s'haurà d'adreçar a la persona responsable del tractament, que d'acord amb l'art. 4.1.7 RPDUE serà aquella que "*sola o junto con otros determine los fines y medios del tratamiento*". Així doncs, en funció de com s'hagi articulat l'ús pels representants del correu electrònic, la petició s'haurà d'adreçar a l'administració (si s'han utilitzat llistes de distribució i no s'han transmès les adreces de correu electrònic) o als representants (si aquests han tingut accés a les adreces de correu electrònic).

Així ho confirma la SAN de 28 de febrer de 2018 (rec. 460/2016) que resol el conflicte plantejat per la petició que un treballador de la Xunta de Galicia adreça al sindicat CSIF reclamant-li que deixi d'enviar-li informació. El sindicat no l'atén i l'AEPD el sanciona; sanció confirmada en reposició però anul·lada posteriorment per l'AN que considera determinant que el sindicat "*no tenga acceso a la lista*

¹³ *Guía AEPD sobre protección de datos en las relaciones laborales* (2021) [<https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>], pàg. 67.

de distribución, no conozca ningún dato de carácter personal de los trabajadores incluidos en la misma y, por tanto, no tenga posibilidad de modificar o cancelar los datos incluidos en la misma". En base a això conclou que el sindicat "no es responsable del fichero ni del tratamiento de los datos personales"; una condició que correspon exclusivament a la Xunta de Galicia, que és l'obligada a atendre el dret d'oposició de la persona interessada.

Una darrera qüestió que convé precisar és en quin moment es pot fer valdre el dret d'oposició. L'AEPD s'ha posicionat sobre aquesta qüestió indicant que es pot exercir en qualsevol moment i que el responsable del tractament l'haurà de respectar, "*salvo en el supuesto de elecciones sindicales, momento en el cual prevalece la libertad sindical respecto del derecho a la protección de datos*"¹⁴. Aquest criteri es pot fonamentar en l'art. 21.1 RPDUE, que just després de reconèixer el dret d'oposició admet la possibilitat de mantenir el tractament quan el seu responsable "*acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado*", però xoca frontalment amb la normativa electoral general que, justament a partir de la reforma operada a través de la Disposició Final 3^a.1 de la LOPDGDD, reconeix expressament a les persones electores la possibilitat de negar-se a rebre propaganda electoral¹⁵.

4. L'accés dels representants als instruments de comunicació digital en els casos de teletreball

4.1. Aproximació general

El teletreball dels empleats públics es regula a través de l'art. 47 bis EBEP, introduït mitjançant la reforma duta a terme a través del RDL 29/2020, de 29 de setembre, de mesures urgents en matèria de teletreball a les Administracions Públiques i de recursos humans al Sistema Nacional de Salut per a fer front a la crisi sanitària generada per la COVID-19 (d'aquí en endavant RDL 29/2020). L'objectiu d'aquesta precepte, segons s'indica a l'exposició de motius de la norma que el va introduir, és oferir unes regles que serveixin de "*base común para el desarrollo de la figura en todas las Administraciones Públicas, al tratarse de una norma básica que establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público [...] (apartat III), de forma que "todas las administraciones Públicas puedan desarrollar sus instrumentos normativos propios reguladores del teletrabajo en sus Administraciones Públicas, en uso de sus potestades de autoorganización [...]" (apartat IV).*

En relació a la concreta qüestió que ens ocupa, l'art. 47 bis és molt genèric i es limita a indicar, al seu apartat 3, que "*El personal que preste sus Servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto de personal que preste sus Servicios en modalidad presencial [...], salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación de Servicios de manera presencial*". Així doncs, en matèria de drets col·lectius tan sols s'estableix un clàusula general d'equiparació, sense incorporar cap previsió específica que li atorgui contingut i permeti superar els obstacles que la posada en pràctica d'aquests drets plantejarà en una situació tan singular com el teletreball; una opció normativa que, com veurem de seguida, contrasta fortament amb la regulació introduïda al sector privat a través de l'art. 19 del RDL 28/2020, de 22 de setembre, de Treball a Distància (RDLTD), posteriorment mantinguda sense variacions a l'art. 19 de la Llei 10/2021, de 9 de juliol, de Treball a Distància (LTD).

Però abans de presentar els elements essencials d'aquesta altra regulació convé posar de manifest la conseqüència directa que té l'absència de previsions concretes en relació a l'ús dels

¹⁴ *Guía AEPD sobre protección de datos en las relaciones laborales* (2021) [<https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>], pàg. 67.

¹⁵ Vegeu l'art. 39.9 de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juliol, de Règim Electoral General.

instruments de comunicació digital per part de les representacions col·lectives en supòsits de teletreball, que no és altra que l'aplicació, també en aquest àmbit, del dret d'ús limitat reconegut per la jurisprudència constitucional. Així doncs, les representacions unitàries i sindicals dels empleats públics només podran reclamar l'ús del sistema de correu electrònic, la intranet i d'altres sistemes de comunicació digital quan es compleixin les condicions exposades als epígrafs anteriors. El fet que el teletreball es desenvolupi justament "*mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación*", com especifica l'art. 47 bis.1 EBEP, fa que ordinàriament es compleixin els pressupòsits d'existència del dret d'ús (preexistència i aptitud per l'ús sindical), però la possibilitat que aquest últim perjudiqui l'ús administratiu i/o generi costos d'adaptació poden fer que a la pràctica no es permeti l'accés als instruments de comunicació digital o es faci de forma molt limitada. Tot plegat fa que la regulació sigui molt poc satisfactòria, donat que no aconsegueix garantir un principi bàsic recollit a la Clàusula 11 de l'Acord Marc Europeu sobre Teletreball (AMET), conforme al qual s'ha d'evitar que s'imposin "*obstáculos a la comunicación con los representantes de los trabajadores*", i el silenci del marc normatiu dificulta sens dubte l'articulació d'una comunicació àgil i efectiva.

4.2. La regulació aplicable al sector privat

Com ja s'ha exposat, la regulació aplicable al sector privat, materialitzada a l'art. 19 de la LTD, pren una opció radicalment diferent a la seguida per l'art. 47 bis EBEP, donat que, tot i que també incorpora una clàusula general d'equiparació als treballadors presencials en matèria de drets col·lectius, afegeix diverses previsions específiques encaminades a garantir una igualtat real en aquest àmbit. Ens centrarem en la relativa als mecanismes per exercitar la llibertat d'expressió i informació, que són els que interessen a efectes d'aquesta ponència, però convé destacar que no són els únics, donat que també s'introdueixen regles importants per a identificar la unitat electoral on s'hauran d'integrar les persones teletreballadores o per assegurar la participació efectiva a les eleccions sindicals.

L'apartat 2 de l'art. 19 LTD estableix que l'empresa "*deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa*", especificant tot seguit dues obligacions concretes que deriven d'aquest deure genèric: l'obligació de facilitar "*el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa*" i l'obligació d'implementar el "*tablón virtual, cuando sea compatible con la prestación del trabajo a distancia*". Com ha destacat la doctrina, aquestes regles suposen un importantíssim pas endavant, perquè imposen a la part empresarial un "*deber prestacional*"¹⁶, col·locant-lo en una "*situación proactiva*"¹⁷ i generant en benefici de la representació laboral un dret d'ús molt més consistent que el reconegut per la STC 281/2005, que deixa de ser aplicable en aquest àmbit.

Abans d'entrar a analitzar les dues obligacions referides, interessa posar de manifest que les representacions laborals titulars d'aquest dret d'ús legalment reconegut són tan la representació unitària com la representació sindical. La referència "*representación legal*" permet incloure sense dificultats ambdues hipòtesis, no només des d'un interpretació literal (tan una com l'altra s'articulen a través de normes legals), sinó també finalista o teleològica (en ambdós casos és imprescindible l'ús de les eines digitals per l'exercici de l'activitat representativa).

¹⁶ Així ho afirma NIETO ROJAS, Patricia: "Derechos colectivos de los trabajadores a distancia: ¿pueden enviarme información sindical? ¿Puedo negarme? ¿Cómo y dónde voto?", *El Foro de Labos*, 8 d'octubre de 2020 (<https://forodelabos.blogspot.com/2020/10/derechos-colectivos-de-los-trabajadores.html>, consultada el 12 de novembre de 2021).

¹⁷ PASTOR MARTÍNEZ, Alberto: "Los derechos colectivos de los teletreballadores tras el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia", dins l'obra col·lectiva *La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras*, Comares, Granada, 2021, pág. 80.

Pel què fa a la primera de les obligacions esmentades, sembla clar que suposa reconèixer a les representacions la possibilitat d'utilitzar les diferents eines de comunicació digital implementades a l'empresa (correu electrònic, sistemes de missatgeria instantània, sistemes de videoconferència, etc.). Només es requereix la seva preexistència o, en els termes legals, que siguin "*de uso en la empresa*". No s'imposa cap altra condició i, per tant, es força a l'empleadora a introduir les adaptacions necessàries per a fer possible l'ús sindical, encara que suposin costos, i a adoptar les mesures necessàries perquè aquest sigui compatible amb l'ús productiu. No hi haurà negativa possible fonamentada en els límits establerts per la STC 281/2005, que no operen en aquesta hipòtesi.

Resulta particularment destacable que aquest dret d'ús dels sistemes de comunicació digital existents es configuri amb caràcter bidireccional, indicant que "*Deberá asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de las personas trabajadoras*". Aquesta previsió, clarament inspirada amb la Clàusula 11 de l'AMET, reconeix expressament el dret de les persones treballadores a distància a comunicar-se amb els seus òrgans de representació, així com amb la resta de la plantilla¹⁸, imposant a la part empresarial l'obligació de garantir que aquestes comunicacions es puguin fer efectives sense impediments. Tot i que la norma no indica a través de quin canal es duran a terme cal interpretar que serà a través dels mateixos sistemes de comunicació digital que es posin a disposició de la representació laboral.

La segona obligació concreta força a la part empresarial a implementar un taulell virtual. Tot i que la norma no concreta les seves característiques ni la ubicació, sembla clar que es tracta d'un espai dins la intranet empresarial, donat que així ho imposa la normativa sobre protecció de dades, que força a limitar al col·lectiu representat l'accés als continguts difosos a través d'aquests suports davant la possibilitat d'incloure dades de caràcter personal. Així ho ha corroborat la doctrina judicial (vegeu, per exemple, la SAN de 8 de juliol de 2019, núm. 3578/2019) i ho requereix l'AEPD¹⁹. En correspondència amb l'exigència fixada per l'art. 8.2.a LOLS en relació als taulells físics (respecte als quals es demana que s'ubiquin "*en lugar donde se garantiza un adecuado acceso al mismo*"), aquests espais virtuals s'haurien de situar en un lloc visible, preferiblement a la pàgina d'inici, de forma que el col·lectiu representat pugui verificar fàcilment si hi ha novetats i accedir sense dificultats els continguts publicats.

Cap d'aquestes previsions resulta aplicable al personal laboral que presta serveis a les Administracions Públiques, perquè la Disp. Adic. 1^a de la LTD l'exclou de forma expressa.

4.3. Vies per a garantir un accés efectiu dels representants als instruments de comunicació digital de les Administracions Públiques

El caràcter genèric de l'art. 47 bis EBEP pel què fa als drets col·lectius de les empleats públics que presten serveis en règim de teletreball i, més concretament, la manca d'un reconeixement exprés del dret de les representacions laborals a utilitzar els mitjans de comunicació digital emprats en aquest prestació, força a buscar vies alternatives per a dur a terme aquest reconeixement, imprescindible per assegurar el correcte exercici de l'activitat representativa i, en general, dels drets de participació. Convé posar de manifest que no es tracta d'una necessitat que es plantegi només en relació a la qüestió que

¹⁸ Aquesta darrera possibilitat ha estat considerada especialment rellevant per la doctrina, entenent que "*constituye un presupuesto de la dimensión colectiva del ejercicio de los derechos colectivos, por cuanto la interrelación entre los trabajadores es el presupuesto para la creación de una identidad colectiva y de una eventual posterior constitución de órganos de representación y participación*" (PASTOR MARTÍNEZ, Alberto: "Los derechos...", obra citada, pàg. 81).

¹⁹ *Guía AEPD sobre protección de datos en las relaciones laborales* (2021) [https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf], pàg. 62.

ens ocupa sinó que afecta també a molts altres aspectes del teletreball, perquè com ha destacat la doctrina "*el nuevo art. 47 bis TRLEBEP es demasiado escueto y no sirve suficientemente de guía para establecer unas pautas claras respecto a cómo debe articularse el teletrabajo en las Administraciones Públicas*"²⁰.

Una primera possibilitat seria que el reconeixement exprés del dret d'ús per part de les representacions col·lectives de les eines de comunicació digital existents a les Administracions Públiques es dugués a terme als "*instrumentos normativos propios*" d'aquestes, que d'acord amb l'apartat IV de l'Exposició de Motius del RDL 29/2020, han de permetre un desenvolupament de la normativa bàsica adaptat a les singularitats de cada administració. En aquesta mateixa línia, la Disposició final segona de la mateixa norma dona un termini de sis mesos per tal que les Administracions Públiques adaptin la seva normativa a l'art. 47 bis EBEP. Convé tenir present que aquest desenvolupament s'haurà de dur a terme mitjançant l'exercici de la potestat reglamentària dels òrgans de govern, donat que l'adaptació requerida "*no solo es de contenido, es también de rango del instrumento que puede vehicular la ordenación de la prestación de Servicios mediante la modalidad de teletrabajo*"²¹.

Pel què fa al contingut i orientació d'aquestes regulacions, al meu entendre haurien de prendre com a referència l'art. 19 de la LTD i assegurar tres principis bàsics: primer, garantir el dret d'ús tan a la representació unitària com a la sindical; segon, projectar el dret d'ús sobre les eines de comunicació digitals implementades a cada Administració Pública; i tercer, reconèixer un ús bidireccional, que també permeti als empleats públics adreçar-se als seus òrgans de representació quan ho considerin convenient.

Malauradament, els instruments normatius de desenvolupament de l'art. 47 bis EBEP aprovats fins ara no acostumen a incorporar previsions gaire rellevants en matèria de drets col·lectius ni, específicament, sobre l'accés als mitjans de comunicació digital existents a les Administracions Públiques²², segurament perquè hi ha altres qüestions que es consideren prioritàries. Una de les poques excepcions és l'art. 4 del Decret de la Consejería de Hacienda, Economía y Función Pública de la Ciudad de Ceuta, pel qual s'aprova la regulació de la modalitat de teletreball pels empleats públics d'aquesta ciutat autònoma²³, on després de declarar l'equiparació general de drets entre el personal ordinari i el personal teletreballador especifica que aquest últim "*Tiene derecho a comunicarse con los representantes sindicales y viceversa*". Tot i que es tracta d'una previsió molt breu i incompleta, que queda lluny del que al nostre entendre seria desitjable, és una primer pas que s'ha de valorar positivament.

Una segona possibilitat per a reconèixer a les representacions laborals el dret d'ús dels mitjans de comunicació digitals existents a les Administracions Públiques seria la negociació col·lectiva. Tot i les restriccions que imposa l'art. 37 EBEP, no sembla que hi hagi problemes per regular a través d'instrument col·lectiu les facilitats atorgades als representants unitaris i sindicals dels empleats públics, donat que

²⁰ GALA DURÁN, Carolina: "El teletrabajo en las Administraciones Públicas", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 3, 2021, pàg. 93.

²¹ MAURI MAJÓS, Joan: "La regulación del teletrabajo en las entidades locales", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 4, 2021, pàg. 57.

²² Com s'ha destacat no sembla que hi hagi en aquests instruments normatius cap "*preocupación por una representación efectiva del personal empleado público a distancia [...] incluso en aquellos que han sido previamente negociados con los sindicatos*" (MAURI MAJÓS, Joan. "La regulación...", obra citada, pàg. 66).

²³ *BO de la Ciudad de Ceuta*, núm. 92, de 17 de novembre de 2020.

l'apartat 1.h) d'aquest precepte legal permet negociar "*Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación*"²⁴. Aquesta pot ser doncs una bona via per a desenvolupar les regulacions efectuades a través de normativa reglamentària o, si com passa habitualment no es disposa de regulació a aquest nivell, per efectuar-ne un desenvolupament complet.

5. Bibliografia

ALFONSO MELLADO, Carlos L.: *Los derechos colectivos de los empleadas públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008.

GALA DURÁN, Carolina: "El teletrabajo en las Administraciones Públicas", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 3, 2021.

MARTÍNEZ FONS, Daniel: "Los Derechos «on line» de los representantes de los trabajadores. El uso de las nuevas tecnologías de la información de la empresa en la labora representativa", *Revista del Consell de Treball Econòmic i Social de Catalunya*, núm. 1, 2006.

MAURI MAJÓS, Joan: "La regulación del teletrabajo en las entidades locales", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 4, 2021.

MERCADER UGUINA, Jesús Ricardo: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NAVARRO NIETO, Federico: "El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.

NIETO ROJAS, Patricia: "Derechos colectivos de los trabajadores a distancia: ¿pueden enviarme información sindical? ¿Puedo negarme? ¿Cómo y dónde voto?", *El Foro de Labos*, 8 d'octubre de 2020 (<https://forodelabos.blogspot.com/2020/10/derechos-colectivos-de-los-trabajadores.html>)

NIETO ROJAS, Patricia: *La representación de los trabajadores en la empresa: estructura, ámbito y función*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III, 2015 (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21492>)

PASTOR MARTÍNEZ, Alberto: "Los derechos colectivos de los teletreabajadores tras el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia", dins l'obra col·lectiva *La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras*, Comares, Granada, 2021.

ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu i HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: "El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos o de comunicación propiedad de la empresa (aplicación por los Tribunales de la STC 281/2005)", *Aranzadi Social*, núm. 11, 2008.

SEMPERE NAVARRO, Antonio-Vicente i SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina: "El uso del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre", *Aranzadi Social*, número 17; 2005.

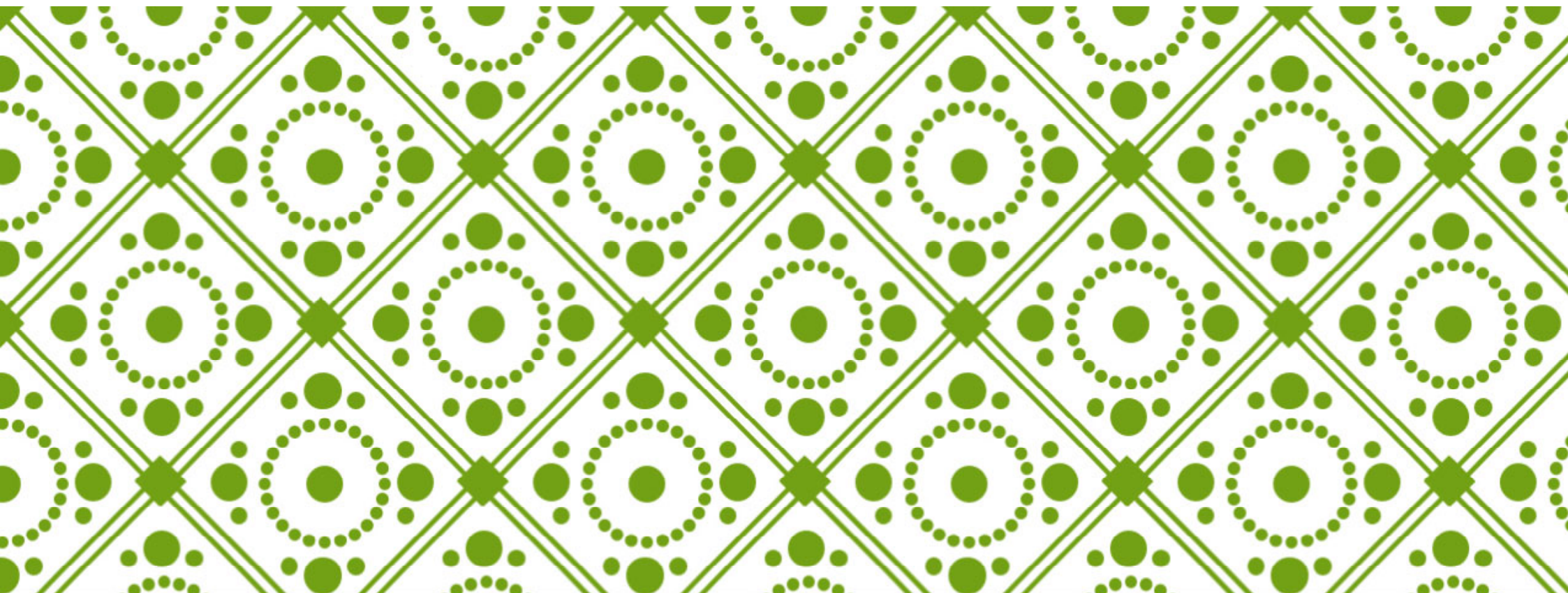
²⁴ ALFONSO MELLADO, Carlos L.: *Los derechos colectivos de los empleadas públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008, pàgs. 50-60.

SOLÀ i MONELLS, Xavier: *El derecho de la representación unitaria y sindical a utilizar los instrumentos empresariales de comunicación digital*, Bomarzo, Albacete, 2021.

TAPIA HERMIDA, Antonio: "Uso del correo electrónico para transmitir información de naturaleza laboral y sindical a los trabajadores por las organizaciones sindicales, en los centros de trabajo y durante la jornada laboral", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 276, 2006, pàg. 170.

VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: "La incidencia de las nuevas tecnologías en la transmisión sindical de información en la empresa", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.

VALVERDE ASECIO, Antonio José: "Representación y participación institucional (arts. 39 a 44)", dins l'obra col·lectiva *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008.



TELETRABAJO Y ACCIDENTE DE TRABAJO... Y OTROS INTERROGANTES EN MATERIA DE PRESTACIONES DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

Carolina Gala Durán
Universitat Autònoma de
Barcelona
carolina.gala@uab.cat

NORMATIVA APLICABLE...

En la relación entre AT y teletrabajo.... ¿qué papel asume la normativa?

A. Reciente normativa sobre teletrabajo:

- Sector privado y sector público empresarial al que se aplica la normativa del sector privado → ¿RDL 28/2020?

- Nada de Seguridad Social.... Y nada sobre AT.

- ** Posterior Ley 10/2021 → tampoco nada...

- ** ¿por qué? ¿no se podía?... Otros temas sí (prevención de riesgos laborales, por ejemplo). No hay razón objetiva para ello. Se podía regular, y hubiera sido lo mejor.

- ↗ Administraciones Públicas: RDL 29/2020 → nuevo artículo 47 bis TREBEP:

- ** Nada...

B. Normativa sobre Seguridad Social:

** Art. 156 LGSS → concepto de accidente de trabajo → aplicable a todo el personal del sector público.

** No se ha incluido nada... no es una norma nueva → su origen último es la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

** Podría haberse regulado.

** Como en otras materias relacionadas con el AT, la cuestión quedará en manos de la jurisprudencia... De momento, solo una sentencia de un JS de Girona...

Y, C. ¿Otras posibilidades?

↪ Es un tema que no se puede regular a través de la negociación colectiva.

↪ Y no son válidas las referencias en acuerdos sobre teletrabajo donde se pretende atribuir el carácter de contingencia profesional a los daños personales que puedan producirse en el marco del teletrabajo.

↪ EN DEFINITIVA, al no haberse regulado nada específicamente, **la normativa aplicable en esta cuestión es la general → art. 156 LGSS y la jurisprudencia que lo ha ido interpretando...** Muy numerosa.

ART. 156.1 LGSS → CONCEPTO DE AT

1. El art. 156 LGSS tiene una estructura compleja:

- A) Concepto de AT → art. 156.1
- B) Supuestos que “tendrán” la consideración de AT → art. 156.2.
- C) Una presunción iuris tantum → art. 156.3.
- D) Supuestos que no tienen la consideración de AT → art. 156.4.
- Y, e) Situaciones que no impiden la calificación de un accidente como de trabajo → art. 156.5.

2. Concepto de AT → art. 156.1:

“Toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”

A. Resulta aplicable en el marco del teletrabajo, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, pero con particularidades como veremos.

B. Aunque se habla de “lesión corporal”, también incluye los daños de carácter psicológico y las enfermedades (infartos, aneurismas, etc.).

C. “Con ocasión o por consecuencia del trabajo” → se requiere una relación de causalidad (directa o indirecta, con menor o mayor intensidad) para que se pueda hablar de AT. Conexión con el trabajo que se realiza.

Y, D. “Trabajo por cuenta ajena”: interpretación amplia, que incluye a los funcionarios públicos. Y no se excluye ningún tipo de trabajo por cuenta ajena (por tanto, también teletrabajo).

Existe un concepto propio de AT para los trade y los TA ordinarios, que también pueden ser teletrabajadores (art. 26 LETA).

3. Supuestos que expresamente tienen la consideración de AT → art. 156.2:

A) Los que sufre el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.

- Se incluye todo tipo de representación del personal (unitaria, sindical). Y obviamente estos cargos pueden ser ejercidos por un teletrabajador.

- Se incluye el “in itinere”, pero solo los días de trabajo presencial o bien cuando, siendo día de teletrabajo, se ejercite una actividad de representación (por ejemplo, desplazamiento a un curso de formación o a una reunión en el sindicato). En este último supuesto se complica la prueba.

B) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo

Resulta aplicable también en el marco del teletrabajo, pero presentará más dificultades en tiempo de teletrabajo.

C) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa

Resulta aplicable también en el marco del teletrabajo, pero presentará más dificultades en tiempo de teletrabajo.

D) Las enfermedades, que no sean enfermedades profesionales, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo

Este supuesto se ha aplicado, en los últimos años, en los casos de acoso moral o psicológico → aplicable también, y hay que estar particularmente atentos a los supuestos de ciberacoso. También en casos de “burn out”.

E) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente

Resulta aplicable también en el marco del teletrabajo, pero presentará más dificultades en tiempo de teletrabajo → sobre todo el tema de la prueba.

F) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación

Resulta aplicable también en el marco del teletrabajo, pero presentará más dificultades en tiempo de teletrabajo → sobre todo el tema de la prueba.

Y, G) los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo → accidente de trabajo in itinere

¿Es posible en el marco del teletrabajo?

1. Los días de trabajo presencial → se aplica el régimen general, sin diferencias.

2. Los días de teletrabajo → ¿¿??

**** En caso de desplazamiento a la entidad por motivos laborales (reuniones, entrega de documentos, etc.) → sí, régimen general.**

**** ¿Sin salir de casa?** Ejemplo: caída por las escaleras desde la cocina al lugar de trabajo definido en el propio acuerdo de teletrabajo...

Recordemos los requisitos para que sea un AT in itinere elaborados por la jurisprudencia:

A) Criterios generales:

- Concepto legal claramente insuficiente, impreciso, completado jurisprudencialmente.
- Se trata de un accidente de trabajo “impropio” al derivar de circunstancias concurrentes en la actividad laboral, como son las correspondientes al desplazamiento que debe realizar el trabajador para realizar la prestación de servicios → No trae causa directa de la ejecución del contenido de la relación de trabajo.
- La idea básica consiste en que el accidente no se hubiera producido de no haber ido a trabajar, ya que el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo (SSTS 20-2-06 y 29-3-07).

- El concepto jurisprudencial de AT “in itinere” se construye a partir del trabajador y de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto (SSTS 12-12-09 y 29-3-09).

- La noción de AT in itinere solo abarca los accidentes en sentido estricto, es decir, las lesiones súbitas y violentas producidas por un agente externo (STSJ Galicia 19-2-13) → se excluyen las enfermedades (por ejemplo, infartos, edemas, etc.).

¿Se admitiría prueba en contrario a cargo del trabajador o sus familiares? Casos de estrés, mobbing....

STSJ Galicia 5-7-13: “las enfermedades o dolencias... acaecidas in itinere no deben considerarse como accidente de trabajo, salvo que se acredite la concurrencia del preceptivo nexo causal, pues la presunción de laboralidad no les alcanza”. También SSTS 18-11-2011 (ROJ 220/2011) y 24-6-2010 (ROJ 3802/2010).

- El trabajador o sus familiares son quienes tienen que probar que concurren los requisitos para ser calificado el hecho como un AT in itinere (no juega ninguna presunción).

- Los “agentes lesivos” pueden ser muy variados: conducta culposa del trabajador, actos de terceros (disparos, atracos...), agentes fortuitos (principalmente atropellos, colisiones...), actos terroristas...

* Se excluyen los casos de agresiones que se producen por razones ajenas al trabajo.

* Se excluye la imprudencia temeraria.

B) Elementos que deben cumplirse (acumulativos):

- a) Que la finalidad principal y directa del viaje esté determinada por el trabajo → **elemento teleológico**.
- b) Que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa → **elemento geográfico**.
- c) Que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (**elemento cronológico**), o lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta al trabajo.
- Y, d) que el trayecto se realice con medio normal de transporte (**elemento de idoneidad del medio**).

Como decíamos antes, hay que diferenciar tres situaciones:

- 1. Días de trabajo presencial → se aplica doctrina general. Por tanto, es posible el accidente de trabajo “in itinere”.**

2. Día de teletrabajo, pero con desplazamiento al centro de trabajo por motivos laborales (reunión, curso de formación, entrega de documentación...) → es posible el accidente de trabajo “in itinere”.

Y. 3. Día de teletrabajo, sin salir del propio domicilio → ¿se dan los elementos anteriores?

A. Elemento teleológico → sí, el desplazamiento lo hacemos para trabajar, si no igual nos quedábamos todo el día en otro lugar...

B. Elemento de la idoneidad del medio → sí, parece lógico que nos desplazaríamos de forma idónea... no utilizaríamos un medio de transporte que nos pusiera en peligro...

C. Elemento geográfico → el accidente se produce en el trayecto habitual entre el “domicilio” y el lugar de trabajo → No se da, ya que no salimos de nuestro propio domicilio → se aplica la jurisprudencia existente, según la cual, el trayecto empieza a contar desde el momento en que salimos de nuestro domicilio (ya sea un bloque de pisos o una vivienda unifamiliar).

Y. Elemento cronológico → tampoco se daría por el mismo motivo anterior.

NO CABE UN ACCIDENTE IN ITINERE TRABAJANDO EN CASA...

Pero habría algunas excepciones: accidente entre el domicilio y el lugar de coworking (cuando esté autorizado), o para la realización de un reconocimiento médico laboral establecido por la empresa...

Y según algún autor...

- Hemos pactado teletrabajar en el domicilio y en una segunda residencia y se tiene un accidente yendo a trabajar desde un domicilio a otro...
- Se sale a la calle para comprar material necesario para el realizar el trabajo...

Habría que discutirlo en los tribunales...

4. La presunción iuris tantum → art. 156.3 LGSS: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo”

A. Aspectos generales:

- Se incluyen tanto los accidentes como las enfermedades (infartos, aneurismas...).
- Numerosa jurisprudencia.
- Elementos clave: “tiempo de trabajo” y “lugar de trabajo”.
- Prueba en contrario: la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social o la organización.

B. Dos situaciones:

- Días de trabajo presencial: doctrina general.
- Días de teletrabajo:

a. ¿Tiempo de trabajo? Si un trabajador sufre un accidente en la empresa sería la empresa o la Mutua la que demostrase que no es un AT, ¿en cambio en el caso del teletrabajo tendrá que ser el teletrabajador o su familia?...

- Si estás en el centro de trabajo es más fácil determinarlo (estás en el trabajo, con tus compañeros...), pero, ¿si estás en casa? Obviamente, no va a bastar con la palabra del teletrabajador.

Un elemento clave será el programa o instrumento de control horario, a los efectos de poder constatar que la lesión —del tipo que sea— se produce en tiempo de trabajo (si el horario es de 8 a 15 horas y a las 9,30 sufres un infarto y te llevan al hospital... se aplicaría la presunción tiempo de trabajo). Registro horario (el programa informático va a ser esencial...)... En el caso de una caída dentro del horario de trabajo va a ser muy complicado probar que no se estaba trabajando.... Y el registro no lo soluciona todo, ya que si no se requiere AS inmediata será fácil decir que se ha producido el daño en ese momento y no ser cierto...

Si se ha pactado flexibilidad horaria (y/o de lugar) absoluta, lógicamente se complica la aplicación de la presunción... el caso del teletrabajador móvil (al margen del registro de los periodos de conexión se le indique la necesidad de emitir partes semanales donde indique el lugar previsto de desarrollo de la prestación laboral -eso permitiría aplicar la presunción respecto del lugar previsto)...

¿Qué ocurre con los descansos fijados legalmente? ¿descanso para el bocadillo? Se aplica la doctrina general → salgo del domicilio para tomar un café... podría ser AT? Abro la puerta y me atracan, AT??... El tema acabará en los tribunales...

Cabe recordar que las salidas para cuestiones personales (visita médica, por ejemplo) no se consideran AT. Problema: se alarga la jornada laboral al no respetarse el derecho a la desconexión digital y ser “más fácil” trabajar en casa... probar que se ha producido en “tiempo de trabajo” va a ser más complicado y deberá ser el trabajador quien lo haga..

O, en caso de un ictus, se empieza a manifestar en tiempo de trabajo pero el ingreso es posterior... aplicación de jurisprudencia general sobre AT?

B. ¿Lugar de trabajo?:

- Este lugar se debe haber acondicionado y adaptado a los requerimientos de la normativa sobre PRL. Si se ha fijado el domicilio habitual expresamente (totalmente recomendable concretar el lugar con detalle), cualquier otro lugar no es “lugar de trabajo” (2ª residencia, un hotel, el domicilio de un familiar, una cafetería, una biblioteca... etc.). Lugar de trabajo es solo el fijado expresamente en el acuerdo de teletrabajo.
- Se incluirían los espacios comunes equivalentes al trabajo presencial (lavabos durante el horario laboral... y la cocina? Para hacer un café? -equivalente a la máquina de café de la entidad??).

* Obviamente, si en lugar de teletrabajar en el domicilio lo hacemos en una cafetería, el ir y volver no puede constituir un accidente de trabajo in itinere...

- Dará lugar a problemas interpretativos, pero si estás en tu domicilio las posibilidades de control externo son muy limitadas (por ejemplo, en lugar de trabajar en el lugar adaptado, lo hago en otro lugar del domicilio con un portátil y ahí se produce el accidente...). La MCSS no puede inspeccionar el lugar... inviolabilidad del domicilio. Tampoco la EL.

EN TODO CASO, NO VA A SER FÁCIL EL RECONOCIMIENTO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO Y EL TEMA LO TENDRÁN QUE RESOLVER LOS TRIBUNALES.

SORPRENDE QUE SOLO HAY UNA ST SOBRE ESTE TEMA DE MOMENTO: **SJS GIRONA....**

Si se han entregado instrumentos de trabajo, se podría considerar que no es AT si se produce con herramientas no facilitadas por la empresa.

- **Adquiere mucha relevancia el tipo de accidente que se sufre** → Ejemplos posibles:
- Se sufre un corte mientras se prepara la comida en tiempo de trabajo → obviamente no sería AT sino ANL (la actividad no tiene conexión con el trabajo y además se están realizando actividades ajenas al trabajo, lo que podría implicar una posible sanción disciplinaria para el trabajador). El tipo de lesión va a ser importante... si son ajenas al trabajo o bien una manifestación de una patología común que ya se padecía.
- Se sufre una lesión provocada por un cortocircuito en el ordenador → se presume AT y posible responsabilidad empresarial por cuanto dicho ordenador no estaba en condiciones adecuadas. O por una sobrecarga eléctrica en el equipo de trabajo... si es en otro equipo no sería AT.

Se sufre un infarto en lugar y tiempo de trabajo → se presume AT.

Se sufre una caída en el lugar y tiempo de trabajo (se cae la silla que utiliza...) → presunción de AT. Si es en otro sitio, no lo sería... pero la empresa o la mutua difícilmente podrán refutarlo salvo que lo reconozca el teletrabajador.

Pero el único que sabe realmente lo que ha pasado es el teletrabajador....

Y, como decíamos, cabe prueba en contrario... * Fuerza mayor, dolo o culpa grave del teletrabajador...

* Resultará muy difícil... Es posible que una lesión de carácter común pase por profesional, ya que será muy difícil romper la presunción

* Y no podemos olvidar que, si el teletrabajador no consiente, no podremos acceder a su domicilio para hacer comprobaciones de cómo se ha producido el accidente...

SJS Girona 2020...

5. Supuestos que no son AT → 156.4 LGSS: Se aplicaría la doctrina general

A. Los que son debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

Y, B. Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado:

- En caso de suicidio, la jurisprudencia admite que los familiares puedan probar la conexión con el trabajo (exceso de trabajo, acoso laboral...).

- Imprudencia temeraria: se pone en peligro el propio teletrabajador (descarga eléctrica por actuación temeraria??).

Y. 6. No impiden la calificación como AT:

A. La imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que este inspira (más difícil por el tipo de instrumentos que se utilizan en el teletrabajo...).

Y, B. La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercer, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo: más difícil de aplicar, ya que trabajamos en nuestro domicilio, pero posible (posible agresión de un compañero o de un usuario en el domicilio... por motivos laborales...).

¿RESULTA APLICABLE EL RECARGO DE PRESTACIONES EN EL MARCO DEL TELETRABAJO?

Art. 164 LGSS:

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en AT o EP se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo recae directamente sobre el empresario infractor y no puede ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla.

Y, 3. Esta responsabilidad es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

1. Es aplicable, no se excluye ninguna modalidad de trabajo.

2. Obviamente, va a influir la forma como se articula el cumplimiento de la obligación de prevención de riesgos laborales en el marco del teletrabajo → a modo de ejemplo, arts. 15 y 16 Ley 10/2021:

A. Derecho a la protección adecuada en materia de SST de conformidad con la LPRL y su normativa de desarrollo. **IMPORTANTE:** Debe actualizarse...

B. La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva deben tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. En particular, debe tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

C. La evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitado para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del teletrabajo.

D. La empresa debe obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesto el teletrabajador mediante una metodología que ofrezca confianza respecto a sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso.

E. Cuando la obtención de dicha información exija la visita por parte del servicio de prevención, debe emitirse informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará al teletrabajador y delegados de prevención. La visita requiere el permiso del teletrabajador. Si no se concede el permiso, el desarrollo de la actividad preventiva puede efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada del teletrabajador según las instrucciones del servicio de prevención → Obligatorio:

- Formación adecuada sobre lo que implica el teletrabajo como forma de prestación de servicios y sobre sus riesgos laborales (ergonómicos, organizativos y psicosociales).
- Que el teletrabajador responda el correspondiente cuestionario y se evalúen sus respuestas → declaración responsable/periódica.
- Identificación de las medidas preventivas a adoptar y compromiso del teletrabajador respecto al cumplimiento de las mismas → art. 29 LPRL → corresponde al trabajador velar por su SST de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.

PROBLEMAS:

- Está en su domicilio, que está protegido por el principio de inviolabilidad y el derecho a la intimidad → falta de control empresarial. Y también falta de control por los RP y por la propia ITSS (en este último caso se requiere consentimiento u orden judicial).

- Si se pone que el teletrabajador se compromete a cumplir las medidas de seguridad y no lo hace, ¿quedamos exonerados de responsabilidad?
- - La importancia del “auto cuestionario” y su evaluación posterior... ¿es suficiente una vez? No, debe tener carácter periódico...
- - No hay tranquilidad al 100% → posible tema de futuro debate judicial... el trabajador puede decir que no se le formó adecuadamente, que no entendió los requerimientos, que no funcionaron, etc.
- No podemos olvidar que el art. 14 LPRL considera que la empresa o Administración es responsable, sin matices, de la protección en materia de SST.

¿Enfermedades profesionales? Art. 157 LGSS

- Se aplica el RD 1299/2006, de 10 de noviembre → por ejemplo, síndrome de túnel metacarpiano, problemas derivados de la utilización continuada de pantallas de ordenador.
- Pero, además, no podemos olvidar, aunque no estén tipificados como EP, en el teletrabajo se dan elementos como el aislamiento, el tecnoestrés, la fatiga informática y la tecnoadicción → incluir dentro del concepto AT y adopción de medidas preventivas eficaces. Y también se dan problemas como la disponibilidad permanente, la confusión de rol, la desvinculación de la organización... Aunque en el caso de los riesgos vinculados con el uso intensivo de las NT (musculo-esqueléticos, de visión, adicción a las TIC...) puede ser más difícil atribuirles un origen laboral teniendo en cuenta que las NT han invadido todos los aspectos de nuestra vida, no solo la faceta laboral...
- Y tampoco se puede olvidar el ciberacoso → aplicación de la doctrina judicial → AT si se considera que la causa exclusiva de la patología ha sido el trabajo...

PARTICULARIDADES PRESTACIONES...

EN

OTRAS

1. En general... en el sector privado, es más fácil el “trabajo en negro”, ya que se trabaja en el propio domicilio.... Y también facilita el fraude: cobro de la prestación por desempleo y teletrabajo...

Prestación por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural → al tratarse de teletrabajo a tiempo parcial, si se declara esa situación en el trabajo presencial también afectará al teletrabajo.

2. Prestación por nacimiento o cuidado de menores → se tiene derecho obviamente, pero existe un mayor riesgo a la hora de pensar que, dado que parte del tiempo es de teletrabajo, alguna actividad “telemática” sería posible → no es lo mismo pedir que vayas presencialmente al centro de trabajo que realizar alguna actividad de forma telemática durante el tiempo de descanso...

4^a sessió 21/12/21

Els algoritmes i la gestió del treball en les organitzacions estructurades pels principis d'igualtat i mèrit.

Pilar Rivas Vallejo, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Barcelona.

La proposta de codi ètic del servei públic de Catalunya i la seva projecció sobre les entitats locals.

Agustí Cerrillo Martínez, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

Els algoritmes i la gestió del treball en les organitzacions estructurades pels principis d'igualtat i mèrit

GESTIÓ ALGORÍTMICA DEL TREBALL A L'ÀMBIT PÚBLIC

Barcelona, 21 desembre 2021

Pilar Rivas Vallejo

Catedràtica de dret del treball i de la seguretat social
Universitat de Barcelona

Resum

L'eficiència de la gestió pública ha estat alimentada per la transformació digital de les administracions públiques. La digitalització pot significar l'aplicació de tècniques d'intel·ligència artificial en la gestió de les relacions de treball amb els empleats públics, i la seva exposició potencial als riscos de l'aprenentatge automàtic en l'accés a l'ocupació i en l'organització del treball (errors i biaixos). Partint de l'examen del context (*dataisme, algoritmocràcia*), s'analitzen les aplicacions que l'aprenentatge automàtic ofereix a la gestió dels recursos humans i l'organització i la disciplina del treball, a la llum de la regulació vigent de les relacions de treball a l'Administració pública, per determinar la viabilitat d'aquests usos, i, en particular, la compatibilitat amb els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat, i amb la normativa sobre processament de dades i perfilació (RGPD i LOPD), contextualitzant així mateix la resposta jurisprudencial ús de diferent tecnologia de control del treball en el marc de les utilitats que proporciona la intel·ligència artificial.

Abstract

The efficiency of public management has been fueled by the digital transformation of public administrations. Digitization can provide the application of artificial intelligence techniques to the management of labour relationships with public employees, and their potential exposure to the risks of machine learning both in access to employment and in the organization of work (errors and biases). Starting from the examination of the context (dataism, algorithmocracy), the analysis continues with the applications based in machine learning in the field of management of human resources and the organization and discipline of work, in the light of the current regulation of labour relations in the public administration, in order to determine the viability of such uses, and, in particular, their compatibility with the principles of equality, merit, capacity and publicity, and with the regulation on data processing and profiling (GPDR and "LOPD"), also contextualizing the jurisprudential response to the use of different work control technology within the framework of the utilities provided by artificial intelligence.

Paraules clau: algoritmes, intel·ligència artificial, discriminació, empleats públics, macrodades, biaixos

Key words: algorithms, Artificial Intelligence, bias, big data, discrimination, public employees

Sumari: 1. Transformació digital de l'administració pública. 2. Algoritmocràcia i datificació. 2.1. Intel·ligència artificial i algoritmocràcia. 2.2. Aprenentatge automàtic. 2.3. Dades, processament i riscos jurídics. 3. Biaixos cognitius, biaixos algorísmics i errors de l'aprenentatge automàtic. 3.1. Biaixos cognitius i automatització de

decisions. 3.2. Errors en les dades d'entrenament i inferències no desitjades. 3.3. Són evitables aquests riscos?. 4. Ús de sistemes d'intel·ligència artificial a l'administració pública. 4.1. Tècniques de gestió analítica de persones. 4.2. Gestió automatitzada de les relacions de treball i millora de l'eficàcia. 5. Accés a l'ocupació pública i tècniques d'IA. 5.1. Processos d'accés digitalitzats. 5.2. Automatització i principi d'igualtat, mèrit i capacitat. 5.3. Admissió de l'automatització en l'accés a l'ocupació pública? 6. Avaluació de l'exercici. 7. Biaixos sota el dret antidiscriminatori. Referències.

1. Transformació digital de l'administració pública

La transformació digital -observada també sota prismes aliens a la tècnica com un fenomen incòmode i imposat, *dataïsme*- ha penetrat fins i tot en l'adopció de decisions públiques, des de les més simples (com la concessió d'un benefici o prestació pública) fins a altres de més complexes (cfr. l'assistència de decisions de policia i judicials), atesa la metamorfosi de les administracions públiques en proveïdors de serveis orientats als consumidors i, per tant, basats en mètodes subtils, afectius i tecnològics de governança (Penz et al., 2017). Aquests mètodes s'estan imposant, també, a la gestió de les relacions de servei amb els empleats públics, que el pla de digitalització "España Digital 2025" inclou dins el seu desplegament digital. Considerant que les administracions públiques compten amb personal laboral (i l'existència de les empreses públiques), les tècniques empresarials basades en intel·ligència artificial estan sent aplicades a les diverses fases de l'existència de la relació laboral o de serveis, incloent l'accés i la contractació, si bé els principis d'accés a la funció pública limiten extraordinàriament les possibilitats més obertes dins l'àmbit privat, com s'analitzarà seguidament.

El benefici en termes de costos de gestió (Kitchin, 2017: 2) d'aquesta faceta de la digitalització d'estructures i processos, juntament amb una pretesa objectivació de les decisions, marquen una tendència cap al gerencialisme eficient i empàtic al servei dels ciutadans. Al cap i a la fi, l'ús de la intel·ligència artificial ofereix una pretesa objectivitat compatible amb la forma exigible a les administracions en la seva actuació, al mateix temps que es presenta com un sistema (o sistemes) capaç de gestionar eficientment l'alt volum de les plantilles de les administracions i d'optimitzar els resultats esperats d'aquesta, ajustant tant el seu rendiment com el seu control mitjançant diferents tècniques que operen dins l'àmbit digital com fora d'aquest però amb l'ajut de models guiats per intel·ligència artificial (IA).

Aquestes utilitats, adreçades a la millora, eficàcia (millora del temps de resposta i de l'eficàcia dels processos) i transparència del seu funcionament, també poden incloure aplicacions de gestió en l'àmbit públic la finalitat del qual sigui organitzar eficientment tots els processos administratius relacionats amb l'execució de serveis per a la ciutadania que impliquen alhora el personal al seu servei, involucrant-lo així mateix en els processos de selecció de personal i la gestió posterior de la seva relació de treball, com es veurà més endavant, així com en el redimensionament d'aquestes plantilles producte de l'increment de l'eficàcia al·ludit.

Al camp de l'ordenació de les relacions de treball, el procés de digitalització de la societat tendeix a amplificar aquest ús, que és més intensiu a l'administració pública, com a resultat del Pla de Digitalització de les Administracions Públiques 2021-2025, anunciat el gener de 2021 dins de l'Estratègia "España Digital 2025". La mesura 8 de l'eix 1 n'és una bona mostra ("lloc de treball intel·ligent"), així com les número 12 de l'eix 2 ("transformació

digital en matèria d'ocupació"), i 16 de l'eix 3 ("transformació digital i modernització del ministeri de política territorial i funció pública"). La primera al·ludeix literalment a un lloc de treball de nova generació, abordant tant els components tecnològics com els vinculats a les capacitats digitals dels empleats públics, que inclou la dotació d'eines d'alta productivitat als empleats públics que els permetin fer la seva feina de manera col·laborativa i que integri les capacitats d'automatització i intel·ligència artificial de l'Administració". La segona mesura inclou "perfilat de l'orientació per a l'ocupació", sistema, per cert, assajat al Servei d'Ocupació Austríaca (AMS) amb anterioritat a la implantació de l'algoritme Send@ al Servei Públic d'Ocupació Estatal espanyol, SEPE (actualment en fase de desplegament), i que situa tots els demandants de feina en un rànquing del que resulta una molt baixa ocupabilitat de les dones, com a conseqüència del seu disseny sense perspectiva de gènere (Fröhlich, Spiecker i Döhmman, 2018). Així mateix, s'al·ludeix a "l'automatització intel·ligent de processos", la qual cosa porta a considerar la possibilitat que es produeixin, com en la gestió del bo social elèctric (algoritme BOSCO, 2020), alteracions sobtades de l'espectre de beneficiaris de les prestacions de difícil explicació més enllà de la millora del control del frau. Això demostra la necessitat d'abordar aquesta transformació amb les màximes cauteles des de la perspectiva dels drets fonamentals i sota el prisma jurídic (i no residenciar-la en exclusiva en la ciència de dades). Encara que es tracta d'un camp encara escassament judicialitzat més enllà de casos relacionats amb la seguretat pública, s'avista un futur immediat mentre aquestes millores de gestió aprofundeixen en la discriminació, l'arbitrarietat o l'opacitat pròpia de les decisions automatitzades.

Un bon exemple del primer és l'aplicació del sistema de perfilació a les candidatures a l'intercanvi d'ofertes i demandes d'ocupació (com és el cas dels serveis públics d'ocupació), pràctica implantada en altres sistemes d'ocupació, com ara l'austríac (Allhutter et al., 2020). Quant al segon focus d'interès, cal qüestionar l'aplicabilitat d'aquests mecanismes basats en IA a l'accés a la funció pública (semblen afavorir-se els paràmetres d'objectivitat i d'imparcialitat previstos a l'art. 20.2 EBEB a través de sistemes basats en IA, de els que es predica tant l'objectivitat com la precisió que caracteritzen, a *priori*, les decisions automatitzades), així com per a l'organització del treball i l'avaluació de l'exercici, entre altres finalitats (ja tractades a Rivas Vallejo, 2020).

Seguidament s'examinaran aquests aspectes amb la brevetat que exigeix aquest format, i que condueix a excloure un aprofundiment més gran en alguns aspectes d'interès des de la perspectiva de la digitalització del treball), no així alguns aspectes tècnics necessaris per construir les reflexions jurídiques, que deuen clarificar-se succintament, doncs convé clarificar alguns conceptes per explorar a continuació l'ús de la IA a la gestió de l'accés i dinàmica del treball.

2. Algoritmes i dades

2.1. Intel·ligència artificial: què són i com actuen els algoritmes

L'actual és una època de "algoritmocràcia" (govern dels algoritmes, que guien o assisteixen l'adopció de decisions i el processament de dades massives mitjançant una combinació d'algoritmes que indexen macrodades, conjunts de dades correlacionades i estructurades en una arquitectura pròpia -Bucher, 2018-). El procés de transformació digital (consistent a convertir actius en dades emmagatzemables per al seu

processament i ús, mitjançant diferents tecnologies -Pujol, 2021: 2-) condiciona ja la manera com es comporten les societats industrialitzades d'una manera imperceptible ("el poder de els algoritmes", Beer, 2016), convertides en "estats algorítmics de dret" (Barrio, 2020). De la mateixa manera, ofereix una utilitat inqüestionable per a les administracions públiques, on "la digitalització intel·ligent de tasques afavoreix la simplificació administrativa i el mesurament de l'exercici" (Estévez, Fillottrani i Linares, 2020: 15), a remolc de la innovació privada (Ortega, 2019).

Però, què és dadificar, com es processen les dades i què son els algoritmes?

- a) **Conversió del coneixement en dades.** El coneixement pot abstraure's i representar-se en forma de dades, datificar-se digitalment per al seu processament mitjançant intel·ligència artificial. Aquesta pot observar-se des de diferents prismes: a) aproximació a l'emulació del pensament humà, o b) sistemes suportats per *programari* que, a partir de la interpretació i aprenentatge de macrodades, simplifiquen o automatitzen determinats processos (intel·ligència artificial "estreta", Pujol, 2021: 6).

Quant a la primera, la investigació en computació fins ara no ens pot oferir "productes" més propis de distòpies cinematogràfiques que d'avenços científics. La segona modalitat, alhora distingible en dos models (els anomenats top-down, inspirats en la psicologia conductiva i basats en la inductiva mitjançant l'aprenentatge amb una mostra d'exemples i construcció de models, i els down-top, basats en la neurociència -computacionisme funcional, en què es troba l'aprenentatge profund, que aprèn de les seves prèvies inferències sobre dades i es basa en el coneixement extret de l'experiència-), de vegades híbrids (Pujol, 2021: 7), és la que serveix per detectar patrons de comportament (sense necessitat d'instruccions, Pujol, 2021: 8) dels quals cal inferir conclusions en grans conjunts de dades, i, alhora, efectuar prediccions d'alta precisió aplicables a diferents usos pràctics i, en definitiva, l'*aprenentatge automàtic*. Aquesta tipologia s'alimenta de dades massives i es pot trobar en forma d'aplicacions de *programari* que permet assistir decisions (automatitzades) amb baix cost i alt rendiment, que redunden a millora de l'eficàcia, però aquest software planteja diversos dubtes des de l'òptica jurídica.

- b) **Algoritmes.** Les dades són processades per *algoritmes*. Un algoritme es defineix com a "seqüència finita de regles formals (operacions i instruccions lògiques) que fan possible obtenir un resultat a partir de l'entrada d'informació", seqüència que pot ser part d'un procés automatitzat d'execució i es basa en models dissenyats a través d'aprenentatge automàtic (*Carta ètica europea sobre l'ús de la intel·ligència artificial en els sistemes judicials i el seu entorn*, de 4 de desembre de 2018). En matemàtiques, els algoritmes són un "conjunt de regles que, aplicades sistemàticament a les dades d'entrada adequades, resolen un problema en un nombre finit de passos elementals".
- c) **Finalitats del processament de dades.** D'altra banda, les dades poden ser processades amb finalitats diferents, com és el cas de la captació de dades biomètriques amb finalitat identificativa, tema subjecte a debat públic pel que fa als límits de les facultats intrusives de les administracions públiques (Cotino, 2019: 2).

L'ajuda dels algoritmes per a la identificació de patrons i per a la predicció de comportaments i de decisions és aplicable a la gestió pública i a l'adopció de decisions privades, singularment a l'àmbit de empresa i dels negocis.

A l'esfera pública ja s'utilitzen per a una variada gamma de gestions administratives i per a l'orientació de polítiques públiques. Així, en l'àmbit policial i de la criminalística, per a la predicció de probabilitat de delinquir (Hajian, Ferrer, Martínez-Ballesté, 2011) -COMPAS¹- o probabilitat de reincidència delinqüencial -programa PREDPOL o el de la Policia de Castelló, coordinat amb la Càtedra Eurocop de prevenció del delictes, de la Universitat Jaume I²-, o en la detecció de denúncies falses per part de la Policia³, així com en l'admissió a fronteres. Però també les prestacions socials i els ajuts públics milloren la seva gestió sobre la base d'aquests models. A tall d'exemple, l'algoritme BOSCO decideix des del Ministeri d'Indústria, Comerç i Turisme sobre el compliment o no dels requisits d'accés al bo social elèctric sobre la base d'un algoritme bàsic⁴, doncs gestiona les decisions basades en la discriminació entre diferents categories d'individus als efectes de determinar el compliment dels requisits legals per obtenir-los.

- d) **Intel·ligència artificial.** És un conjunt de mètodes, teories i tècniques la finalitat dels quals és reproduir, mitjançant una màquina, les habilitats cognitives dels éssers humans (*Carta Ètica Europea sobre l'ús de la Intel·ligència Artificial als sistemes judicials i al seu entorn*, de 4 de desembre de 2018). Per al Consell Econòmic i Social Europeu és "la disciplina tendent a utilitzar les tecnologies digitals per crear sistemes capaços de reproduir de manera autònoma les funcions cognitives humanes, inclosa la captació de dades i formes de comprensió i adaptació (solució de problemes, raonament i aprenentatge automàtics)" (Dictamen *Intel·ligència artificial: anticipar el seu impacte a la feina per garantir una transició justa*, punt 2.2). En el context jurídic, "sota la noció intel·ligència artificial (IA) fem referència als sistemes que manifesten un comportament intel·ligent, ja que són capaços d'analitzar el seu entorn i passar a l'acció, amb un cert grau d'autonomia, amb per assolir objectius específics. Aquests sistemes poden consistir en un simple programa informàtic (per exemple, motors de cerca o sistemes de reconeixement facial o de veu), però també poden estar incorporats a dispositius de maquinari (com robots o automòbils autònoms)" (Cotino et al., 2019⁵).

¹ *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, de l'empresa Northpointe. L'algoritme treballa amb les respostes que els subjectes donen a un qüestionari de 137 ítems, del qual deriva la probabilitat de reincidència d'algué que ja ha comès un delictes. Es pot consultar a http://www.northpointeinc.com/files/downloads/FAQ_Document.pdf. L'algoritme pot ser molt esbiaixat, basat en prejudicis socials i en fonaments fins i tot racistes i discriminatoris. Així ho ha posat de manifest ProPublica a l'informe "Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks", de Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu i Lauren Kirchner, publicat el 23/7/2016 a <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

² A <http://www.catedraeurocop.uji.es/proyectos/>.

³ Cfr. VeriPol, un programari de la Policia Nacional que processa el text de les denúncies rebudes per determinar si es tracta de denúncies falses (Ministeri de l'Interior: "La Policia Nacional posa en funcionament l'aplicació informàtica VeriPol per detectar denúncies falses", Sala de premsa, 27/10/2018, consultable a http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/9496864.

⁴ Veure <https://sedeaplicaciones.minetur.gob.es/Bosco/>. Notícia "L'algoritme secret del Govern que decideix si t'emportes una subvenció per a la factura de la llum", *El Mundo*, publicat el 3/7/2019, <https://www.elmundo.es/tecnologia/2019/07/03/5d1b89bfc6c83a2358b46ca.html>.

⁵ Els autors fan servir la definició de la Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell Europeu, al Consell, al Comitè econòmic i social europeu i al Comitè de les regions, Intel·ligència artificial per a Europa (SWD(2018) 137 final): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0237>.

- e) **Macrodades** (Big Data). La manera de demanar i processar de manera massiva les dades obtingudes en entorns digitals ha adoptat unes dimensions i procediments que s'anomenen "big data" o "macrodades". Les dades en si són només informació (macro), que requereix ser sistematitzada, i, per tant, són la matèria primera amb què treballen els algoritmes. La seva explotació correspon a l'anomenat "Smart data" o analítica de dades (analítica *big data*⁶), dades que no es limiten a constituir acumulació ingent d'informació, sinó que tenen capacitat d'anàlisi, combinant quantitat amb qualitat⁷.
- f) **Mineria de dades i analítica de persones**. La mineria de dades és la base de treball de l'analítica de persones. Una anàlisi històrica de dades permet trobar patrons que poden tenir una utilitat analítica però també predictora. Aquesta tècnica és aplicable a l'anàlisi i l'avaluació de persones. Quan s'aplica a la gestió i organització del treball, es parla de "Workplace Analytics", medició objectiva de la productivitat basada en dades creada en 2017 per Microsoft.

2.2. Aprenentatge automàtic

L'aprenentatge automàtic és un camp de la intel·ligència artificial que pot incloure una diversitat de funcions (reconeixement de patrons, models estadístics, mineria de dades, descobriment de coneixement, analítica predictiva, ciència de dades, sistemes adaptatius, sistemes autoorganitzatius, etc.) (Domingos, 2015: 8).

Els algoritmes d'aprenentatge automàtic aprenen a predir conclusions sobre la base d'exemples previs de relacions entre les dades d'entrada i les conclusions de sortida, adquirint la capacitat d'inferir conclusions a partir d'un gran nombre d'exemples (BUCHER, 2018) diferents tècniques: aprenentatge *supervisat* (que utilitza un conjunt de dades etiquetades d'entrenament, que inclouen les característiques que els programadors volen que l'algoritme detecti i compari amb noves dades per obtenir patrons històrics de comportament, per tal de fer prediccions amb finalitats de recomanació o suggeriment), aprenentatge *no supervisat* (exploració i descripció de les dades no prèviament etiquetades per a la seva agrupació) o semi supervisat (si conté algunes d'aquestes dades) (Bucher, 2018) i aprenentatge *de reforç* (que obté les seves conclusions de la seva interacció amb un entorn del qual reben respostes per guiar el seu aprenentatge) (Pujol, 2021: 10-11), que pot combinar-se amb l'aprenentatge profund per fer un pas més (Lorica, 2017). En definitiva, és capaç de projectar la limitada capacitat humana per processar dades del passat sobre esdeveniments futurs sense els biaixos cognitius humans. Quan aquesta capacitat opera com a aprenentatge *profund* (un estat evolucionat de l'estructura de capes de dades que autoaprenen entre si després del seu entrenament i es retroalimenten i autoestructuren), introdueix un grau de complexitat addicional que dificulta la motivació i el coneixement de l'origen de les decisions (*opacitat*).

Aquests models d'aprenentatge automàtic pateixen tres inconvenients importants. En primer lloc, el disseny calculat: classificar, ordenar, predir i processar macrodades per un

⁶ Universitat Internacional de València: *Big data: l'explosió de dades. Viatge al coneixement*. Sense data. A <https://recursos.universidadvui.es/guia-gratuita-big-data>.

⁷ Universitat Internacional de València: "Què és el smart data i per què és important?", 24/10/2017, <https://www.universidadvui.es/smart-data-importante/>.

algoritme té un fonament "polític", ja que pot fer aparèixer la realitat d'una manera determinada (Bucher, 2018). És a dir, es pot programar un determinat objectiu, que, per la seva aplicació, transforma la realitat en la qual actua.

En segon lloc, l'arquitectura de dades sobre la qual treballen, igualment dissenyada d'acord amb uns paràmetres "intencionals" en l'aprenentatge supervisat, pot estar també condicionada pel tipus i la quantitat de dades emprades, que podrien ser incompletes, esbiaixades, en suma insuficients i no representatius (vg quan operen amb característiques personals, amb la diversitat i representació suficient de col·lectius, individus, procedències, etc.) o mal etiquetats (doncs, en definitiva, aquesta tasca es realitza manualment per humans, que també incorporen a l'etiquetatge els seus propis prejudicis)... o mal interpretats (vg *biaix de confirmació*), donant lloc a biaixos algorítmics.

El tercer problema és el de l'opacitat (segons Burrell -2016-, per tres motius: secret corporatiu o públic, desconeixement tècnic sobre el seu funcionament, i el disseny mateix del model i el desajust entre l'optimització matemàtica i la interpretació semàntica dels dades), a la qual cosa contribueix que siguin en bona part *programari* de codi tancat o "sistema de caixa negra", la complexitat del qual es basa en la interacció entre dades i codi (Burrell, 2016). L'opacitat pot venir donada pel propi sistema computacional, en el qual l'optimització del model d'aprenentatge automàtic per aconseguir que s'auto-optimitzi sol aprenent de diferents capes de dades, de forma que resulta finalment establir una correlació entre el resultat i les dades d'alimentació (aprenentatge profund o deep learning⁸). Aquest funcionament, aplicat a decisions administratives, com a qualsevol altra decisió presa per empleadors, fa que les decisions finals puguin no estar degudament motivades, perquè és el resultat d'un procés opac on no es coneixen les raons que condueixen a la recomanació que fa el sistema i en el qual es pot basar la decisió teòricament presa pels humans responsables de la decisió.

I és que dins aquests models, no és rellevant la causalitat, sinó la correlació entre dades. L'aprenentatge automàtic treballa amb correlació de dades, però no amb "causalitat" (Spiegelhalter, 2014), perquè és molt més fàcil correlacionar que detectar causes (Mayer-Schönberger i Cukier, 2013: 5). L'autonomia de l'algoritme (que permet autoaprendre i depurar-ne el funcionament) és paral·lela a la seva opacitat, ja que dificulta establir la connexió entre les dades d'alimentació i els resultats produïts, i, per tant, l'origen de la decisió o elecció que proporciona, en definitiva, *el motiu pel qual aquest creu que aquesta és la millor elecció*. Això pot generar "falsos positius" o "falsos negatius" (Flores, Bechtel i Lowenkamp, 2016), en definitiva, prediccions errònies i, per tant, discriminatòries i de difícil detecció, així que l'entrenament de l'algoritme l'acaba convertint en una "caixa negra" i impedeix conèixer el procés intermedi per arribar a conclusions a partir dels *inputs* processats, perquè *l'accés al codi font de l'algoritme no permet conèixer realment l'origen de la decisió si el biaix no està en el seu disseny sinó en la seva alimentació per dades*.

Aquests trets són els que justifiquen els principals problemes que en l'actualitat estan causant les decisions automatitzades, és a dir, les decisions amb efectes jurídics que son

⁸ L' *aprenentatge profund* (deep learning) és un sistema d'autoaprenentatge automàtic en el camp de les xarxes neuronals en intel·ligència computacional, basat en la gestió de dades, que va construint capes de dades que alimenten i milloren l'algoritme, cosa que implica que l'algoritme aprèn a partir de les diferents capes de dades que se li van introduint, millorant els patrons anteriors, i que l'aprenentatge automàtic va millorant a mesura que progressa en la gestió de les dades introduïdes, depurant-ne el funcionament (Nandi, 2019, i Bostrom, 2018).

assistides per sistemes de IA: a) opacitat o falta de transparència, per les raons exposades; b) falta d'intervenció humana o confiança excessiva en el sistema automàtic; c) falta de interlocució amb les persones afectades per les decisions (*explicabilitat* i també participació en la governança de sistemes aplicables). Per aquestes raons els textos internacionals i les primeres iniciatives legislatives encaminades a regular i limitar l'aplicació de la intel·ligència artificial fixen com a principis bàsics precisament la transparència, l'explicabilitat i la intervenció humana, així com el tractament correcte de les dades, en el sentit de que siguin suficient i representatives, evitant els biaixos que provoquen els errors en la selecció, etiquetat i suficiència de les dades. I, pels mateixos motius, es propugna la necessitat d'incorporar avaluacions d'impacte de riscos i auditories d'IA i sistemes algorítmics.

2.3. Dades, processament i riscos jurídics

El processament de dades (macrodades), entès com a "qualsevol operació o conjunt d'operacions realitzades sobre dades personals, com ara la recopilació, l'emmagatzematge, la conservació, l'alteració, la recuperació, la divulgació, la posada a disposició, l'esborrat, la destrucció o la realització d'operacions lògiques i/o aritmètiques sobre aquestes dades" (art. 2 b) del Conveni 108, del Consell d'Europa, *per a la protecció de les persones respecte al tractament automatitzat de dades de caràcter personal*, 1981), ha adquirit una dimensió que Harari (2016) va anomenar *dataisme*, Barona (2021:18) "capitalisme cognitiu", Cardon (2018) "societat del càlcul" i Lasalle (2019) "sobirania de les dades", "un poder que no necessita teoritzar-se perquè no es fonamenta en marcs conceptuals, sinó en un coneixement inductiu que s'obté de correlacions realitzades en grans masses de dades", i que es podria qualificar de "quart poder" (Bucher, 2018), i, en tot cas, com un nou "poder social" (Beer, 2016), encara que la informació sempre fos poder abans de l'era dels algoritmes (LLaneza, 2019: 20). El fonament d'això, seguint a Gillespie (2016), és que els algoritmes tenen un innegable "poder retòric", ja que les conclusions que generen tenen una *poderosa legitimitat*, i, a més, influeixen indubtablement decisions pròpies i alienes, promovent-ne unes i descartant altres (Mackenzie, 2017, i Laaksonen et al., 2020). És així com ja es concep l'autoritat pública sota paràmetres algorítmics (Pasquale, 2015) i com "les decisions crítiques no es prenen sobre la base de les dades en si, sinó sobre la base de les dades analitzades algorítmicament" (Pasquale, 2015: 21).

Per això, els usos de la intel·ligència artificial estan suscitant un debat intens pel seu caràcter disruptiu en l'àmbit jurídic (Castellanos i Montero, 2020), especialment perquè comprometen drets fonamentals, no limitats només al camp de la intimitat, en què es van centrar els legisladors europeus [Reglament (UE) 2016/679, de 27 d'abril, del Parlament Europeu i del Consell, de Protecció de Dades (RGPD)], sinó també a altres drets i, especialment, a la igualtat i no discriminació, intensificats per la reducció progressiva de la intervenció humana a la cadena de decisió.

El camp del dret encara es desperta davant dels nous riscos que introdueixen les aplicacions basades en intel·ligència artificial, singularment el de discriminació, no anticipats pel RGPD, i que d'una governança explícita, enfocada a l'ús de dades que serveixen per alimentar algoritmes que permeten traçar prediccions. Ha deixat de ser tan rellevant la captació de les nostres dades personals com la seva traçabilitat i construcció amb ells de prediccions amb transcendència a l'àmbit del treball, on el seu ús s'està

normalitzant. Per això la nova iniciativa legislativa, una Llei d'Intel·ligència Artificial a la Unió Europea, canalitzada a través de la "Proposta de Reglament del Parlament Europeu i del Consell pel qual s'estableixen normes harmonitzades en matèria d'intel·ligència artificial" (Llei d'Intel·ligència Artificial) i es modifiquen determinats actes legislatius de la Unió d'identificació biomètrica i categorització de persones físiques, i *els destinats a la gestió dels treballadors, ocupació i accés a l'autoocupació*. Si bé, com ha assenyalat el dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu (CESE), de 9 de setembre del 2021, aquesta proposta i la seva piràmide de riscos constitueix la confirmació de la normalització de l'*algoritmocràcia*, la substitució de decisions humanes per decisions guiades per intel·ligència artificial (per això proposa la seva prohibició en l'àmbit de les relacions laborals).

3. Biaixos cognitius, biaixos algorísmics i errors de l'aprenentatge automàtic

3.1. Biaixos cognitius i automatització de decisions

Una de les virtuts de l'entrenament dels algoritmes amb macrodades és precisament aquest aspecte estadístic del qual inferir conclusions d'aplicació pràctica en processos de gestió, perquè es basen en informació massiva que permet fer càlculs ajustats amb gran *granularitat* i alt índex de fiabilitat, d'acord amb dades històriques, enteses com les experiències passades a gran escala. Aquesta virtualitat pot representar importants avenços en camps diferents on la predicció ajuda a avançar-se en la solució de problemes i contingències, com ara la medicina, o, com ha pogut comprovar-se amb la crisi sanitària mundial de 2020, la traçabilitat de riscos per la salut, de fenòmens naturals, i d'altres situacions el coneixement anticipat dels quals resulta beneficiós socialment ("AI for good").

Altrament, també suposa riscos derivats dels errors en el tractament de les dades, o en els resultats de l'aprenentatge automàtic, i, de la mateixa manera, la utilització de sistemes de seguiment biomètric basats en IA suposen riscos dins l'àmbit dels drets fonamentals, ja sigui en relació amb el dret a la intimitat, pròpia imatge i dades personals, ja sigui respecte el dret a la igualtat i no discriminació. En particular, dins l'àmbit del treball, la digitalització de determinats processos, com ara la selecció de personal, pot comprometre ambdós àmbits de drets⁹.

En principi, pot semblar que construir decisions sobre processos no cognitius humans, sinó derivats a un model automatitzat, es presenta com a alternativa més objectiva (O'Neil, 2017) i eficaç, als processos tradicionals d'adopció de decisions per responsables de la gestió del personal (doncs la seva imparcialitat pot millor l'objectivitat de la

⁹ Aquest àmbit sovint implica l'ús de plataformes digitals o formularis en línia, on, com a primer pas d'accés a qualsevol oportunitat laboral, es troben les dades personals, que la persona interessada en el lloc ofert ha de cedir per ser admesa al procés. El fet que aquesta cessió es produeixi en un context digital facilita que, en un temps de resposta molt breu, l'empresa ofertant pugui, sense l'esforç més gran, obtenir les dades personals de totes les candidatures, però, així mateix, creuar-les amb tot rastre digital que aquestes mateixes persones puguin tenir, encara que no hagin proporcionat aquest tipus d'informació, provoca dubtes sobre la privadesa de les dades. Aquest mètode, sens dubte, no és asèptic pel que interessa a la persona que opta al lloc, mentre el mecanisme digital de selecció també creuarà les dades obtingudes d'aquestes altres fonts, tinguin relació o no amb la feina ofertada. A partir d'aquí, l'algorisme de selecció pot excloure determinades candidatures atenent el comportament dels individus a les xarxes socials de què siguin membres.

resposta, criteri que, d'acord amb l'article 20.2 EBEB, ha de guiar l'accés a l'ocupació pública).

També caldria un enfocament neutralitzador, prioritzant l'eficàcia dels models d'automatització per la millora en els temps de resposta que introdueix, i amb això l'eficàcia del sistema de gestió, i minimitzant el biaix, ja que els processos manuals també poden contaminar-se de biaixos. Prenem com a paràmetre de referència un exemple que evidencia que recórrer a sistemes automatitzats canvia la nostra realitat, l'algoritme BOSCO, activat el desembre de 2019 per a la tramitació del bo social elèctric per part del Ministeri d'Indústria, Comerç i Turisme espanyol. Segons va denunciar l'associació CIVIO, la neutralitat esgrimida pel Consell de Transparència i Bon Govern, lligada a la mera aplicació dels requisits d'accés a la prestació (motivada, per tant), no havia de canviar res al panorama legal ni pràctic. Però el cert és que, després de la seva implantació, es va reduir dràsticament, a la meitat, el nombre de beneficiaris, fet que patentitza que, encara que les regles del joc romanguin inalterades, la manera com treballen els algoritmes, i que eleva exponencialment l'índex de detall de l'anàlisi, canvia efectivament els resultats.

I el seu fonament rau en la forma d'alimentació dels algoritmes, doncs, perquè un algoritme d'aprenentatge automàtic supervisat es torni útil, necessita un conjunt de dades que es puguin fer servir per entrenar la "veritat bàsica" per al classificador. Per això s'ha constatat que, encara que el disseny de l'algoritme no estigui esbiaixat (biaix conscient), ja que sigui aparentment neutre, la seva alimentació a través de macrodades pot produir un resultat erroni i/o esbiaixat (biaix inconscient), derivat del binomi "bias in, bias out" (Mayson, 2019). En la pretensió d'eludir el biaix cognitiu humà i de produir les millors decisions, els models intel·ligents, presentats com a eines antibiaixos (Miller, 2018), poden incórrer en biaixos derivats de la manca d'inclusivitat o de la rèplica dels patrons històrics de comportament que capten i tracten de reproduir, que condueixin fins i tot a l'amplificació dels biaixos i de la desigualtat (Barocas i Selbst, 2016). Per això és imprescindible actuar en la forma d'alimentació dels algoritmes per dades i en la categorització o arquitectura d'aquests per a l'aprenentatge automàtic.

Aquest escenari condiciona així mateix la resposta jurídica davant de la decisió automatitzada, no només perquè necessita la introducció de noves regles lligades al tractament de dades, sinó perquè en si mateixa exigeix el desplegament d'altres mecanismes de garantia, *ex art. 22 del RGPD* ("elaboració de perfils").

L'automatització de decisions altera, també, la manera d'afrontar la seva impugnació, encara que no canviï el titular de la decisió "assistida". Perquè, encara contracorrent encara del rebuig sindical (vegeu el dictamen del CESE a la proposta de reglament de la UE sobre intel·ligència artificial de 2021), la digitalització sembla un fenomen que evoluciona cap a la seva consolidació, fins i tot en l'àmbit de les relacions de treball, afavorit tant per la dinàmica de l'economia global, com per les respostes institucionals, ben representades per la proposta de reglament d'IA esmentada, i fins i tot les jurisprudencials. Aquestes darreres han estat permeables a les tendències de l'economia i de la digitalització dels processos de gestió de les relacions laborals en àmbits privats i públics, amb sentències com la STS de 8 de febrer del 2021, núm. 163/2021, que sucumbeix a les tendències del sector del repartiment de menjar a domicili (admetent la geolocalització de treballadors), la STS de 21 de juliol de 2021, núm. 817/2021, que es planteja, *obiter dicta*, la possibilitat que els treballadors siguin objecte de doble

seguiment per càmera de vídeo, per empresa principal i per empresa contractista sota l'empara de la STC 39/2016 i la STEDH López Ribalda II, de 17 d'octubre del 2019, la STS, Cont., de 26 d'abril de 2021, núm. 557/2021, que resol en termes fins i tot més contundents la submissió dels empleats públics als sistemes de control de la seva activitat, o la STC 160/2021, de 4 d'octubre, que prima el control empresarial de l'activitat laboral defugint el pacte de no utilitzar amb fins disciplinaris les dades personals obtingudes del monitoratge de les converses telefòniques dels treballadors en l'exercici de la seva feina.

Això convida a reflexionar sobre l'acolliment que en un futur proper tinguin els sistemes de control basats en intel·ligència artificial, si aquestes pràctiques es consoliden i la legislació no ho impedeix. El punt de partida que marca la proposta de reglament europeu sobre IA (en fase de tramitació) és precisament la seva admissió i subjecció als paràmetres de transparència, replicabilitat, adequació i suficiència delimitats pel seu art. 29, per la qual cosa aquesta es basa, també, en assumir que les decisions automatitzades que afecten persones en el context d'una relació de treball són sistemes d'alt risc que exigeixen unes cauteles especials (a les quals al·ludeix el document *La protecció dades en les relacions laborals*, de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD), i que resultarien normalitzats amb l'aprovació del text provisional.

3.2. Riscos derivats d'errors a les dades d'entrenament i d'inferències no desitjades

Les recomanacions emeses per algorismes poden estar viciades per les mateixes dades d'alimentació, la insuficiència de les quals, biaix, infra o sobrerepresentació de certes categories de dades condicioni el resultat (Laaksonen et al., 2020), la qual cosa exigeix equilibrar prèviament i tractar aquestes dades abans que siguin objecte de processament d'aprenentatge automàtic. Aquests mecanismes de *mitigació*, però, també exposen a les categories d'individus afectades a riscos no compatibles amb el principi d'igualtat i no discriminació, mentre introdueixen factors de classificació que els tornen a categoritzar -acció contrària als paràmetres jurídics de la igualtat - o bé obliguen a reinterpretar la figura de l'acció positiva (Ho i Xiang, 2020), que, en la seva aplicació tècnica, implica privilegiar certs col·lectius sobre altres igualment exposats a biaixos (perquè obliga a triar un objectiu de l'acció). En definitiva, introduir sistemes tècnics de mitigació de biaixos també pot comportar altres riscos, tant la permanència de les categories d'individus protegides en la situació de desigualtat d'oportunitats que es pretén combatre (Hildebrandt, 2018) com l'evitació de biaixos només en determinades categories d'individus o grups protegits, creant noves discriminacions per individus exclosos d'aquesta acció positiva.

D'altra banda, en l'entrenament dels algorismes en els models d'aprenentatge automàtic, aquests necessiten actuar en el context en què van ser entrenats, per la qual cosa presenten defectes de funcionament quan es fan servir en entorns diferents (Laaksonen et al., 2020). Sense comptar amb altres problemes addicionals, com les fugides de dades o els atacs informàtics, cada cop més freqüents a les administracions públiques. Es tracta de riscos que, en conjunt, poden alterar les decisions administratives en un sentit molt diferent del esperable per la contaminació del procés de decisió amb aquests diferents tipus d'errors, tot i considerar l'alta fiabilitat dels mecanismes estudiats (doncs l'error,

encara petit, pot afectar a categories completes de persones, afectades, per exemple, per un procés de selecció per accés a l'ocupació pública).

Com han assenyalat Fröhlich, Spiecker i Döhman (2018), "els algoritmes generen grans quantitats de dades, idealment estadístiques, per tancar els buits d'informació. La informació preestablerta s'utilitza per extreure conclusions sobre les característiques i el comportament futur de les persones les dades pròpies de les quals no necessàriament ha analitzat l' algoritme". Per mitjà de categories de representació, afegeixen, diverses característiques –que suposadament són predominants i típicament exposades als portadors del tret– *s'atribueixen* als individus (vg, la baixa ocupabilitat), encara que aquestes poguessin no ser certes.

El processament de dades pot produir, també, resultats d'escassa utilitat, el que tècnicament s'anomena "sobreajust", i implica que el model pugui tenir un rendiment predictiu menor.

Però, al marge d'aquests errors propis de la ciència de dades, hi ha altres riscos de més rellevància jurídica, com és la derivació de dades per proximitat amb què disposa el model d'entrenament, de manera que, encara que aquest utilitzi conjunts de dades anonimitzades o fins i tot de biaix mitigat (eliminant característiques personals susceptibles de provocar biaixos discriminatoris), es pugui inferir igualment una característica tributària d'un tracte peyoratiu (l'exemple ja clàssic és el de l'eliminació de l'ètnia o la procedència, que es pot deduir igualment per aproximació de altres característiques presents en el conjunt de dades utilitzades, vg el domicili o el lloc on es van cursar estudis, dels quals deduir l'ètnia o origen si hi ha correspondència amb barris socialment desfavorits o certa ubicació geogràfica).

Finalment, dins la categoria de riscos s'ha de tenir en compte que en la gestió de personal a través d'analítica de dades s'utilitzen dades compartides voluntàriament, però també d'altres no deliberadament compartides pels candidats o treballadors, que els motors d'inferència obtenen a través del rastreig global de totes les macrodades al seu abast, la qual cosa inclou els dades presents a internet a qualsevol ubicació oberta. Però cal tenir present que, encara en aquest cas, aquestes dades es visibilitzen de diferent manera en funció de l'algoritme de PageRank, en el cas del motor de cerca més utilitzat, Google, *software* que classifica la informació segons criteris de rellevància, a partir del volum d'enllaços entrants d'altres llocs digitals "i la seva autoritat percebuda" (Bucher, 2012), cosa que, sens dubte, també condiciona la realitat alternativa que sobre cada persona ofereix el món digital ("socialitat programada", Bucher, 2018), i categoritza la realitat de manera subjectiva (vg si aquesta classificació ha primat informacions negatives per haver tingut aquestes més repercussió mediàtica i ha silenciats altres trets més positius de menor impacte). La manera com aquestes dades seran percebudes per l'algoritme de rastreig no es presentarà, en definitiva, de manera neutral per a la persona afectada. Si aquests alimenten un algoritme de selecció o de valoració de candidatures per a un lloc de treball, que l'AEPD limita al document *La protecció de dades en les relacions laborals* (2021), poden condicionar negativament les seves possibilitats d'èxit. Per extensió, doncs, poden influir en la conformació de la població empleable susceptible d'accedir a l'ocupació pública.

3.3. Són evitables aquests riscos?

Els biaixos descrits comparteixen amb els principis de l'acció preventiva la seva categorització com a riscos mitigables (en tant que no eliminables) i com a riscos evitables. La digitalització comporta l'assumpció dels riscos intrínsecs a l'ús d'aquesta tecnologia, a la governança de la qual cal enfrontar-se a través de diferents tècniques. La tècnica de la mitigació és fins i tot aplicable a les dades d'alimentació, a través de diferents eines de la ciència de dades, però en aquest repte també el dret té un paper reservat (tant a la detecció de biaixos com a la seva correcció i tutela *ex post*).

En l'àmbit del dret antidiscriminatori, en coordinació amb el dret de protecció de dades, aquesta prevenció exigeix el desplegament de les cauteles necessàries, com l'anàlisi d'aquests riscos, del seu impacte, monitorització i auditoria, i la seva interpretació d'acord amb les diferents figures del camp jurídic esmentat, la qual cosa, sens dubte, exigeix reformular cada tècnica de computació conforme als conceptes propis d'aquest marc, així la discriminació per associació (en la inferència de dades), la discriminació per error, la discriminació indirecta, la discriminació múltiple, o la discriminació positiva, entre d'altres.

4. Ús de sistemes d'intel·ligència artificial a l'administració pública

4.1. Tècniques de gestió analítica de persones

La intel·ligència artificial es descriu com la capacitat dels sistemes per interpretar correctament dades externes, aprendre de les dades esmentades i utilitzar aquestes lliçons per assolir objectius i tasques específics a través d'una adaptació flexible, mentre que la mineria de dades "es defineix com el procés de descobrir patrons en una varietat de dades i resoldre problemes a partir d'una gran quantitat de dades" (Pampouktsi, et al., citant a Kaplan i Haenlein, 2019).

L'aplicació de la gestió analítica a la selecció de personal no és un fenomen nou (cfr. Chien i Chen, 2008), però la proliferació de l'ús de la intel·ligència artificial i el creixement de la captació de dades massives ha millorat les tècniques i estès la seva aplicació (segons Kolbjørnsrud et al., 2016, el 78% dels gerents enquestats va afirmar que confiava en els consells d'un sistema basat en intel·ligència artificial en el procés de presa de decisions). Les empreses recorren a sistemes d'informació de recursos humans, capaços d'adquirir, emmagatzemar, manejar, analitzar, recuperar dades i distribuir tota la informació computada en passos anteriors sobre els recursos humans d'una organització (Pampouktsi et al., 2021).

Per obtenir aquests resultats és usual la tècnica de l'elaboració de perfils, que "analitza aspectes de la personalitat, el comportament, els interessos i els hàbits d'un individu per fer prediccions o prendre decisions sobre ells" (guia de l'Information Commissioner Office britànic), la qual cosa inclou diferents aspectes qualificats per la proposta de Reglament UE sobre Intel·ligència Artificial (2021) com a sistemes "d'alt risc" per a les persones.

Cap d'elles és objecte de supervisió legal o institucional, atès que la Llei d'Ocupació (RD-Legislatiu 3/2015, de 23 d'octubre) no disciplina el seu ús per a la selecció i la contractació de treballadors, més enllà de la prohibició de no incórrer en discriminació (art. 35, i art. 16.1 c) LISOS), que hauria de servir com a "tallafocs" a determinades pràctiques (en la línia

assenyalada per la Guia de l'AEPD), però la veritat és la realitat és una altra, raó que suggereix la necessitat d'adaptar aquesta legislació a la implosió algorítmica a la selecció de personal (Centre for Data Ethics and Innovation, 2020: 8). En particular, els sistemes de selecció, tot i fer actualment ús de tècniques discutibles i qualificades "d'alt risc" a la proposta de Reglament IA de la Unió Europea, com ara les basades en psicogènia, interpretació del llenguatge natural i de l'expressió facial i corporal, mitjançant la seva inclusió en el procés d'entrevista per "screening" amb sistemes automatitzats, no han estat mai objecte de seguiment o prohibició més enllà de la prohibició genèrica d'incórrer en discriminació, de forma que, mentre no sigui modificada la citada llei (sembla que aquesta reforma és imminent), es tracta d'instruments dins la legalitat, malgrat la seva "para legalitat".

La mineria de dades és la base de treball de l'analítica de persones. Una anàlisi històrica de dades permet trobar patrons amb utilitat analítica i predictora. A qualsevol organització, l'estudi de les seves dades històriques permet a aquesta "millorar els seus resultats mitjançant una anàlisi rigorosa del seu passat" (Latorre, 2019: 94), incloent-hi l'elecció dels seus empleats a través de l'automatització de l'ordenació de candidatures conforme als criteris prèviament establerts.

Els algorismes gestionen les dades que caracteritzen els treballadors potencials, recuperen informació de dades relacionals i no estructurades i formulen un conjunt de recomanacions (Protasiewicz et al., 2016). Aquestes operacions es poden fer de manera totalment automatitzada o amb l'ajuda d'assistència humana, gràcies a algorismes d'optimització, heurística, intel·ligència artificial, aprenentatge automàtic, models de dades semàntiques i sistemes de suport de decisions (Protasiewicz et al., 2016). L'aprenentatge automàtic facilita posar en connexió les dades disponibles des de diverses fonts - algorismes d'extracció i rastreig de dades- per obtenir la millor elecció -algorisme de recomanació- sota la combinació de dades semàntiques que interactuen entre si per identificar trets personals/professionals amb què classificar i avaluar les persones dins d'un conjunt d'individus (utilitzant tres tipus possibles de dades o informació: dades estructurades, dades no estructurades, i informació proporcionada pels usuaris o sol·licitants, Protasiewicz, et al., 2016).

L'ús d'algorismes pot introduir soroll en els elements emprats per valorar el treball d'una persona o la seva aptitud per ocupar un lloc de treball (presentes en les dades que informen l'algorisme), ja sigui per fer servir dades incompletes, pel biaix del seu etiquetatge (producte alhora dels prejudicis dels etiquetadors), o perquè aquest conjunt de dades no inclogui la necessària diversitat (vg, col·lectius minoritaris) perquè la conclusió que la seva anàlisi permeti extreure sigui plenament conforme a la realitat estudiada i amb què es vol interactuar.

En el camp de l'accés a l'ocupació assistit per aquestes eines, les mencionades tècniques compleixen la funció principal de filtrar candidatures, la qual cosa permet automatitzar gran part del procés de selecció, alhora que conserven la intervenció humana que exigeix l'art. 22 RGPD, en complir un paper d'eina d'assistència en el procés de decisió (sense perjudici de la capacitat computacional de dirigir per complet aquest procés fins a l'emissió i notificació de la decisió adoptada -cfr. robot reclutador Elenius o Amelia d'IPSoft-), i en tant, realment, al final d'aquest procés, es pugui trobar una persona humana, encara que només sigui per confirmar la decisió recomanada pel sistema automatitzat (això es deu a que resta per regular el concepte "d'intervenció humana", de manera que

s'identifiqui amb una intervenció significativa o rellevant, doncs, en cas contrari, podria validar-se una actuació que només consisteixi en triar entre "confirmar" o "rebutjar", en una mena de resposta humana també automàtica i, en tot cas, no reflexiva ni motivada).

Es tracta de tècniques que també s'apliquen a empreses públiques, com és el cas, a tall d'exemple, de la Societat Estatal de Correus i Telègrafs, S.A. (que utilitza els serveis del programari de *Talentia*), i que podrien projectar-se sobre l'execució de serveis que no comportin l'exercici d'autoritat pública o sobre el sistema de contractació pública¹⁰, així en l'accés a l'ocupació com en la pròpia organització del treball.

4.2. Gestió automatitzada de les relacions de treball i millora de l'eficàcia

Els models automatitzats descrits es poden utilitzar amb altres finalitats d'avaluació individual pel càlcul del rendiment o productivitat laboral (*ex art. 20 EBEB*), dels quals derivar determinades conseqüències o decisions laborals, com ara la determinació de retribucions o la modificació de condicions de treball, entre d'altres.

Totes elles, incorporades en programari dissenyat per desenvolupadors, estan presidides per un objectiu comú: millorar l'eficàcia i la productivitat de l'organització i, amb això, l'èxit de la seva imatge entre la ciutadania (fins i tot el IV conveni col·lectiu per al personal laboral de l'AGE situa a l'article 22.2 l'eficàcia dels serveis com a objectiu de l'organització del treball).

Per això les bondats d'aquests models s'enfronten a importants crítiques, on els dubtes superen les certeses (Becker i Huselid, 2006: 899), començant pels riscos de la cerca de la primacia del rendiment col·lectiu organitzacional sobre l'individual (Becker i Huselid, 2006: 899), que es tradueix en paràmetres estàndard de productivitat (a tall d'exemple, la Sentència, Social, de l'Audiència Nacional núm. 180/2021, de 27 de juliol, concedeix primacia a aquest objectiu, per descartar la concurrència de vulneració de drets laborals, en un sistema de *hot desk*¹¹).

Els models matemàtics per a usos relacionats amb les relacions laborals ja eren aplicats en l'àmbit dels recursos humans, encara que el seu potencial predictiu coneix actualment una extraordinària expansió, per a diferents utilitats: a) *contractació laboral temporal*, b) *organització i control del treball*, c) *avaluació de treballadors i valoració del rendiment o del desenvolupament*, d) *càlcul de retribucions*, e) *prevenció de riscos laborals*, o f) *terminació de la relació*, entre altres finalitats.

¹⁰ Art. art. 9.2 EBEB amb relació a l'art. 2.2 de la Llei 39/2015, de 1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, que "es limita a exigir que les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia vinculades o dependents de qualsevol de les administracions públiques subjectin la seva activitat a la [Llei 30/1992] «quan exerceixin potestats administratives, sotmetent-se a la resta de la seva activitat al que disposin les seves normes de creació» (STC 236/2015, de 19 de novembre).

¹¹ No existeixen pronunciaments fins ara respecte de l'automatització del propi sistema de treball, encara que si que s'ha qüestionat judicialment el canvi de l'organització de treball, apel·lant a la seva inadmissió sense els tràmits propis de les modificacions substancials de condicions de treball (article 41 de l'Estatut dels Treballadors (ET)), i sense entrar a l'anàlisi sobre si la digitalització de procediments en la gestió del treball envaeix drets en eliminar els *humans al comandament*. La sentència analitza la introducció d'una aplicació automàtica de repartiment setmanal de llocs de treball anomenada "hot desk" (que permet l'organització més eficaç dels centres de treball, en aprofitar els espais de treball segons el grau d'ocupació pel personal) la llum de l'art. 41 ET, atenent el criteri de l'eficàcia que proporciona aquest sistema, i valida com a eines pròpies del poder organitzatiu empresarial les basades en programes intel·ligents d'optimització del treball.

5. Accés a l'ocupació pública i tècniques d'IA

5.1. Processos d'accés digitalitzats

El reclutament de treballadors pot ser gestionat mitjançant mecanismes digitals automatitzats, bé sigui per a l'ordenació i la puntuació de currículums, bé per a la realització d'entrevista digital, o per a l'elecció final.

En totes aquestes fases la digitalització pot comportar el risc de biaix, no eludible *per se* per tècniques d'anonimització de candidatures (perquè l'aprenentatge automàtic pot inferir trets identificatius, incloent el seu sexe), a més de l'obligatòria submissió de la ciutadania a l'imperi digital en l'accés a l'ocupació pública, *ex art.* 14.2 e) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques (LPAC), que fa referència com a obligats sense dret d'opció únicament als que gaudeixen ja de la condició d'empleats públics (i "per als tràmits i actuacions que hi facin per raó de la seva condició d'empleat públic"). Concretat a la D.A. primera del Reial Decret 203/2021, de 30 de març, pel qual s'aprova el Reglament d'actuació i funcionament del sector públic per mitjans electrònics, com a excepció al dret d'opció de l'art. 14.1, aquesta regla va ser invalidada per la STS, Cont., de 6 de maig de 2021 (rec. 150/2020), per excés reglamentari i manca de motivació de l'exigència descrita, propis de la irregular autohabilitació administrativa que va provocar l'alarma sanitària l'any 2020. Es tracta d'un requisit que simplifica la digitalització del procés amb independència del paral·lel ús de mecanismes algorítmics per processar la informació i assistir-hi el procés de decisió, si bé resulta imperatiu distingir de l'accés a la funció pública aquelles altres contractacions d'ordre laboral executades al si d'empreses públiques, on els procediments de selecció són menys garantistes que a l'accés a una administració pública i se serveixen a la pràctica de sistemes de gestió intel·ligents. No obstant lo qual els procediments d'inscripció (instància de sol·licitud) per a concórrer a processos selectius dins les administracions públiques continuen sent en línia i amb signatura electrònica obligatòria¹² en les modalitats exigides per la normativa citada, tret de l'exercici del dret d'oposició al tractament de dades personals, cas en el qual els interessats han de presentar la documentació pertinent, d'acord amb l'Ordre HFP/688/2017, de 20 de juliol, per la qual s'estableixen les bases comuns que regiran els processos selectius per a l'ingrés o l'accés a cossos o escales de l'Administració General de l'Estat.

Com a punt de partida, i en relació a dades biomètriques, l'informe de l'AEPD 36/2020 permet sostenir el rebuig al processament de dades biomètriques com a mecanisme de validació d'identitat en la realització de les proves corresponents a l'accés a llocs públics per mitjans telemàtics (proctoring, Fondevila, 2021: 106), encara que el dictamen al·ludeix a l'àmbit universitari en particular, i, en la mateixa línia, el Dictamen 4/2004, relatiu al

¹² A tall d'exemple, la convocatòria aprovada per "Resolución de 28 de julio de 2021 de la Secretaría de Estado de Función Pública por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por acceso libre, como personal laboral fijo, en los grupos profesionales M3, M2, M1, y E1 sujetos al IV Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado en el Ministerio de Justicia, encomendando la gestión del proceso a la Dirección General para el Servicio Público de Justicia" diu literalment: "La presentación de la solicitud se realizará haciendo uso del servicio Inscripción en Procesos Pruebas Selectivas del punto de acceso general (<http://administracion.gob.es/PAG/ips>), siguiendo las instrucciones que se le indiquen, siendo necesario como requisito previo para la inscripción el poseer un certificado digital válido de persona física, de los incluidos en la "Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación" (TSL) establecidos en España, (más información en <http://firmaelectronica.gob.es> y en <http://www.dnielectronico.es>)" (apartat 3.3).

tractament de dades personals mitjançant vigilància per càmera de vídeo, realitza les pertinents consideracions respecte a la videomonitorització (admesa sense objeccions per la STS, Cont., de 26 d'abril de 2021, núm. fa referència a la perfilació i altres usos aquí analitzats (arts. 22 RGPD i 2.2 a) LOPD). Concorrent el consentiment de les persones afectades i la necessitat relativa al compliment d'obligacions laborals i de seguretat social, segons l'art. 9.2 RGPD, de difícil admissió en el segon cas si es tracta d'un procés de selecció on encara no resulta necessari el compliment de cap deure de tal caràcter, si bé el concepte d'execució del contracte podria interpretar que participar en el procés de selecció forma part de l'execució del contracte esmentat (de treball) en un estadi primitiu de la relació jurídica.

El contrapunt l'ofereix la pròpia dimensió del principi d'igualtat, que situa en desavantatge els aspirants que no comptin amb els mitjans suficients per a la tramitació electrònica (Fondevila, 2021, 20: 95), i, per descomptat, els que resultin perjudicats per el biaix algorítmic, sens perjudici de la necessària mitigació de biaixos a través de les tècniques ofertes per la ciència de dades, d'acord amb principis inclusius i ètics (Lazcoz, 2020, Grup d'Experts d'Alt Nivell sobre IA, 2016).

5.2. Automatització i principi d'igualtat, mèrit i capacitat

Les tècniques de selecció i contractació són aplicades preferentment a les empreses privades, i molt més rarament a les administracions públiques, a tot el conjunt de països de l'àmbit europeu, el que exclou bona part d'aquestes: les basades en plataformes de xarxes socials, per la garantia de la confiabilitat, meritocràcia, igualtat, transparència i privacitat dels processos d'accés i contractació (Pampouktsi, Avdimiotis, Maragoudakis i Avlonitis, 2021: 538). Però, tot i no ser objecte d'aplicació a la pràctica algunes de les citades, més "volàtils" i menys confiables, com las citades, continua essent possible l'automatització de processos amb altres eines que garanteixin tots els principis exigibles a la contractació pública i a l'accés a la funció pública. Tot i això, a les administracions s'estan imposant també models de captació de talent pròpies d'àmbits privats (vegeu <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/funcion-publica/ep-p/talento.html>), i, en tot cas, es processen automàticament totes les sol·licituds presentades a procediments de selecció per l'ingrés o l'accés a ocupació pública, encara que sigui amb la finalitat concreta de comprovació de la veracitat de les dades al·legades¹³. Aquests processos en la seva primera fase, consistent en una comprovació

¹³ De fet, si s'accedeix a la convocatòria en línia a la qual es pugui concórrer, la persona interessada ha de signar la següent acceptació: "En cumplimiento de la Ley Orgánica 3/2018 y del Reglamento (UE) 2016/679, se informa que los datos personales facilitados en esta solicitud serán tratados por el centro gestor del proceso de selección y nombramiento para el que se formula la solicitud, con la finalidad de gestionar la participación en dicho proceso del candidato/a. Puede ejercer sus derechos ante el responsable del tratamiento correspondiente al centro gestor así como acceder a información adicional a través del siguiente enlace (a indicar por el centro gestor, en cuanto responsable de la información complementaria sobre protección de datos) . Además, serán objeto de tratamiento, para su verificación, sus datos de identificación personal, titulación, condición de demandante de empleo que haya consignado en la instancia, así como, en su caso, la condición de discapacidad, de familia numerosa o de víctima del terrorismo, si estas condiciones han sido acreditadas en alguna comunidad autónoma que figure en la dirección <http://administracion.gob.es/PAG/PID>. Estos datos proceden de las respectivas bases de datos en poder de las Administraciones Públicas, a través de la Plataforma de Intermediación de Datos. Tiene derecho a oponerse, de forma motivada, al acceso a estos datos, para la verificación, por parte del órgano gestor" (extret d'una convocatòria concreta, a <https://ips.redsara.es/IPSC/secure/clave?llamada=Inscribirse&convocatoria=20695>).

del compliment dels requisits exigits, és automatitzable i així funciona en la pràctica, d'acord amb el pla de digitalització de les administracions públiques, de forma que qui fa les oportunes comprovacions sobre cadascun dels requisits exigibles no són ja empleats de l'administració afectada, de manera personal, sinó el model digital que fa la classificació i selecció de candidats que compleixen o no compleixen els requisits exigibles, de la mateixa manera que s'examinen les sol·licituds de determinades prestacions socials per algorismes com el "BOSCO" (bo social elèctric).

Quan es planteja la possibilitat d'automatitzar l'accés a l'ocupació pública, diversos inconvenients recomanen la seva exclusió:

- a) En primer lloc, la qüestió nuclear és si la digitalització d'aquests processos (*ex art. 70 LPAC*), en el marc del Pla de Digitalització de les Administracions Públiques 2021-2025, és compatible amb els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat que han de presidir els procediments de selecció de personal laboral (*ex arts. 10.2, 11.3 EBEB i art. 29 del IV Conveni Col·lectiu de l'AGE*) i d'accés a la funció pública en general (*art. 103.3 CE quant a mèrit i capacitat*), d'acord amb les especials garanties i rigor que els ha de guiar (*STS, Cont., de 23 de febrer de 2016, rec. 3977/2014*).
- b) En segon lloc, tant l'art. 35 del Text refós de la Llei d'Ocupació com la legislació reguladora de les agències de col·locació (*art. 5 d) del RD 1796/2010*) i els arts. 15.5 i 16.2 del TR de la Llei sobre Infraccions i Sancions a l'Ordre Social (*RDL 5/2000, de 4 d'agost*), prescriuen i sancionen la discriminació en l'accés a l'ocupació.

Alternativament, la digitalització només parcial dels processos permet salvar l'inconvenient de la presència humana a la cadena de decisió que exigeix l'art. 22 RGPD, així com la necessitat de motivació de les decisions administratives.

Per altra banda, hi ha factors que es podrien considerar compatibles amb els esmentats principis:

- a) El principi de mèrit. Si el model es dissenya per trobar els individus amb els més alts mèrits requerits pel lloc de treball, pot afirmar-se que és adequat al principi de mèrit i capacitat. Aquesta afirmació, però, s'ha de matisar si es considera que el sistema guiat per IA pot fer recomanacions que excloguin grups socials minoritaris al associar a aquests determinats trets no compatibles amb el principi de mèrit, degut als biaixos derivats de l'aprenentatge automàtic. D'igual manera, la capacitat també es pot entendre en llenguatge computacional com equivalent a trets que posseeixen determinats individus o categories d'individus (per ex. excloent les dones, o les dones d'una certa edat o procedència) alhora que valora uns determinats trets associats al lloc de treball a cobrir. Aquesta anàlisi pot conduir, doncs, a no considerar, per exemple, persones amb determinades diversitats funcionals, o a valorar que les tenen per inferir-les d'altres trets examinats en el conjunt de dades, o per prioritzar determinades dades sobre altres. En definitiva, mèrit i capacitat pot ser incorrectament avaluat per un sistema basat en IA, perquè, als requisits exigits, s'uneixen d'altres inferits que correlacionen amb aquests i que no estaven previstos a la convocatòria. També, òbviament, aquest sistema pot ser un bon predictor d'empleats públics ideals, doncs no es pot desconèixer la seva utilitat. No obstant, el que es valora és si la possibilitat d'error és un obstacle a la seva admissió com a eina adequada i plenament aplicable, als efectes de recomanar o validar jurídicament la seva aplicabilitat a l'àmbit de l'ocupació pública.

- b) El principi de celeritat que ha de guiar els processos de selecció del personal laboral temporal al servei de les administracions públiques, i que s'admet per la finalitat d'atendre raons expressament justificades de necessitat i urgència (art. 11.3 EBEB), justificaria l'automatització de l'ordenació i l'avaluació dels currículums dels candidats. Repareu-vos que aquesta fase de la selecció es basa en algorismes d'aprenentatge automàtic, que aprenen de les dades procedents dels currícula i que poden oferir una recomanació sobre el candidat o candidata òptims per al lloc, i que, com l'algoritme send@ del SEPE, podeu fer recomanacions a partir d'un patró històric de dades. Es tracta d'un sistema de *perfilat* (art. 22 RGPD), entenent per tal el processament de dades personals per a l'avaluació d'aspectes relacionats amb una persona física, i analitzar i predir aspectes relatius al seu exercici al treball (Department For Digital, Culture, Media & Sport, 2021: 25).
- c) En segon terme, la deguda motivació de les resolucions administratives no resulta afectada per la interposició de sistemes algorítmics, doncs, en definitiva, aquests permeten assessorar la decisió, però no substituir-la (per a Boix -2021-, els algorismes usats per les administracions públiques tenen caràcter reglamentari i han de respectar idèntiques garanties). L'obligació de motivació de les decisions administratives constitueix *per se* un control de constitucionalitat (art. 14 CE) i justifica una interpretació àmplia de l'anomenat dret de transparència i explicabilitat de l'art. 22 RGPD (Roig, 2020: 70-71) que satisfaci les recomanacions sobre governança algorítmica del Llibre blanc de la Comissió Europea sobre la intel·ligència artificial (2020) i el principi 1.2 de la Recomanació sobre Intel·ligència Artificial, del Consell de l'OCDE (2019), així com del Considerant 60 del RGPD, que obliga els responsables del tractament de dades a *facilitar a l'interessat quanta informació complementària sigui necessària per garantir un tractament lleial i transparent*. És a dir, a proporcionar informació sobre el mecanisme algorítmic emprat, si s'entén aquesta previsió en sentit ampli més enllà de l'accés a les seves dades, ja que les decisions automatitzades incorporen *molt més que captació i processament de dades*. I avala aquesta conclusió que el mateix considerant afirmi que *cal a més informar l'interessat de l'existència de l'elaboració de perfils i de les conseqüències d'aquesta elaboració*.

En la mateixa línia, també l'art. 8 del Conveni 108 reconeix una modalitat de dret de transparència: el dret a conèixer el fonament jurídic i els fins del tractament, les categories de dades personals processades..., així com qualsevol informació addicional necessària per garantir un processament just i transparent de les dades personals. La clau d'aquest dret (que alguns adverteixen d'aplicació utòpica a les administracions públiques, Ortega, 2019) és la necessitat de facilitar la informació de manera *intel·ligible* (art. 9.1 b), encara que no és menys cert que l'aprenentatge profund complica especialment el compliment d'aquest deure, i que pot identificar-se aquesta situació amb els "esforços desproporcionats" a què fa referència l'art. 8.3 com a excepció a l'obligació de transparència.

El dret de transparència i informació té el seu reconeixement intern a l'art. 11 LOPD, segons el qual aquell abasta el dret de facilitar la informació bàsica descrita a l'apartat segon (identitat del responsable del tractament, finalitat del tractament i possibilitat d'exercir els drets establerts als arts. 15 a 22 RGPD, així com informació sobre si les dades obtingudes seran tractades per a l'elaboració de perfils). L'extensió del dret és, doncs, més restringida que la que preveu l'art. 9 del Conveni 108, ja que aquest, a

l'apartat 1 c), reconeix el dret dels interessats al coneixement del *raonament subjacent* en el processament de dades quan els seus resultats li són aplicats (aquest és també el sentit apuntat pel dictamen del CESE *Intel·ligència artificial: anticipar el seu impacte al treball per garantir una transició justa* quan es refereix al fet que el principi de transparència algorítmica consisteix a fer intel·ligibles els paràmetres i criteris de les decisions que es prenen). El recurs humà ha de ser possible en tot moment.

En tot cas, i tenint en compte que la transposició al dret intern no ha exclòs la perfilació admesa a l'art. 22 RGPD, en el marge de maniobra a què es refereix la STC de 22 de maig de 2019 (rec. inconstitucionalitat núm. 1405/2019), a l'establiment de "mesures adequades i específiques per protegir els interessos i drets fonamentals de l'interessat" [art. 9.2 g) RGPD], els responsables de les dades obtingudes per a l'aprenentatge de l'algoritme podran donar compliment al deure informació establert a l'art. 14 RGPD facilitant la informació *bàsica*. Aquesta s'haurà d'ajustar als paràmetres que exigeix la motivació deguda de les decisions administratives, cosa que hauria de contribuir al dret de transparència de què puguin gaudir els empleats públics en l'accés a l'ocupació, que s'hauria de completar amb l'assistència de l'autoritat supervisora prevista a l'art. 9.1 g) Conveni 108 (no prevista a l'Estratègia Espanyola d'intel·ligència artificial) i que s'ha de subjectar al control judicial, residenciat en la motivació i en la transparència (De La Sierra, 2020 i 2021).

- d) En tercer lloc, queda garantit el dret a impugnar la decisió, previst també a l'art. 22 RGPD. En relació amb les reclamacions connectades amb la motivació de les decisions, que poden bascular sobre el dret a la transparència i explicabilitat de les decisions automatitzades (l·ligades a processament de dades als efectes de l'art. 22 RGPD), com a la discriminació causada per el biaix algorítmic requeriran la construcció d'un argumentari sostingut sobre els dos vèrtexs quan estigui en joc el dret a la no discriminació. Però, en tot cas, resultarà nuclear atènyer-se a la base de la decisió i la connexió entre aquesta i la decisió produïda. Com ha posat de manifest el cas "BOSCO", les propietats jurídiques dels algoritmes (subjectes a secret comercial i propietat intel·lectual, ex art. 133 de la Llei de Propietat Intel·lectual, LPI) dificulten la satisfacció dels drets de transparència i explicabilitat garantits al dret intern i, pel que fa a les decisions administratives, per l'art. 14.1j de la Llei 19/2013, de Transparència i Accés a la Informació Pública, quan està en joc la seguretat pública digital (vinculada a les possibles vulnerabilitats del sistema d'informació de l'administració), però no han de ser obstacle al compliment del deure de transparència envers els empleats públics, salvable, en qualsevol cas, per l'art. 135 LPI, així que permet revelar la informació protegida per drets de propietat intel·lectual al si d'un procediment administratiu o judicial.
- e) En quart lloc, i pel que respecta també al dret de defensa dels treballadors públics o aspirants a ser-ho en cas de ser objectes de decisions automatitzades de caire discriminatori en el procés d'accés a l'ocupació pública, s'ha de recordar que l'anomenada Directiva *Whistleblowing*, 2019/1937, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre de 2019, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió, proporciona cobertura a les denúncies relatives a les infraccions compreses a l'art. 2.1 a x) (relatius al processament de dades), i que el seu art. 4 estén el seu àmbit d'aplicació personal a qualsevol denunciador, tant si treballa al sector privat com al públic, que hagin obtingut informació sobre infraccions

en un context laboral¹⁴, citant els treballadors en el sentit de l'art. 45.1 TFUE, per tant, amb inclusió dels funcionaris públics. En l'àmbit d'aplicació material, escenari on se situen les decisions automatitzades i l'ús d'IA en relació amb el RGPD (art. 22) i, si escau, el Reglament que s'aprovi al seu moment sobre IA, també queda comprès el dret antidiscriminatori, que inclou les Directives 2000/43, 2000/78 i 2006/54, aplicable a l'ocupació tant pública com privada (cf. art. 3 Directiva 2000/78). Resulta de particular interès la seva aplicabilitat a processos de selecció, estenent les garanties davant de possibles represàlies també a tercers relacionats amb els denunciants (vg companys de feina) i entitats jurídiques amb què aquests mantinguin relació laboral o d'un altre tipus dins d'un context laboral (art. 4.4 de la Directiva). Tot i no comptar encara amb l'oportuna transposició interna (que s'ha de completar abans del 31-12-2021), cal subratllar-ne el valor interpretatiu respecte de la canalització de denúncies tant internes com externes per les violacions dels deures públics en matèria de perfilació i decisions automatitzades quan puguin afectar empleats públics si serveixen a l'avaluació del seu exercici (art. 20 EBEB).

5.3. Admissió de l'automatització en l'accés a l'ocupació pública

Considerades les raons ja exposades, cal concloure si el nostre ordenament jurídic admet l'ús de sistemes d'IA per a gestionar els processos de selecció a les administracions públiques.

La proposició de Llei d'Igualtat integral (2021) es refereix al seu article 21 a l'ús d'IA a les administracions públiques. Concretament, el seu primer apartat admet la utilització d'algoritmes en la presa de decisions a les administracions públiques, requerint que s'ajustin a determinats criteris (minimització de biaixos, transparència i retiment de comptes, afectant al seu disseny i a les dades d'entrenament) i disposant la necessitat d'abordar el seu potencial impacte discriminatori. El més rellevant d'aquesta al·lusió és precisament el reconeixent de l'existència d'algoritmes involucrats a la presa de decisions. Si bé no s'acota quin àmbit pot quedar afectat per la intervenció d'algoritmes, com a punt de partida permet reflexionar sobre la normalització del seu ús en el si de les administracions.

El següent pas és valorar les parcel·les concretes afectades per aquesta admissió. És a dir, si resulta possible jurídicament l'aplicació de sistemes algorítmics per regir el procés d'accés a la funció i a la ocupació pública. La primera qüestió a matisar és si parlem només de procediments de gestió o, també, de la pròpia selecció per ocupar un lloc de treball, i de l'accés pels procediments que permeten l'entrada a posicions de funció pública.

Així, caldria considerar si en efecte els models matemàtics es volen aplicar als procediments regits pels principis d'igualtat, mèrit i capacitat, i si el fet d'interposar un sistema d'IA interferiria en el correcte compliment dels mateixos. Es pot garantir que l'avaluació de candidats s'ajusta a la normativa reguladora d'accés a la funció pública si els subjectes avaluadors estan automatitzats? L'aproximació al problema requereix un doble anàlisi. Per una part, sobre el compliment dels citats mèrits. I, per una altra part, la

¹⁴ S'entén per tal "les activitats de treball presents o passades al sector públic o privat a través de les quals, amb independència de la naturalesa d'aquestes activitats, les persones poden obtenir informació sobre infraccions i en el que aquestes persones podrien patir represàlies si comunicuessin aquesta informació" (art. 5.9 de la Directiva).

motivació de la decisió. Pel que fa a la primera vessant d'observació, en principi, només el possible biaix algorítmic es podria oposar a l'efectiu acompliment del principi d'igualtat si es considera el risc d'error per part del sistema. Altrament, el risc no és més alt, ans al contrari, que si l'acció fos realitzada per humans. En segon lloc, respecte la motivació de la resolució, caldria que el sistema aplicat s'adaptés a les exigències de l'art. 22 RGPD, és a dir, que la decisió estigués, en part almenys, intervinguda per humans ("human in comand"), i fos explicable, com s'ha vist, una versió de la motivació de les decisions administratives. Això seria compatible amb la correcció automatitzada de proves escrites, durant les diferents fases del concurs o del concurs-oposició.

Arribats a aquest punt, caldria valorar si un procés d'accés a la funció pública podria continuar ordenant-se per aquesta via assistida per IA en les seves ulteriors fases, com ara a una possible entrevista, o examen oral. Es podria guiar per IA un concurs sense humans en què els candidats haguessin de ser entrevistats-examinats per un sistema intel·ligent?

Pel que fa a la primera fase de mera comprovació, no sembla objectable l'automatització del procés, que garanteix l'agilitat i celeritat del mateix, com ja s'ha vist anteriorment. Però, pel que fa a la resta de fases dels processos de selecció, que no estan subjectes, a l'actualitat, a cap automatització, donat que continua aplicant-se el sistema de tribunal humà tant per a la selecció de personal laboral com en altres concursos d'accés a la funció pública, la qüestió és si, considerades les anteriors raons, es podria sostenir la tesi de la introducció d'un canvi en el model que garantis l'automatització parcial d'altres fases del procediment. En altres paraules, si l'examen de coneixements reservat a comissions i tribunals humans es podria automatitzar. La resposta, si ens atenem a les exigències de l'art. 22 RGPD, ha de ser negativa, si resulta exigible la intervenció humana, i les entrevistes de coneixement han de poder ser humanes, és a dir, realitzades per humans. Però, quina és la resposta per aquelles proves que tenen caràcter escrit? La resposta a aquesta qüestió passa per dues consideracions:

- a) El processament del llenguatge per la intel·ligència artificial. En la mesura en que sigui possible la correcta traducció del llenguatge de qualsevol coneixement a llenguatge computacional, la resposta és positiva, doncs el sistema d'IA pot identificar les respostes correctes, tot i tractar-se, si escau, de respostes motivades més enllà dels tests, i inclús les respostes curtes. L'optimització dels sistemes d'aprenentatge automàtic pot permetre, amb l'evolució actual de la IA, validar respostes amb una alta fiabilitat, si el model està correctament construït des de la perspectiva computacional. Ara bé, a aquest model li és exigible tot el conjunt de requisits ja analitzats per a garantir la confiabilitat de la IA, així com la possibilitat de que el model sigui explicable i es puguin conèixer les raons que han conduït als resultats, que, a més de ser explicables, han de poder ser replicables.
- b) El model aplicat ha de ser testat prèviament, la qual cosa implica que hauria de passar per una prèvia anàlisi de riscos, inclosos els de discriminació, auditable de forma periòdica, i també complir el requisit de la diversitat, en tant el sistema de processament del llenguatge ha de poder captar les dificultats d'escriptura procedents de determinades diversitats funcionals, com ara la dislèxia o d'altres, per a garantir el principi d'igualtat, i el d'igualtat d'oportunitats en l'accés a l'ocupació. De la mateixa manera, el model ha d'estar lliure de biaixos, doncs, encara que es tracti només d'aplicar-lo a un procés de verificació de requisits,

aquesta acció, en la mesura en que es objecte de programació, pot incórrer en els diversos errors ja assenyalats quan s'aplica al context que ha d'analitzar (el conjunt d'aspirants a la plaça ofertada). Aquesta regla resulta relativament fàcil d'acomplir, en la mesura que els biaixos són mitigables, es pot programar el sistema per donar rellevància a grups minoritaris socialment desfavorits o bé ignorats en grans conjunts de dades, i es pot comprovar prèviament l'impacte discriminatori de la seva aplicació, així com auditar el seu funcionament i els seus resultats.

Pel que fa a la fase final d'entrevista, els sistemes de *screening* no semblen compatibles amb el requisit d'intervenció humana (més enllà de la validació final de la decisió o recomanació del sistema d'IA), en la línia tant de l'art. 22 RGPD com de la proposta de Reglament d'IA a la Unió Europea.

6. Avaluació de l'exercici

Els models matemàtics per valorar el rendiment (Longo, 2005) o exercici laboral ("desempeño") són coneguts en l'àmbit dels recursos humans, però la novetat del s. XXI és la seva digitalització. Aquests models prioritzen les persones més ben qualificades a través de l'aplicació de mètriques de control de qualitat (vg Workplace Analytics), que usen una combinació de factors (ràtio entre tasques assignades i no realitzades, velocitat d'execució, treball a les franges horàries prioritàries) per a l'organització... properes al "treball a preu fet". Diversos treballs de camp il·lustren les utilitats de tècniques algorítmiques per a classificar i avaluar empleats, incloent models d'aprenentatge automàtic. Un exemple concret, citat per Pampouktsi, Avdimiotis, Maragoudakis i Avlonitis (2021: 539), és l'algoritme CHAID C4.5¹⁵, que serveix per a realitzar prediccions sobre la conducta laboral, inclòs l'exercici, així com la permanència a l'empresa, utilitzant com a dades d'entrada les dades disponibles a l'etapa de selecció emmagatzemades per l'empresa o l'organització (edat, sexe, estat civil, formació acadèmica, experiència laboral i canals de contractació)¹⁶. Val a dir que aquestes dades també es recopilen i enregistren a les administracions públiques, i que, sense anar més lluny, les "borses d'interins" integrarien aquests trets.

De ser admesa, la seva aplicació a l'àmbit de les administracions públiques, als efectes de l'art. 20 EBEB (procediment per mesurar i valorar la conducta professional i el rendiment o l'èxit de resultats), hauria de respondre a les exigències del seu apartat

¹⁵ Els autors també citen el treball de camp d'Azar et al. (2013). Aquests autors van intentar connectar l'exercici laboral amb algunes habilitats crítiques (factors efectius) dels empleats, utilitzant algorismes d'aprenentatge automàtic, sense èxit, però identificant cinc característiques, valuoses per a fins de promoció: àrea d'ocupació, nivell d'educació, puntuació de l'examen, puntuació de l'entrevista i treball i experiència. Més específicament, van intentar classificar i connectar l'exercici dels empleats personals en funció de diversos paràmetres com a exàmens o característiques del treball (quantitatives o qualitatives) amb l'exercici laboral final, utilitzant tres algorismes diferents (QUEST, CHAID i CART). Un altre exemple és el de Luo et al., 2019, aplicat per predir l'exercici dels candidats per a un treball en particular, utilitzant models d'aprenentatge automàtic latents no supervisats per estimar la relació entre les habilitats dels empleats i el treball, ja sigui per a la selecció inicial de candidats o per avaluar l'exercici laboral.

¹⁶ Segons relaten els autors, els empleats amb més qualificació, més nivell educatiu, com els de postgrau o doctorat i els empleats amb un o més anys d'experiència laboral, es van exercir millor que altres empleats, però la seva taxa de renúncia va ser més alta que la d'altres empleats. Afegeixen que, d'acord amb Chien i Chen (2008), els resultats van mostrar que els empleats contractats per canals interns tenien més probabilitats d'exercir-se millor que els contractats per canals externs. Vol dir això que l'oferta pública en aquest cas determina un pitjor resultat en cas d'extrapolar el resultat a ocupació pública?

segon (adequar-se a criteris de transparència, objectivitat, imparcialitat i no discriminació i compatibilitat amb els drets dels empleats públics).

Ara bé, acceptada la possibilitat que la gestió de les relacions de treball dels empleats esmentats també s'adapti a models d'analítica de persones, s'ha de sotmetre a examen la legalitat de tal implantació, que la Proposició de Llei integral per a la igualtat de tracte i la no discriminació¹⁷ presentada pel partit governant (i que recupera el vell text de la IX Legislatura¹⁸) acull en el seu art. 21 amb caràcter genèric per assistir l'adopció de decisions, cosa que implica que també ho siguin a aquelles relacionades amb els seus empleats i no només amb la ciutadania, sota criteris compartits amb l'art. 20.2 EBEB (els que han de presidir els sistemes d'avaluació de l'acompliment): minimització de biaixos (amb abordatge del seu potencial impacte discriminatori), transparència (així mateix en el disseny i la implementació) i rendició de comptes, incloent-hi la interpretabilitat de les decisions adoptades, i la promoció de l'ús de IA ètica i fiable.

Per una altra banda, no es pot oblidar la modulació dels drets fonamentals dels empleats públics per l'interès públic o exercici de la funció pública que tenen encomanada (Embid Irujo, 1987) i que inspira decisions com la STS, Cont., de 26 d'abril de 2021 núm. 557/2021 (sobre videovigilància, admesa per l'art. 11 j bis EBEB), on es reforcen els nivells d'exigència de la prestació deguda (STC 114/1987, de 6 de juliol), encara sota el prisma del criteri de proporcionalitat, tenint en compte la "necessitat del manteniment i compliment de la relació de servei que es desplega sobre les obligacions que es deriven del règim propi dels funcionaris públics, és a dir, d'una relació administrativa que exigeix vetllar pel compliment de les seves obligacions", fet que condueix a excloure la necessitat d'obtenir el seu consentiment com a pressupost d'aquesta gestió de dades.

La forma específica de garantir la transparència i la interpretabilitat de les decisions afectades per l'automatització s'ha de resoldre per part de la jurisprudència o la futura Llei UE d'intel·ligència artificial, d'acord amb el criteri de l'*explicació suficient* sobre el funcionament intern de l'algoritme i el seu ús com a guia de l'adopció motivada de la decisió. D'altra banda, l'aplicació de les Directrius del Conveni 108 (*Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*) que recomanen a les parts signants animar les parts interessades, inclosos sindicats, en el procés de disseny del processament de dades (apartat 2.7), hauria d'obrir la porta a una mena de negociació dels sistemes a emprar per a l'avaluació i l'organització del treball, si bé la pròpia dicció de l'art. 20 EBEB sembla resistir-se a compartir les prerrogatives de les administracions públiques pel que fa al control del treball dels empleats públics (amb excepció del que s'ha acordat en el marc de l'art. 22 de l'art. 6 del IV Conveni Col·lectiu per al personal laboral i en els respectius convenis autonòmics o locals).

D'altra banda, resulta d'interès el deure informatiu previst a la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de juny de 2019, *relativa a unes condicions laborals transparents i previsibles a la Unió Europea*, que, encara que no transposat encara a l'ordenament espanyol (i per tant, no resolta l'excepció prevista a l'art. 1.6 relativa a la facultat dels Estats membres d'excloure de la seva aplicació als funcionaris públics i determinats serveis públics d'especial interès per a la seguretat i la justícia), ordena

¹⁷ Consultable a https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-146-1.PDF.

¹⁸ Consultable a <https://www.mscbs.gob.es/novedades/docs/apLeyIgualdaTrato.pdf>.

comunicar als empleats "el patró de treball" (la forma d'organització del temps de treball i la distribució).

L'avaluació de l'exercici té impacte directe sobre la fixació dels salaris, la quantia dels quals, *ex art. 21.1 EBEB*, es determina a la corresponent llei de pressupostos, cosa que no impedeix, *a priori*, l'ús de models algorítmics en el seu càlcul, doncs, en aplicació de l'art. 21.3, aquestes necessiten una combinació traduïble matemàticament dels criteris relacionats amb les característiques dels llocs de treball, l'exercici, i el rendiment o resultats aconseguits de forma individual, que es puguin assistir per IA i processament de macrodades. Ara bé, tenint en compte els també descrits plans de digitalització de les administracions públiques, cal qüestionar si el càlcul mitjançant macrodades que defineixin la granularitat de l'anàlisi de totes les característiques indicades (llocs de treball, rendiment, resultats...) podria introduir un biaix, per manca de diversitat, en perjudici de les dones del sector públic i de col·lectius minoritaris. D'aquí la importància d'incorporar elements com la diversitat, la mitigació de biaixos, la suficiència de les dades i la seva transparència, per al bon govern de les relacions de l'administració pública amb els seus empleats.

Així doncs, les grans incerteses que planen sobre l'ús d'intel·ligència artificial en la gestió de les relacions amb els empleats públics urgeix a una regulació explícita d'aquestes aplicacions en el context de la transformació digital de les administracions públiques, que *normatitzi* la justícia o equitat algorítmica (Roig, 2020: 174-186) i que introdueixi a l'EBEB una guia de conducta que superi l'exigua referència a les TIC introduïda per la disposició final 13 LOPD, per abastar les diferents implicacions de la digitalització, inclòs l'ús d'algoritmes predictius de aprenentatge automàtic en l'ordenació d'aquestes relacions, i que, igualment, expliciti la previsió de la proposició de llei d'igualtat integral quan es refereix a l'art. 21 a la seva aplicació a les decisions que adoptin les administracions públiques a aquest context.

De la mateixa manera, i sense perjudici de les opcions de solució tècnica com el disseny de codi obert, l'impacte de riscos o les auditories d'algoritmes, la interpretació de l'interès públic a la panòptica a què se subjecta els empleats públics per verificar el compliment dels seus deures s'ha d'ajustar a mecanismes invasius que poden fer inferències a través de l'anàlisi de dades fins i tot anonimitzades. L'ús de les dades per combatre biaixos discriminatòries és també una eina amb un poderós potencial que a Espanya encara no s'ha explorat (i que el dret anglosaxó proposa com a eina d'equitat algorítmica, Ho i Xiang, 2020), al qual s'hauria d'aprofundir.

7. Biaixos sota el dret antidiscriminatori

Atesa la realitat contrastada de l'impacte discriminatori de l'ús d'intel·ligència artificial, cal constatar si el nostre dret està preparat per donar resposta satisfactòria a les reclamacions sobre responsabilitat algorítmica. Efectivament, com assenyalen Gerards i Xanidis, la substitució de criteris associats a característiques protegides pel dret antidiscriminació de la Unió Europea no és admesa pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (vg país de naixement com a substitut d'origen ètnic, com va succeir a la sentència de 6 d'abril de 2017, assumpte C-668/15, Jyske Finans A/S), malgrat l'existència efectiva del que Xanidis anomena "formes interseccionals de discriminació" que qüestionen la gramàtica del dret antidiscriminatori de la Unió Europea. Aquesta postura, poc coherent amb l'impacte discriminatori dels algoritmes, permet concloure que el dret de la UE, i, per derivació, el nostre, no està preparat per donar resposta a la discriminació algorítmica, ja que permet escapar a diferents manifestacions de l'impacte de les

decisiones automatitzades a un marc legal encotillat que pateix buits legals i obliga a constrènyer l'anàlisi de l'àmbit o l'abast de la discriminació a uns paràmetres simplificats, on no hi ha espai per a la discriminació múltiple.

Les decisions automatitzades poden incórrer en discriminació múltiple com a conseqüència de la seva reproducció de la realitat social complexa i on interseccionen diferents prejudicis socials que poden confluïr sobre els mateixos individus. Identificar i corregir aquest biaix quan prové de models matemàtics per a l'adopció de decisions introdueix majors dosis de dificultat a una tasca críptica, doncs, en termes computacionals, exigeix la combinació de diversos criteris de correcció per evitar la segregació d'una sola de les característiques a tutelar, però, en realitat, la tècnica posa a l'abast del dret antidiscriminatori opcions de molta més complexitat en l'àmbit del dret, ja que resulta més accessible dissenyar una ordre de no discriminar (és a dir, de prioritzar) determinades característiques combinades que hi conflueixen individu (sexe, origen ètic, orientació sexual...) per a l'algoritme que cal respondre amb les eines legals necessàries a un cas de discriminació múltiple. Simplement perquè allò que, per a la tècnica resulta factible, per al dret no està encara consolidat, ja que el dret de la Unió Europea, com l'espanyol, no ha positivitzat un concepte legal de discriminació múltiple que permeti, no només identificar aquest tipus d'intersecció discriminatòria, sinó tutelar-la amb més garanties en lloc de mantenir el seu tractament com a suma de causes independents.

Finalment, no es pot oblidar el pressupost d'entrada a l'avaluació del caràcter discriminatori d'una decisió: que hi hagi indici de la discriminació o que es pugui demostrar un indici de discriminació suficient. Realment decidir per mecanismes digitals interposats dificulta la prova de l'indici o aquesta intermediació no altera el règim de prova indiciària? L'indici de discriminació¹⁰⁰ es pot construir a partir d'una aparença suficient per generar el dubte sobre un acte hipotèticament discriminatori. No cal rebutjar *a priori* que la interpretació d'aquesta aparença o *prima facie* no quedi alterada com a conseqüència de l'ús d'un algoritme, ja que aquests es presenten precisament com a eines per a l'objectivitat i la precisió en l'assessorament de decisions. Però és evident que, en un escenari com el d'un procés de selecció de treballadors, el biaix de l'algoritme, si n'hi ha, provocarà un resultat fàcilment acreditable a través de la comparació entre els individus elegits i els exclosos, suficient per generar el dubte necessària.

Ara bé, admès l'indici, i considerant la gran precisió amb què pot operar l'algoritme de selecció, llevat que el biaix es trobi en el seu propi disseny (codi font), com s'efectua l'anàlisi comparativa a l'univers objecte de processament pel mateix davant de l'individu exclòs de la selecció? En altres paraules, si en un procés de selecció amb la concurrència de centenars de candidats són exclosos grups d'individus diferents amb característiques diverses protegides (o fins i tot no protegides), la comparació entre la persona reclamant i les elegides o que van romandre fins a fases avançades del procés de selecció no permetrà constatar que la causa d'exclusió sigui únicament la que aquesta posseeix, ja que confluirà tot un univers de característiques igualment rebutjades (inferències de dades). Encara resulta més complicat analitzar decisions a la llum del dret antidiscriminatori quan els criteris emprats per l'algoritme no correlacionen exactament amb característiques atribuïbles a una categoria social protegida, encara que poden correlacionar igualment amb aquesta característica. Si alhora la característica amb què es realitza l'associació no es troba entre les protegides pel dret antidiscriminatori (les directives esmentades o l'art. 14 CE), es podria produir una situació de discriminació interseccional producte de la confluència de diversos factors que només en una anàlisi més exhaustiva, i en el cas que alguna fos una de les causes protegides per l'art. 14, podria qualificar-se de discriminatori. En definitiva, el dret antidiscriminatori necessita una reinterpretació tenint en compte aquestes noves formes de discriminació tecnològica que permetin ajustar les respostes legals. Com afirma la sentència del Tribunal de Bolonya de 31 desembre de 2020, núm. 29491, els models algorítmics poden ser no inclusius. I, en aquest cas, no seran conformes a la nostra legislació.

Referències

- Azar, A., Sebt, M. V., Ahmadi, P., i Rajaeian, A. (2013): "A Model for Personnel Selection with a Data Mining Approach: A Case Study in a Commercial Bank". *SA Journal of Human Resource Management*, núm. 11, Article núm. 449, <https://doi.org/10.4102/sajhrm.v11i1.449>.
- Barocas, Solon i Selbst, Andrew D. (2016): "Big data's disparat impact". *Califòrnia Law Review*, núm. 104, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899.
- Barona Vilar (2021): *Algoritmizació del Dret i de la Justícia. De la Intel·ligència Artificial a la Smart Justice*. Tirant lo blanch, València.
- Barrio Andrés, Moisés (2020): "Retos y desafíos del Estado algorítmico de Derecho". ARI 82/2020, Real Instituto Elcano, 9/6/2020, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CO NTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari82-2020-bar-i-desafiament-del-estat-algoritmico-de-dret.
- Becker, Brian E., i Huselid, Mark A. (2006): "Strategic Human Resource Management: Where Do We Go from Here?". *Journal of Management*, núm. 32, pp. 898-925, <https://doi.org/10.1177/0149206306293668>.
- Beer, David (2017): "The social power of algorithms". *Information, Communication & Society*, vol. 20, núm. 1, pp. 1-13. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2016.1216147>.
- Bentham, Jeremy (1871): *El panóptico*. Publicat per la *Revista de pensamiento penal*, 2014, a <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/10/doctrina39886.pdf>.
- Boix Palop, Andrés (2021): "Los algoritmos son reglamentos. La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones". *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, pp. 223-269.
- Bucher, Taina (2012): "Want to be on the top? Algorithmic power and the threat of invisibility on Facebook", <https://doi.org/10.1177/1461444812440159>.
- Bucher, Taina (2018): *If... Then: Algorithmic Power and Politics*. Oxford: Oxford University Press, DOI: 10.1093/ós/9780190493028.001.0001.
- Burrell, Jenna (2016): "How the machine 'thinks': understanding opacity in machine learning algorithms". Volum 3, número 1, <https://doi.org/10.1177/2053951715622512>.
- Castellanos Claramunt, Jorge, i Montero Caro, M. Dolores (2020): "Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales". *Ius et Scientia*, vol. 6, núm. 2, <https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA>, pp. 72-82.
- Centre For Data Ethics And Innovation (2020): *Review into bias in algorithmic decision-making*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/957259/Review_into_bias_in_algorithmic_decision-making.pdf.
- Chien, Chen-Fu, i Chen, Li-Fei (2008): "Data Mining to Improve Personel Selection and Enhance Human Capital: A Case Study in High Technology Industry". *Expert Systems with Applications*, núm. 34, pp. 280-290, <https://doi.org/10.1016/j.eswa.2006.09.003>.
- Cotino Os, Lorenzo; Valero Torrijos, Julián; Ponce, Juli; Martín, Isaac; Cerrillo, Agustí; Rierol, Luis; Parejo, Luciano; Alamillo, Ignacio; Velasco, Clara; Boix, Andrés i Restrepo-Amariles, David (2019): *Conclusiones del I seminario internacional sobre Derecho administrativo e inteligencia artificial*. Centre d'Estudis Europeus i Transjus-Universitat de Barcelona, Toledo, 1/4/2019, a

<https://transjusblog.wordpress.com/2019/04/17/conclusiones-del-i-seminari-internacional-dret-administratiu-e-intel·ligència-artificial/>.

De la Sierra Morón, Susana (2020): "Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública". *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53.

De la Serra Morón, Susana (2021): "Control judicial de los algoritmos: robots, administración y estado de derecho". Lefebvre, Derecholocal.es, 05/21/2021, <https://derecholocal.es/opinion/control-judicial-de-los-algoritmos-robots-administracion-y-estado-de-derecho>.

Department For Digital, Culture, Media & Sport (2021): *Data: a new direction*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1022315/Data_Reform_Consultation_Document_Accessible.

Domingos, Pedro (2015): *The master algorithm: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world*. Basic books.

Embid Irujo, Antonio (1987): *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (un estudio de los Derechos alemán y español)*. INAP. Madrid.

Estévez, Elsa, Fillottrani, Pablo, i Linares Lejarraga, Sebastián (2020): *Prometea: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial*. Banc Interamericà de Desenvolupament, <http://dx.doi.org/10.18235/0002378>.

Flors, Anthony W., Bechtel, Kristin, Lowenkamp, Christopher T. (2016): "False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks". *Federal Probation*. Volum 80, núm. 2.

Fondevila Antolín, Jorge (2021): "La obligación de utilización de medios electrónicos en los procesos selectivos: ciudadanos o súbditos". *Revista del Instituto Vasco de Administración Pública*. *Revista de l'Institut Basc d'Administració Pública*, núm. 20, pp. 88 i ss., <https://doi.org/10.47623/ivap-rvvp.20.2021.05>.

Fröhlich, Wiebke, Spiecker, Indra i Döhmman, Genannt (2018): "Können Algorithmen diskriminieren?" (Poden els algoritmes discriminar?), *Verfassungsblog*, 26/12/2018, a <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/>, traduïda al castellà <https://www.lamarea.com/2019/05/17/poden-discriminar-los-algoritmes/>, 17/5/2019.

Gillespie, Tarleton (2016): "Algorithm". A *Digital Keywords: A Vocabulary of Information Society and Culture*, ed B. Peters (Princeton, NJ: Princeton University Press), DOI: 10.1515/9781400880553-004.

Grup d'Experts d'Alt Nivell Sobre IA (2016): "Directrices éticas para una IA fiable", Brussel·les, 8/4/2019, <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.

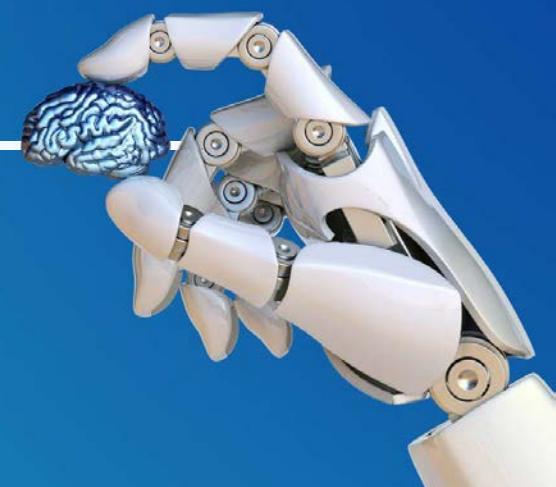
Ho, Daniel E., i Xiang, Alice (2020): "Affirmative Algorithms: The Legal Grounds for Fairness as Awareness". *The University of Chicago Law Review Online* (30/10/2020), <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/10/30/aa-ho-xiang/>.

Information Commissioner Office (UK): *What is automated individual decision-making and profiling?*, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/>.

- Kaplan, Andreas, i Haenlein, Michael (2019): "Siri, Siri, in My Hand: Who's the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations, and Implications of Artificial Intelligence". *Business Horizons*, núm. 62, pp. 15-25, <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004>.
- Kellog, Katherine C., Valentine, Melissa A., y Christin, Angèle: Algorithms at Work (2020): The New Contested Terrain of Control. *Academy of Management Annals*, vol. 14, núm. 1, <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>.
- Kitchin, Rob (2017): "Thinking critically about and researching algorithms". *Information, communication & society*, vol. 20, núm. 1, <http://dx.doi.org/10.1080/1369118X.2016.1154087>.
- Laaksonen, Salla-Maaria, Haapoja, Jesse, Kinnunen, Teemu, Nelimarkka, Matti, i Pöyhtäri, Reeta (2020): "The Datafication of Hate: Expectations and Challenges in Automated Hate Speech Monitoring". *Front. Big Data*, 2020.05.02, <https://doi.org/10.3389/fdata.2020.00003>.
- Latorre, José Ignacio (2019): *Ética para máquinas*. Ariel, Barcelona.
- Lazcoz Moratinos, Guillermo (2020): "Análisis de la propuesta de reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas". *Ius et ciencia*, vol. 6, núm. 2, pp. 26-41.
- Llaneza, Paloma (2019): *Datanomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos*. Edicions Deusto, Editorial Planeta, Barcelona.
- Longo, Francisco (2005): "Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las administraciones públicas", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41/2005, pp. 127-144.
- Lorica, Ben (2017): "The state of AI adoption. An overview of adoption, and suggestions to companies interested in AI technologies", <https://www.oreilly.com/ideas/the-state-of-ai-adoption-18/12/2017>.
- Luo, Z., Liu, L., Yin, J., Li, Y., i Wu, Z. (2019): "Latent Ability Model: A Generative Probabilistic Learning Framework for Workforce Analytics". *IEEE transactions on knowledge and data engineering*, núm. 31, pp. 923-937. <https://doi.org/10.1109/TKDE.2018.2848658>.
- Mackenzie, Adrian (2017): *Machine Learners: Archaeology of Data Practice*. Cambridge, MA: The MIT Press.
- Mayer-Schönberger, Viktor i Cukier, Kenneth (2013): *Big Data*. Turner publicacions, Madrid.
- Mayson, Sandra G. (2019): "Bias In, Bias Out". *The Yale Law Journal*, vol. 128, núm. 8, <https://www.yalelawjournal.org/article/bias-in-bias-out#:~:text=abstract,to%20have%20disparate%20racial%20impacts>.
- Miller, Alex P. (2018): "Want less-biased decisions? Use algorithms", *Harvard Business Review*, 26/7/2018, a <https://hbr.org>.
- O'Neil, Cathy (2017): *Armas de destrucción matemática*, ed. Capitan Swing, Madrid.
- Ortega Klein, Andrés (2019): "La nueva política sigue la innovación privada en la gestión de lo público: Gobernanza digital: ¿hacia una nueva utopía?", *Telos: cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 110, <https://telos.fundaciontelefonica.com/telos-110-autor-invitado-gobernanza-digital-cap-una-nova-utopia/>.
- Pampouktsi, Panagiota; Avdimiotis, Spyridon; Maragoudakis, Manolis, i Avlonitis, Markos (2021): "Applied Machine Learning Techniques on Selection and Positioning of Human Resources in the Public Sector". *Open Journal of Business and Management*, vol. 9, núm. 2. DOI: [10.4236 / ojbm.2021.92030](https://doi.org/10.4236/ojbm.2021.92030).

- Pasquale, Frank (2019): "A Rule of Persons, Not Machines: Limits of Legal Automation", *The George Washington Law Review*, vol. 87, núm. 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135549.
- Penz, Otto Sauer, Birgit, Gaitsch, Myriam, Hofbauer, Johanna i Glinsner, Barbara (2017): "Post-bureaucratic encounters: affective labour in public employment services". *Crit. Soc. Policy*, vol. 37, núm. 4, pp. 540-561, DOI: 10.1177 / 0261018316681286.
- Protasiewicz, Jarosław, Pedrycz, Witold, Kozłowski, Marek, Dades, Sławomir, Stanisławek, Tomasz, Kopacz, Agata, i Gałęzewska, Małgorzata (2016): "A recommender system of reviewers and experts in reviewing problems", *Knowledge-Based Systems*, vol. 106, pp. 1643178, DOI: [10.1016/j.knosys.2016.05.041](https://doi.org/10.1016/j.knosys.2016.05.041).
- Pujol Vila, Oriol (2021): "The concept of 'artificial intelligence'. Opacity and societal impact". A Pablo García Mexía i Francisco Pérez Bes (Eds.): *Artificial Intelligence and the law*. Wolters Kluwer.
- Rivas Vallejo, Pilar (2020): *La aplicación de la inteligencia artificial al ámbito del trabajo*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- Roig, Antoni (2020): *Las garantías frente a las decisiones automatizadas: del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*. Bosch, Barcelona.
- Soriano Arnaz, Alba (2021): "Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales", <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1511706#nota6>.
- Spiegelhalter, David, a Harford, Tim (2014): "Big data: are we making a big mistake?". *The Financial Times*, 28/3/2014, <https://www.ft.com/content/21a6e7d8-b479-11e3-a09a-00144feabdc0>.

Els algoritmes i la gestió del treball en les organitzacions estructurades pels principis d'igualtat i mèrit



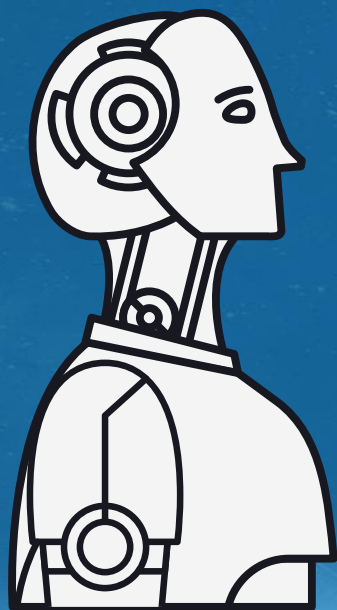
Pilar Rivas Vallejo



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

SUMARI



I. IA: aprenentatge automàtic i decisions automatitzades (aproximació conceptual)

II. Marc legal

III. Ús d'IA a les administracions públiques i dret a la igualtat i a la no discriminació (es pot utilitzar la IA per a gestionar l'accés a l'ocupació i gestionar les relacions de treball/servei?)

IV. Dret antidiscriminatori



Intel·ligència artificial: aprenentatge automàtic i decisions automatitzades (aproximació conceptual)





decisions automatitzades



Intel·ligència artificial (IA)

Proposició de reglament del Parlament Europeu i del Consell per la qual s'estableixen normes harmonitzades en matèria d'intel·ligència artificial (Llei d'intel·ligència artificial) i es modifiquen determinats actes legislatius de la Unió
(21 abril 2021)

«**Sistema d'intel·ligència artificial (sistema d'IA)**»: el software que es desenvolupa emprant una o diverses de les tècniques i estratègies que figuren a l'annex I i que pot, per a un conjunt determinat d'objectius definits per éssers humans, **generar informació de sortida com a continguts, prediccions, recomanacions o decisions** que influeixin en els entorns amb què interactua
(art. 3.1)

- Estratègies d'**aprenentatge automàtic**, inclosos l'aprenentatge supervisat, el no supervisat i el realitzat per reforç, que empren una àmplia varietat de mètodes, entre ells l'**aprenentatge profund**
- Estratègies basades en la lògica i el coneixement, especialment la representació del coneixement, la programació (lògica) inductiva, les bases de coneixement, els **motors d'inferència i deducció**, els sistemes experts i de raonament (simbòlic)
- Estratègies estadístiques, estimació bayesiana, mètodes de cerca i optimització

aprenentatge automàtic

branca de la intel·ligència artificial
relacionada amb la funció d'aprendre de
l'experiència

datificació / digitalització

representació del coneixement i la
realitat en forma de dades

entrenament de les dades

aprenentatge supervisat

- associacions-inferències

aprenentatge no supervisat

- classificació -elecció/descart
- regressió -ordenació

aprenentatge per reforç

- interactuació
- opinions / likes

prediccions

▀ decisions automatitzades

aprenentatge profund

complexa estructura de capes de dades brutes

intel·ligència artificial (IA)

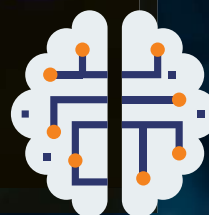
ciència que
construeix models
matemàtics per
resoldre problemes
humans

algoritme

conjunt de regles
que defineixen
amb precisió una
seqüència
d'operacions per a
executar una tasca
específica

mineria de dades

ciència que intenta
descobrir patrons en
grans volums de
conjunts de dades
usant IA, aprenentatge
automàtic, estadística
i bases de dades



Dades, mineria de dades i automatització



MINERIA DE DADES

Anàlisi de dades per a obtenir patrons

els algoritmes han d'aprendre de les dades històriques i extreure conseqüències



ALGORITMES

Intervenció en el seu disseny, però el seu funcionament és autònom mitjançant **aprenentatge profund**

els resultats acaben per no ser control·lables



APRENTATGE AUTOMÀTIC PROFUND

Quan s'alimenta l'algoritme, aquest absorbeix la realitat identificada a les dades, i replica les **conclusions extrems**



Riscos de l'aprenentatge automàtic



OPACITAT



no es coneix la relació entre les dades d'entrada i de sortida



capsa negra

falta de transparència i de motivació



ERRORS

- etiquetat de dades
- insuficiència de dades de mostra (*sobrerrepresentació*)
- dades incompletes (*subrepresentació*)
- incorrecta interpretació



BIAIXOS

ús de dades anteriors: patrons històrics

- els algoritmes repliquen la realitat apresada, convertint en recomanació els patrons detectats, que poden ser de **discriminació**

el risc es troba realment a les dades i no tant al disseny de l'algoritme

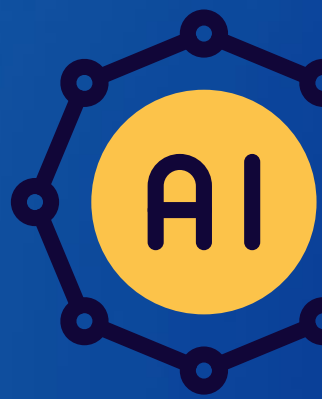


**Proposició de
reglament en
matèria
d'intel·ligència
artificial (Llei
d'intel·ligència
artificial) UE
(21 abril 2021)**



Art. 6.2:

**“...també es consideraran d'alt risc els
sistemes d'IA que figuren a l'annex III”**



Annex III

**1. Identificació biomètrica i categorització de persones
físiques:**

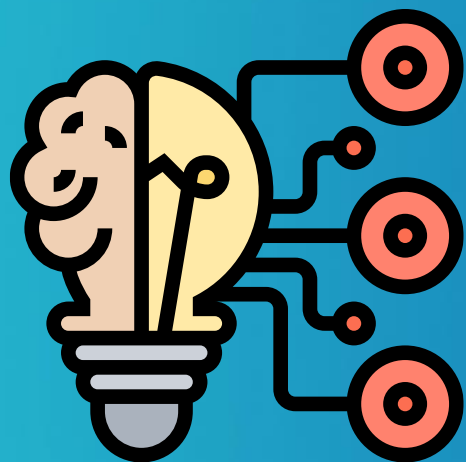
a) sistemes d'IA destinats a utilitzar-se en la identificació
biomètrica remota «en temps real» o «en diferit» de persones
físiques **screening**

**4. Ocupació, gestió dels treballadors i accés a
l'autoocupació:**

a) sistemes d'IA destinats a utilitzar-se per a la **contractació o
selecció de persones físiques**, especialment per anunciar llocs
vacants, classificar i filtrar sol·licituds o avaluar candidats en
el transcurs d'entrevistes o proves

b) IA destinada a utilitzar-se per prendre decisions relatives a
la **promoció i resolució de relacions contractuals d'índole
laboral**, a l'assignació de tasques i al seguiment i avaluació
del rendiment i la conducta de les persones en el marc de les
relacions de treball

IA i igualtat



APRENENTATGE AUTOMÀTIC

- optimització: entrenament
- no es coneix la relació entre les dades d'entrada i de sortida
- errors en les dades o el seu etiquetat
- patrons històrics

discriminació indirecta

DADES BIOMÈTRIQUES I CARACTERÍSTIQUES PERSONALS

- ADN d'empresa (i *employer branding*): filtrat de característiques afins a l'empresa
- constitueix **discriminació directa** -STJUE 10/7/2008, Firma Feryn-

SCREENING

usat en entrevistes de selecció

- psicometria i psicogènia
- eines d'anàlisi de llenguatge i comportament
- captació de dades

aplicació de sistemes d'IA a la selecció de personal



1

E- RECRUITING (SELECCIÓ)

la IA pot
automatitzar la
qualificació i
avaluar i **filtrar**
les demandes
d'ocupació



worcket  Machine learning

Worcket genera algoritmos de aprendizaje automatico para sugerirte perfiles de candidatos de acuerdo a tus selecciones anteriores.

2

AVALUACIÓ D'HABILITATS I COMPETÈNCIES

- qualificació
- promoció professional
- productivitat i retribucions
- rendiment



3

ORGANITZACIÓ I CONTROL DEL TREBALL

- càlcul de processos i temps
- avaluació de tasques
- rastreig /pulseres
- rellevància d'opinions de clients (PD)
- teletreball



DECISIONS EMPRESARIA LS

**adopció
automatitzada de
decisiones per IA**
ug. contractació,
extinció (ineptitud,
causes ETOP...)



**aplicacions
basades en
aprenentatge
automàtic i
dades**

SISTEMES D'IA D'ALT RISC
baix cost + gran eficàcia: optimització

II. Marc legal



marc legal i proposicions legislatives

- UE: IA + RGPD
- Espanya: LOPD + igualtat



UNIÓ EUROPEA

- RGPD
- Proposició de Reglament IA 2021



- IA d'alt risc
- obligacions per usuaris (empredadors)

Espanya

- LOPD + ET
- Proposició de Llei integral d'igualtat 2021



- minimització de biaixos
- transparència en disseny i implementació
- interpretabilitat
- **administraciones públicas**



**IA
d'alt
risc**



Proposició de Reglament IA 2021 complementa el RGPD 2016/67

«usuari»: tota persona física o jurídica,... que utilitzi un sistema d'IA sota la seva pròpia autoritat (art. 3.4)

empreses, AA.PP.

DRETS dels afectats

drets informatius (individuals): a conèixer els sistemes de reconeixement d'emocions o de categorització biomètrica -el seu funcionament (art. 52) -s'admeten

- **no inclou drets laborals**
- **es refereix a les relacions entre empreses proveïdores i usuàries =art. 41 LPRL**

inconvenients

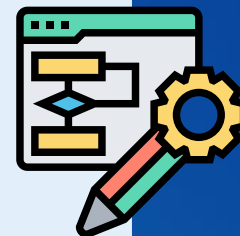


en la mesura en què exerceci el control sobre les dades



garanties

- **conjunts de dades d'entrenament, validació i prova**
- **transparència i traçabilitat** garantides i controls ex post sòlids
- **mínima afectació al dret a la protecció de la propietat intel·lectual (art.70)**
- **avaluació pública**
- **vigilància humana (art. 14) - supervisió**



obligacions de les empreses usuàries

- **transparència**
- **ús adequat**
- **pertinència de les dades**
- **vigilància de l'IA d'alt risc**
- **avaluació d'impacte de dades**

responsabilitats administratives (art. 71)



Carta de drets digitals (2021)



III. Dret a la protecció de dades

V. Dret a no ser localitzats i perfilats

VIII. Dret a la igualtat i a la no discriminació a l'entorn digital

XVIII. Drets digitals de la ciutadania en les seves relacions amb les administracions públiques

XIX. Drets a l'àmbit laboral

XXV. Drets davant la intel·ligència artificial



LOPD 2018

- **dret a la intimitat i a la protecció de dades: videovigilància i geolocalització**
- **dret a la desconnexió digital a l'àmbit laboral**

art. 14.j bis) EBBB i 20 bis ET



XIX. Drets a l'àmbit laboral

Drets dels treballadors del **sector públic o privat** als entorns digitals i el **teletreball**

- a) desconexió digital
- b) intimitat personal i familiar, honor, i pròpia imatge, protecció de dades i secret de les comunicacions en l'ús de dispositius digitals, de videovigilància, enregistrament de sons, monitoratge, **analítica i processos de presa de decisió en matèria de recursos humans i relacions laborals**, i en particular, l'analítica de xarxes socials
 - **obligació d'informar la RLT sobre paràmetres, regles i instruccions en què es basen els algoritmes o sistemes d'IA que afecten la presa de decisions amb incidència a les condicions de treball, l'accés i el manteniment de l'ocupació, inclosa l'elaboració de perfils**
- c) drets en la utilització de **sistemes biomètrics i de geolocalització**
- d) garantia dels drets davant de l'ús de **procediments d'analítica de dades, IA i, en particular, les previstes a la legislació respecte de l'ús de decisions automatitzades en els processos de selecció de personal**
- e) ús lícit, lleial, proporcionat i transparent dels controls empresarials digitals
- f) rebre els mitjans tecnològics per poder desenvolupar la seva activitat sense BYOD i informació sobre els criteris d'ús
- g) protecció davant de l'assetjament utilitzant mitjans digitals
- h) qualificació digital, per l'adquisició de les competències digitals requerides en el àmbit laboral per incrementar les seves oportunitats laborals
- (i) **dignitat i drets fonamentals**





XIX. Drets a l'àmbit laboral

Drets dels representants dels treballadors del **sector públic o privat als entorns digitals i el teletreball**

- a ser **informat** la RLT sobre paràmetres, regles i instruccions en què es basen els algoritmes o sistemes d'IA que afecten la presa de decisions que poden incidir en les condicions de treball, l'accés i el manteniment de l'ocupació, inclosa l'elaboració de perfils
- possibilitat d'establir garanties addicionals a la **negociació col·lectiva**, i regular la participació dels treballadors en els processos de transformació digital i en la determinació de les seves conseqüències laborals

DEURES EMPRESARIALS: AVALUACIÓ DE RISCOS

obligació d'avaluació d'impacte d'algoritmes i IA a l'àmbit laboral

contingut:

- protecció de dades
- anàlisi de riscos relacionats amb els principis ètics i els drets relatius a la IA de la Carta i perspectiva de gènere
- proscripció de qualsevol forma de discriminació





XXV. Drets davant la intel·ligència artificial

a) S'haurà de garantir el dret a la no discriminació qualsevol que fos el seu origen, causa o naturalesa, en relació amb les decisions, ús de dades i processos basats en intel·ligència artificial

b) S'establiran condicions de transparència, auditabilitat, explicabilitat, traçabilitat, supervisió humana i governança
La informació facilitada haurà de ser accessible i comprensible

c) S'han de garantir l'accessibilitat, la usabilitat i la fiabilitat

Dret a sol·licitar una supervisió i intervenció humana i a impugnar les decisions automatitzades preses per sistemes d'intel·ligència artificial que produeixin efectes a la seva esfera personal i patrimonial (art. 22 RGPD)

Proposició de llei integral d'igualtat 2021

Article 21. Intel·ligència artificial

ús d'algoritmes per les administracions públiques

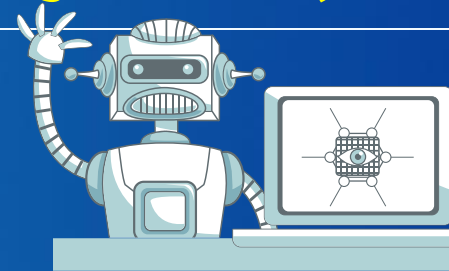


Proposició de llei integral d'igualtat 2021

TEXT ORIGINAL

1. Los algoritmos involucrados en **toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas** tendrán en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, incluyendo su diseño y datos de entrenamiento, y abordar su potencial impacto discriminatorio
2. Las **administraciones públicas**, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación, así como su interpretabilidad de las decisiones adoptadas
3. Las **administraciones públicas** promoverán el uso de la una inteligencia artificial ética y confiable, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido

Article 21. Intel·ligència artificial



- **criteris de minimització de biaixos, transparència i retiment de comptes**
- **transparència en disseny i implementació i interpretabilitat**
- **ètica i confiable**



Què tenim en realitat a l'actualitat en IA al treball?



Carta drets digitals

- sector públic i privat
- programàtica
- catàleg ampli, inclou igualtat i no discriminació

RGPD +LOPD

- sector públic i privat
- vinculant
- protecció dades i perfilació (s'admet)

ET

- només laborals
- vinculant
- drets informatius a la RLT sobre ús d'algoritmes
- dret RLT a negociar modificació condicions: introducció d'IA

Llei treball a distància

- només personal laboral



EBEB (art. 4 j bis)

- vinculant
- dret dades personals
- videovigilància i geolocalització
- dret a la desconnexió digital
- dret a negociació col. dades i drets digitals

algoritmes **NO** a funció pública (art. 20 EBEB)

SI a la Directiva (UE) 2019/1152: deure de comunicar el "patró de treball"

l'art. 6 del IV Conveni Col·lectiu per al personal laboral



LABORALS

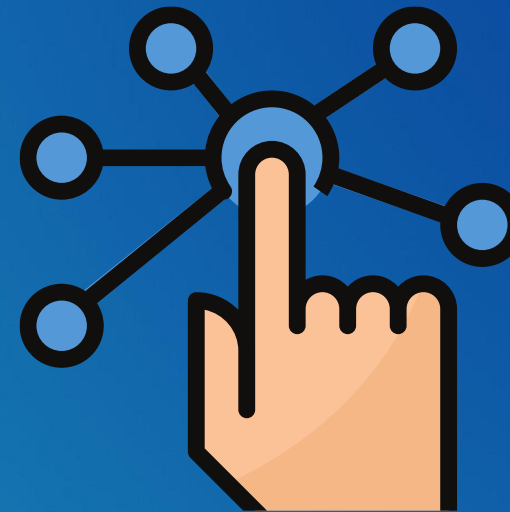
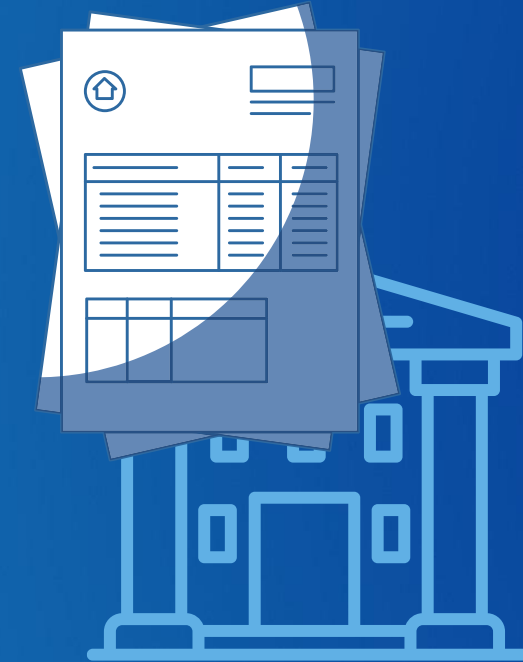
- dret dades personals
- videovigilància i geolocalització
- dret a la desconnexió digital
- Llei treball a distància
- drets informatius a la RLT sobre ús d'algoritmes (art. 64.4 d) ET)
- dret RLT a negociar modificació condicions: introducció d'IA (art. 64 ET)
- informació sobre paràmetres, regles i instruccions en què es basen algoritmes o sistemes IA que poden incidir en les condicions de treball, l'accés i manteniment de l'ocupació, inclosa l'elaboració de perfils

FUNCIÓ PÚBLICA

- dret dades personals
- videovigilància i geolocalització
- dret a la desconnexió digital
- dret a negociació col. dades i drets digitals

EBEB (art. 4 j bis)

art. 6.2 LOPD: no cal el consentiment quan les dades de caràcter personal es recullen per a l'exercici de funcions pròpies de les administracions públiques en l'àmbit de les seves competències

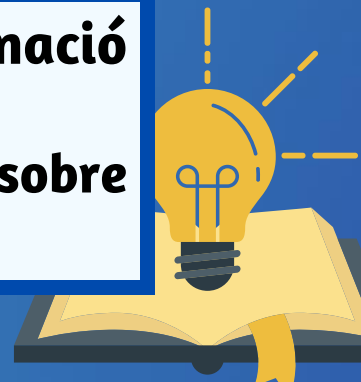


doctrina judicial

sobre
videovigilància i
geolocalització



- no existeix doctrina sobre discriminació algorítmica
- si sobre captació de dades personals i sobre control empresarial mitjançant dades



STC 160/2021, de 4 d'octubre

hot desk

SAN 180/2021, 27/7

interpretació literal sota
figures existents
(no és modificació
substancial)

videovigilància

STS 817/2021, 21/7

STS, contenciós,
557/2021, 26/4

control que implica
dades: justificat sota
coneixement de la seva
existència
(videocàmeres)

geolocalització

STS 163/2021, 8/2

exigencias del sector:
normalización de su
necesidad

art. 20 bis ET

Llei 10/2021, de treball
a distància (art. 17)

doctrina judicial

STS, contenciós,
557/2021, 26 abril

videovigilància



interpretació més restrictiva quan es tracta de
funcionaris públics

funcionària Inspecció Hisenda

"Ahora bien, la regla general del consentimiento encuentra como excepción la necesidad del mantenimiento y cumplimiento de la relación de servicio que se despliega sobre las obligaciones que se derivan del régimen propio de los funcionarios públicos, es decir, de una relación administrativa que exige velar por el cumplimiento de sus obligaciones"

(d'acord amb els principis de proporcionalitat, idoneïtat)

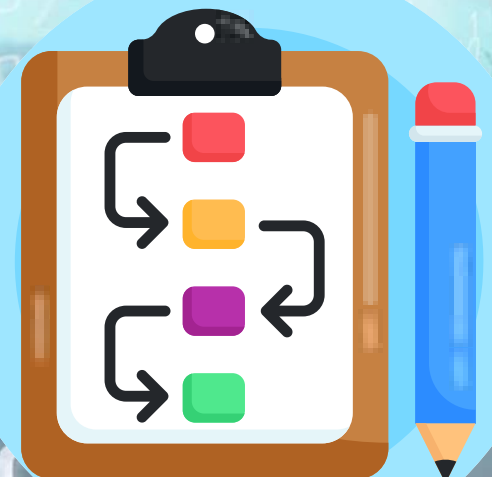
"...potente presencia del interés general ante este tipo conductas que además de mancillar la imagen de la Administración como organización servicial de la comunidad, su generalización afectaría al adecuado funcionamiento de la institución"

STC 160/2021, de 4 d'octubre



III. Ús d'IA a les administracions públiques i dret a la igualtat

- **context:** pla digitalització de les administracions públiques i carta de drets digitals
- **regulació:** legislació estatal
- **drets reconeguts als treballadors**
- **ús d'algoritmes?**



1

**és possible
aplicar IA a
la selecció
de personal
a les
AA.PP.?**

de ser
possible, a
quines fases o
actuacions?

**de ser
possible,
també per
accés a la
funció
pública?**

s'està fent
ja?
plans de
digitalització

2

**és possible
aplicar IA a
la gestió de
personal a
les AA.PP.?**

cerca de
l'eficiència,
optimització
control

**garantia del
dret a la
igualtat i no
discriminació**

tutel·la

Whistleblowing
(Directiva 2019/1937,
Parlament Europeu i
Consell, de 23/10/2019)

interrogants





digitalització (2021)

Agenda España Digital 2025

- "Impulsar la digitalización de las administraciones públicas, particularmente en ámbitos clave como el empleo, la justicia, o las políticas sociales mediante la actualización de las infraestructuras tecnológicas"
- "En 2025, el 50% de los servicios públicos estarán disponibles a través de app móvil y se simplificará y personalizará la relación de la ciudadanía ..."

eix 5

**Reglament d'actuació i
funcionament del sector públic per
mitjans electrònics, aprovat per
Reial Decret 203/2021, de 30/3**



Pla de Digitalització de les Administracions Públiques 2021-2025

serveis públics

administracions locals

- eix 1, mesura 8: “lloc de treball intel·ligent”
- eix 2, mesura 12: “transformació digital en matèria d'ocupació”
- eix 3, mesura 16: “transformació digital i modernització del ministeri de política territorial i funció pública”

Catalunya:
81,24%
Espanya:
87,28%
(Informe Serveis
Públics Digitals
2020)



Orden TER/1204/2021, de 3/11, por la que se aprueban las bases reguladoras y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2021 de subvenciones destinadas a la transformación digital y modernización de las administraciones de las entidades locales

art. 5.1 c): millora de l'eficiència i eficàcia dels empleats públics

Informe Serveis Públics Digitals 2020	Catalunya		Espanya	Líder	UE-28
	Valor	Posició			
Subdimensió 5.a - Govern Electrònic					
5.a.1 - Ús de govern electrònic	80,79	11	81,92	94,36	67,31
5.a.2 - Formularis preempenats	77,53	9	80,29	100	59,38



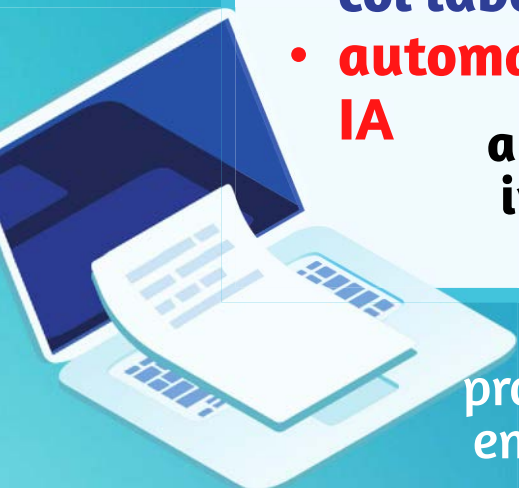
Pla de Digitalització de les Administracions Públiques 2021-2025

empleats públics

- lloc de treball de nova generació
- components tecnològics + capacitats digitals
- **eines d'alta productivitat**
- treball col·laboratiu
- **automatització i IA**

automatització intel·ligent de processos

millora de productivitat dels empleats públics



transformació digital en ocupació

- inclou **perfilat** de l'orientació per a l'ocupació
- SEPE: algoritme Send@

"L'eina tradueix cadascuna de les ofertes en un codi amb què serà possible rastrejar milers d'ofertes de feina que es difonen al mercat", cosa que "ens generarà" un "mapa de calor al costat de la intel·ligència artificial sobre la situació laboral del país" (Federico Muñoz, subdirector general d'Estadístiques i Informació SEPE)



SEND@:
Digitalització i ús masiu de dades per ajudar a trobar feina



1

és possible aplicar IA a la selecció de personal a les AA.PP.?

art. 286 Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya



Sistema d'Informació de RR.HH. (assistit per IA): s'utilitzen habitualment en la selecció de personal a les AA.PP. europees

Un sistema d'informació de RR.HH. és capaç d'adquirir, emmagatzemar, manejar, analitzar, recuperar dades i distribuir tota la informació computada en passos anteriors sobre els recursos humans d'una organització
(Pampouktsi et al., 2021)

ex. gestió borses interins amb IA



- **falta de regulació o prohibició (Llei d'ocupació 3/2015, de 23/10)**
- **admissió tàcita al sector privat**
- **admissió a les administracions públiques?**



- **l'aplicació a tot el procés de selecció és incompatible amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, i amb l'art. 22 RGPD**
- **mèrit i capacitat pot ser incorrectament avaluat per un sistema basat en IA: inferències d'altres trets no inclosos a la convocatòria, exclusió minories, associacions incorrectes**
- **bias in bias out**

risc del processament per IA?

Vegem un exemple: el cas de l'algoritme BOSCO (bo social elèctric)



- a principis de 2020, el govern espanyol va automatitzar la tramitació de la prestació
- com a conseqüència, es va reduir a la meitat el nombre de beneficiaris
- l'associació CIVIO va reclamar demanant accés al codi font de l'algoritme

**falta de motivació
biaix discriminatori**



Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

- la **motivació** de les decisions no canvia per la interposició d'algoritmes
- no hi pot haver **biaix** perquè es limita a verificar qui compleix els requisits
- drets d'autor
- seguretat pública (centre criptològic)

aplicat a l'accés a l'ocupació pública?



processament automatitzat en l'accès

- **processament de les sol·licituds**
- **baremació de mèrits** (concurs i concurs-oposició)
- **correcció de proves** (oposició)
- **selecció personal directiu** (art. 306 LMRLC)

admissió?

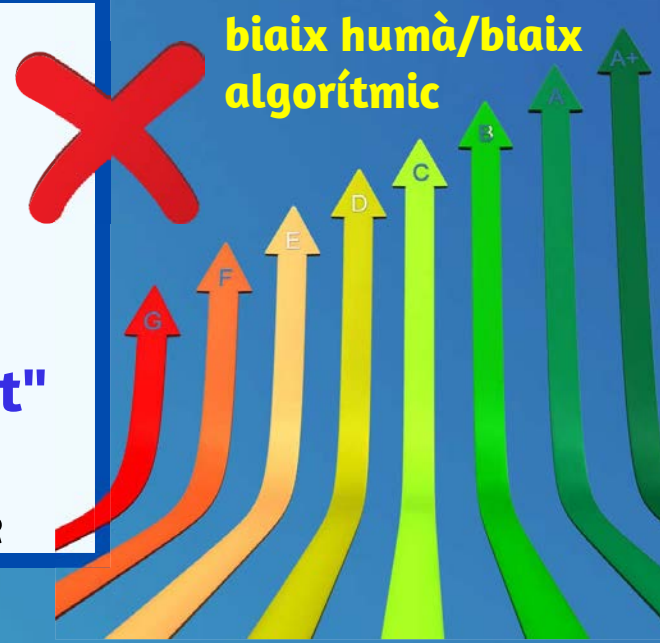
- **assistents automatitzats per a realitzar la baremació** (puntuació), no per classificar candidatures
- **decisió humana** (comissió de baremació)
- **motivació de la decisió**
- **equivalència llenguatge computacional**



igualtat

- **baremació per aprenentatge automàtic**: risc d'aplicar criteris apresos pel sistema d'IA i classificar per criteris interpretats per l'algoritme sobre "mèrit" i "capacitat"
- **baremació simplificada sense AA**

avaluació d'impacte



2

és possible aplicar IA a la gestió de personal a les AA.PP.?

Workplace Analytics



- **finalitat: optimització del rendiment**
- **aplicacions: càlcul de retribucions complementàries, càlcul de rendiment i exercici, promoció, durada mitjana tasques...**
- **prediccions sobre conducta i exercici** (amb dades obtingudes al procés de selecció) –optimització RRHH
- **també durada malalties (INSS)**

mateixos riscos: biaixos discriminatoris

alt risc de biaix de gènere

REQUISITS QUE HAURIEN DE COMPLIR

- **diversitat i inclusivitat**
- **explicabilitat**
- **anàlisi d'impacte de riscos**
- **auditoria**

AI for good: aplicació d'eines de detecció de discriminació, ex. per la Inspecció de Treball



INSUFICIÈNCIA DE LES RESPOSTES JURÍDIQUES DES DE LA PROTECCIÓ DE DADES PERSONALS

- la **intervenció humana** exigida per art. 22 RGPD no impideix filtrat automatitzat de candidatures - cribatge massiu- en selecció de personal y perfil·lació
- la **transparència** de codi font no garanteix l'exclusió del biaix (art. 15 RGPD)
- l'**explicació** del sistema IA o algoritme no garanteix la seva comprensió i, molt menys, la mitigació o correcció del biaix
- l'**accés al codi font** no clarifica res sense les dades d'entrenament
- el dret a obtenir **intervenció humana** i a impugnar la decisió ja existia a l'àmbit del treball: responsabilitat última de l'empresa usuària de tecnologia





IV. Dret antidiscriminatori

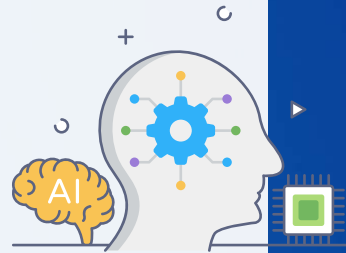


PROBLEMES D'INTERFERÈNCIES ENTRE LLENGUATGES

discriminació jurídica contra discriminació algorítmica

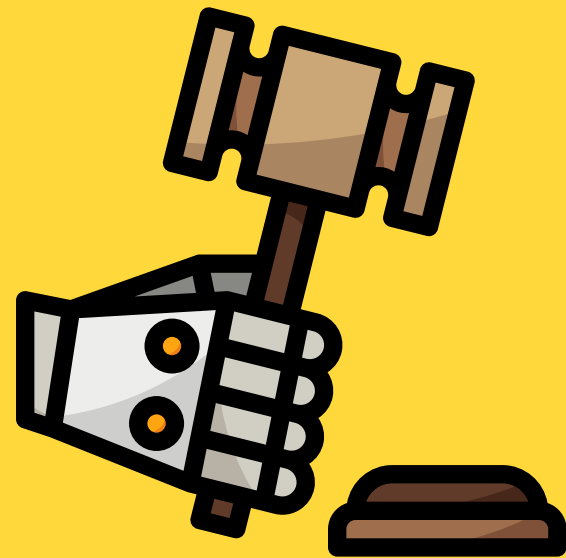
- **opacitat algorítmica** front a vaguetat jurídica i conceptes propis no traduïbles (proporcionalitat, necessitat, justificació...)
- problemes de traducció dels **conceptes jurídics** del dret antidiscriminatori en el **llenguatge computacional (anglozasó)** i d'equivalències entre ells:

- **discriminació per associació**
- **discriminació per error**
- **discriminació múltiple**
- **irrellevància de la intencionalitat**



discriminació directa/ discriminació indirecta

- **en el disseny: directa**
- **en l'entrenament: indirecta**
- **en l'etiquetat de dades**
- **responsabilitat per error?**



trasllació de conceptes del dret antidiscriminatori

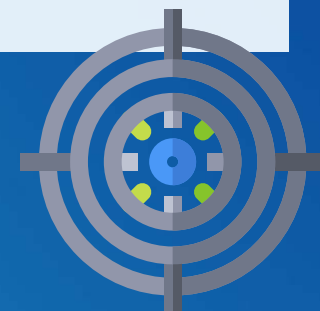


- **comparació**: elements de comparació
¿individu front a univers de dades?
- **elements indiciaris**: comparació entre individus admesos o exclosos, o individus prioritzats sobre la resta, o individus no prioritzats sobre prioritzats
- inferències de proxy: problema d'**identificació** de la causa de discriminació (consideració de "causes no protegides" interactuant amb d'altres que si ho són: ex. lloc de residència+origen +etnic o econòmic...) i problema de distància entre característiques inferides i causa

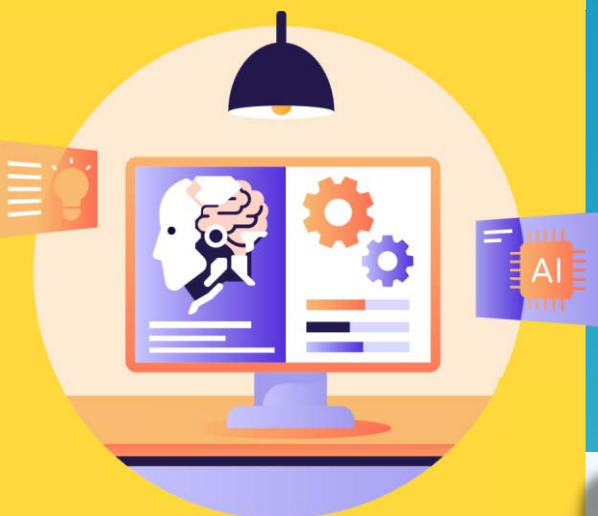
no és suficient l'anonimització

- **justificació objectiva** de la diferència de tracte: intervenció humana

- **qualificació: discriminació indirecta-disseny no inclusiu**



problemes jurídics addicionals



PROBLEMES DE L'ÚS D'IA / RESPOSTES JURÍDIQUES

art. 14.1j de la Llei 19/2013, de Transparència i
Accés a la Informació Pública

- **OPACITAT:** els afectats ignoren com operen (*transparència*)
- **MOTIVACIÓ:** no s'informa ni es justifica el resultat (*explicabilitat*)
- **ININTEL·LIGIBILITAT**
- **DADES PERSONALS**
- **DRETS DE PROPIETAT INTEL·LECTUAL I SECRET EMPRESARIAL I SEURETAT PÚBLICA DIGITAL**
- **RESPONSABILITAT:** per passivitat/ús
 - és suficient la propietat o ser usuari de l'algoritme per derivar responsabilitat pel seu impacte?
 - quin és l'abast de la responsabilitat per decisions passades replicades una vegada recollides en un patró històric?

cal positivitzar la responsabilitat per adquisició no responsable



Litigació i casos



DISCRIMINACIÓ

- **detecció** de la discriminació
- **reclamació** contra la discriminació



- **el codi font**
- **les dades d'alimentació**



casos

**BOSCO
Glovo
Uber**

DETECCIÓ I QUALIFICACIÓ

detecció

- examen discriminació directa/indirecta
 - **en codi font i en dades**
 - **en la pròpia decisió**
- inferències i proxy
- problemes: detecció d'indícis

qualificació

- desarticula la **discriminació per associació?** extensió a l'associació/inferència per proxy? (art. 2 e) TRLDPD)
- **directa /indirecta**
- **disseny no inclusiu**

PROBLEMES I DILEMES

- a) d'**accès**: propietat codi i dades
- b) d'**identificació de la discriminació**: falta de positivització de discriminació múltiple (=inferències de proxy)

STJUE 24/11/2016, C-443/15, Parris

- c) de **qualificació**: discriminació directa o indirecta?

- d) conseqüències del disseny no inclusiu de l'algoritme?

Regl. IA UE

- e) responsabilitat per decisions passades?

- f) subcontractació

Glovo: sentència Tribunal de Bolonya de 31/12/2020 núm. 29491



impugnació de decisions automatitzades pels treballadors



- dret antidiscriminatori

- protecció de dades



- indicis discriminació
cerca al codi font
cerca a les dades

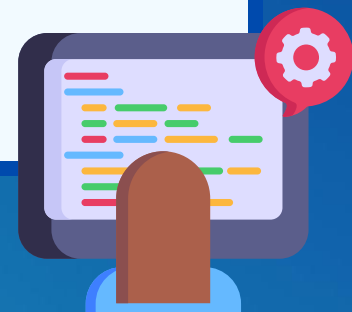
- elements de comparació
- nul·litat de la decisió



- protecció de drets d'autor de codi font i de dades d'alimentació
- el codi font no garanteix detecció biaix
- insuficiència: accedir a ell tampoc no garanteix la seva intel·ligibilitat



- dret a una explicació
- transparència algorítmica



DRET A UNA EXPLICACIÓ

- dret al coneixement del **raonament subjacent** en el processament de dades quan els seus resultats li són aplicats
(intel·ligibilitat: Conveni 108)
- explicació sobre el codi font i y la decisió automatitzada
- dret a obtenir **intervenció humana** i a impugnar la decisió

PRINCIPI DE TRANSPARÈNCIA ALGORÍTMICA

codi font

- no consisteix en revelar codis, sinó en fer intel·ligibles els paràmetres i criteris de les decisions que es prenen

STJUE, Infopaq International, C-5/08,
STJUE, Gran Sala, 2/5/12, SAS
Institute Inc contra World
Programming Ltd



INCONVENIENTS

a) d'**accès**: propietat codi i dades

- art.70 proposició de reglament IA - **confidencialitat**-
- art. 5 Directiva 2016/943 secrets comercials
- Cd. 63 RGPD
- Directiva 2016/943
- art. 133 LPI

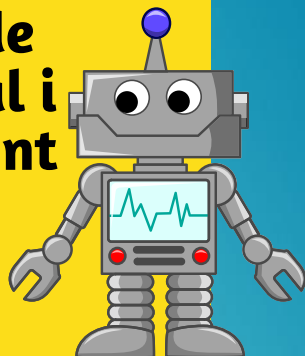
b) **excepcions**

- dret d'informació RLT
 - art. 2.c) Llei 1/2019 Secrets Empresarials
 - art. 5 Directiva 2016/943)
 - art. 64.4 d) ET
- dret revelació en proced. adu. o judicial, art. 135 LPI



**Tribunal
d'Àmsterdam, SS. 11
març 2021 (C /
13/689705 / HA RK
20-258, C / 13/687315
/ HA RK 20-207 i C /
13/692003 / HA RK
20-302)**

**accès a
l'algoritme per
a demostrar
l'existència de
relació laboral i
l'acomiadament**



**dret a conèixer la lògica de
la decisió (art. 15 RGPD)**



DOCTRINA

Deure de proporcionar la informació útil sobre la lògica subjacent en la decisió automatitzada

Dret dels treballadors:

- **verificar l'exactitud i licitud del processament de dades (sentència Ola)**
- **dret a obtenir la intervenció humana en l'aplicació de la decisió i impugnació**
- **dret a no ser discriminat per la decisió automatitzada**

RESOLUCIÓ DEL CAS

Sentència relació laboral Ola i Uber: falta de motivació adequada de l'efecte "legal" o "significatiu" a l'art. 22 RGPD per a justificar la relació laboral, però si en el cas de les multes pecuniàries

Sentència acomiadament Uber: art. 22 RGPD: un 'equip de risc operatiu' va prendre la decisió extintiva a partir del senyal de frau potencial que va rebre de l'algoritme: explicació acceptada per no combatuda (regla processal)



desestimació de la demanda: *els conductors no tenen dret a informació rellevant sobre l'algoritmo*

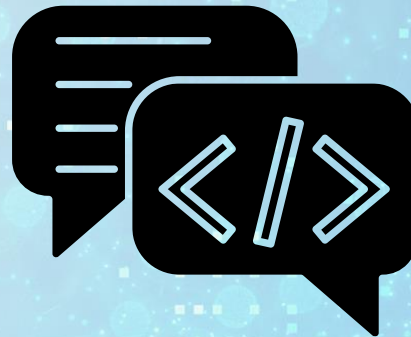
MÉS INFORMACIÓ A:

La aplicación
de la Inteligencia
Artificial al trabajo
y su impacto
discriminatorio

PILAR RIVAS VALLEJO

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
THOMSON REUTERS
PROVIEW™

THOMSON REUTERS
ARANZADI



<http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=41>

5

pilar.rivas.vallejo@ub.edu



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El Codi ètic del servei públic de Catalunya

Agustí Cerrillo i Martínez
Universitat Oberta de Catalunya
acerrillo@uoc.edu

El codi ètic

- El codi és un document que recull un conjunt sistemàtic de principis, valors o regles que orienten l'activitat dels seus destinataris
- El codi ètic no és el mateix que el codi de conducta que recull els principis de conducta o regles d'actuació
- Hi ha una experiència comparada consolidada de codis ètics (Regne Unit, França, Itàlia, ...)
- Impuls per organitzacions internacionals (per exemple, Recomanació R (2000) 10 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre codis de conducta dels empleats públics)

Finalitats del codi ètic

- Concreció dels estàndards ètics i de conducta dels empleats públics
- Promoció de la integritat pública i, en general, de l'actitud ètica dels empleats públics
- Construcció i difusió d'un model d'ocupació pública basat en els valors que recull el codi
- Enfortiment de la confiança de la ciutadania en el personal al servei de l'Administració pública
- Foment de la bona administració i la prevenció dels conflictes d'interessos i la corrupció

La garantia del compliment del codi ètic

- L'eficàcia dels codis ètics ha estat posada en dubte amb freqüència
- Cal impulsar accions que garanteixin el coneixement dels codis ètics i pe les persones destinatàries
- S'observa que, sovint, una de les limitacions habituals d'aquests codis és la manca de previsió de mecanismes per garantir-ne el compliment
- Els comitès d'ètica. La Xarxa de comitès ètics a Catalunya
- La majoria dels codis ètics no preveuen conseqüències de l'incompliment

Els codis ètics a Catalunya

Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern:

- Codi de conducta dels alts càrrecs de l'Administració de la Generalitat, de l'Administració local i dels altres organismes i institucions públiques (articles 54 i 55).
- Els plecs de clàusules contractuals i les bases de convocatòria de subvencions o ajuts han d'incloure els principis ètics i les regles de conducta als quals han d'adequar l'activitat els contractistes i les persones beneficiàries i els efectes d'un eventual incompliment dels principis (article 55.2)
- Incomplir els principis de bona conducta establerts per les lleis i els codis de conducta és una infracció greu en matèria de bon govern (article 78.3.g)

Els codis ètics a Catalunya

- Acord GOV/82/2016, de 21 de juny, pel qual s'aprova el Codi de conducta dels alts càrrecs i personal directiu de l'Administració de la Generalitat i de les entitats del seu sector públic, i altres mesures en matèria de transparència, grups d'interès i ètica pública
- Codi ètic per a electes i alts càrrecs de l'àmbit local (FMC)
- Codi de conducta dels alts càrrecs dels ens locals (Xarxa de Governants Transparents)
- Ajuntaments: 17,1% (Síndic de Greuges, 2019)
- Codi de la policia de Catalunya
- Codi de principis i conductes recomanades en la contractació pública

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Procediment d'elaboració

- Resolució 306/XI del Parlament de Catalunya de 6 d'octubre de 2016
- Comitè per a l'elaboració del Codi ètic del Servei Públic de Catalunya (Ordre GAH/297/2016)

Composició (22 persones membres):

- persones expertes en l'àmbit de l'ètica i la integritat públiques
- persones en representació de les administracions públiques
- persones en representació de les entitats i els agents socials
- Participació d'experts i d'entitats relacionades amb la transparència i el bon govern (6 persones)
- Participació ciutadana (65 persones, 209 aportacions)
- Acord GOV/164/2021, de 26 d'octubre

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Principis

- Orientar l'actuació dels servidors públics des de la clau dels valors
- Servei públic: “el conjunt d'activitats i prestacions que tenen per finalitat preveure, atendre i satisfer de manera regular i constant les necessitats individuals i col·lectives considerades d'interès general i de responsabilitat de les administracions públiques de Catalunya, sense perjudici de qui les faci efectives”
- Servidors públics:
 - les persones que treballen a les administracions i els sectors públics
 - les persones que treballen en organitzacions privades i entitats que fan efectius serveis públics per compte de les administracions, sense perjudici de quina sigui la seva posició, condició o règim jurídic de vinculació

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Característiques generals del codi

- Inspirador i pedagògic
- Fruit de la col·legialitat
- Sintètic
- Codi marc
- No és un codi de conducta

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Aspiracions del codi

- Generalitat
- Punt de partida
- Útil i pràctic
- Dinàmic (modificable i revisable)
- Referent

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Estructura del codi

El codi s'estructura en quatre blocs:

1. Valors inherents al servei públic
2. Valors relacionats amb l'actuació dels servidors públics
3. Valors vinculats a les dimensions relacionals dels servidors públics
4. Valors de les organitzacions responsables del servei públic

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Valors inherents al servei públic

1. Responsabilitat envers el bé comú
2. Centralitat de les persones
3. Objectivitat i imparcialitat
4. Professionalitat, eficàcia i eficiència
5. Lideratge, innovació, col·laboració, participació i retiment de comptes

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Valors vinculats a les dimensions relacionals dels servidors públics

1. La relació i el tracte amb les persones

- Respecte a les persones i als seus drets
- Qualitat del tracte
- Qualitat del servei

2. Les relacions intraorganitzatives i interorganitzatives

- Lleialtat al servei públic, respecte al camp competencial i compromís democràtic
- Col·laboració, cooperació i coordinació

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Valors vinculats a les dimensions relacionals dels servidors públics

3. La relació amb els càrrecs polítics i el personal directiu

- Alineament amb les polítiques públiques
- Bona relació i confiança

4. La relació amb els grups d'interès

- Objectivitat i bona relació
- Transparència

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Valors vinculats a les dimensions relacionals dels servidors públics

5. En relació amb l'accés i la gestió de la informació pública

- Transparència en l'activitat pública
- Confidencialitat i cura de la informació

6. La relació amb els mitjans de comunicació

- Veracitat i cura de la informació
- No-discriminació i llibertat d'expressió

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Valors vinculats a les dimensions relacionals dels servidors públics

7. La relació amb l'entorn sociocultural i la sostenibilitat mediambiental

- Entorn sociocultural
- Sostenibilitat mediambiental

El codi ètic del servei públic de Catalunya

Valors de les organitzacions responsables del servei públic

- La qualitat del servei públic i la feina dels servidors públics estan condicionades per l'ètica organitzativa, la suficiència dels recursos esmerçats i les condicions de treball en les organitzacions
- Les entitats que presten serveis públics han de desenvolupar la seva tasca amb condicions de treball dignes, tracte respectuós, igualtat d'oportunitats, espais de participació, suficiència de recursos i retiment de comptes.