



EDITORIAL

Hallaréis en este boletín nuestra habitual reseña legislativa, así como dos comentarios jurisprudenciales. El primero, de Eva Comellas, trata sobre la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, mientras que el segundo, a cargo de Jorge Pérez, se refiere al registro salarial en las administraciones públicas.

LEGISLACIÓN

REAL DECRETO-LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO, POR EL QUE SE ADOPTAN Y PRORROGAN DETERMINADAS MEDIDAS DE RESPUESTA A LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DE LA GUERRA DE UCRANIA, DE APOYO A LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ISLA DE LA PALMA Y A OTRAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD; DE TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES MERCANTILES Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES; Y DE EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA ([acceso al texto](#))

Al margen de las modificaciones sobre las que os informamos en la [Actualización núm. 82](#) de nuestro Código básico, os destacamos lo siguiente:

- El art. 217, cuyo título es “Garantía del derecho de acceso a los procesos derivados de la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público”, autoriza una tasa adicional a las administraciones públicas para que convoquen procesos selectivos conforme a la [Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público](#), con la finalidad de garantizar en todo el territorio el derecho de acceso a los procesos de estabilización en condiciones de igualdad.
- Se modifica el art. 108 de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, en relación con la calificación del despido disciplinario por sentencia: las causas de nulidad se referencian ahora en el art. 55.5 ET y dejan de aparecer de manera autónoma en esta ley procesal. En el mismo sentido, las causas de nulidad del despido objetivo también se trasladan al ET (arts. 51.1 y 53.4). Una sucinta explicación de las modificaciones de dichos artículos del ET os la proporcionamos en la citada [Actualización núm. 82](#).
- Se modifica la fecha de entrada en vigor de la DA 52ª LGSS, relativa a la inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, pasando de 1 de octubre de 2023 a 1 de enero de 2024.

REAL DECRETO 370/2023, DE 16 DE MAYO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1851/2009, DE 4 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE DESARROLLA EL ARTÍCULO 161.BIS DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN CUANTO A LA ANTICIPACIÓN DE LA JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN GRADO IGUAL O SUPERIOR AL 45 POR CIENTO ([acceso al texto](#))

REAL DECRETO 371/2023, DE 16 DE MAYO, POR EL QUE SE DESARROLLA EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMPLEMENTO ECONÓMICO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 210.2 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, DE 30 DE OCTUBRE ([acceso al texto](#))

SENTENCIAS

DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN

STS de 5 de junio de 2023, recurso 772/2022 ([acceso al texto](#))

Comentada por Eva Comellas

En un proceso selectivo de acceso a la carrera judicial por la categoría de magistrado, una aspirante interpone recurso contencioso-administrativo ante el TS contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que desestimó el recurso de alzada presentado contra el acuerdo del tribunal calificador que la suspendió de la prueba práctica, consistente en la elaboración de un dictamen. A pesar de tratarse de un supuesto de acceso a la carrera judicial en el que es de aplicación la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, la mayor parte de los argumentos versan sobre la jurisprudencia del TS en materia de discrecionalidad técnica y deber de motivación en los procesos selectivos, jurisprudencia aplicable a cualquier tipo de proceso selectivo.

El TS desestima el recurso presentado por la recurrente y falla a favor de los argumentos del Abogado del Estado. En esos argumentos puede observarse cierta distensión respecto al nivel de exigencia requerido por otras sentencias en estas materias. Habrá que ver cómo evoluciona la jurisprudencia en este sentido.

Los elementos clave del caso son los siguientes:

a) La recurrente alega que no se conocieron con carácter previo a la realización de los ejercicios los criterios de valoración que constan en el expediente; que desconoce la valoración/puntuación de cada una de las respuestas de su prueba; que no se publicaron criterios de solución y que se le denegó el acceso a las pruebas realizadas por otros aspirantes, por lo que no puede saber si el tribunal actuó arbitrariamente.

Al respecto, son hechos probados:

- Que según las bases, el dictamen trataría sobre aspectos sustantivos y procesales de las materias de cada especialidad de la convocatoria, pudiendo consistir en uno o varios supuestos inspirados sustancialmente en casos reales tratados por la jurisprudencia. Para la valoración de los aspirantes se tendría en cuenta: a) la formación jurídica en las materias propias de cada especialidad de la convocatoria; b) la actualización y suficiencia de su preparación mediante el conocimiento de las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en estas materias; c) la capacidad de argumentación jurídica y razonamiento lógico para lograr conclusiones válidas, tanto formal como materialmente. Cada miembro del tribunal debía valorar individualmente las pruebas y después se cruzarían las puntuaciones. En caso de que una persona no aprobara, debía constar la motivación del suspenso en el acta.

- Que la recurrente suspendió la prueba y que en las actas constan las deficiencias, errores e incorrecciones de su dictamen observadas por los miembros del tribunal. Todos coincidieron en otorgarle un suspenso por carencia de argumentación jurídica y de formación en las materias propias de la convocatoria. No aparece una valoración de todos y cada uno de los puntos desarrollados en la prueba ni una cuantificación en puntos de la nota "Suspenso".

- Que con carácter previo a la realización de la prueba, no se elaboró y publicó el documento que consta en el expediente en el que el tribunal calificador determinó los elementos y aspectos que serían objeto de valoración en cada materia.

El Abogado del Estado se opuso al recurso con los siguientes argumentos:

- Ni la convocatoria ni la legislación específica obligaban a publicar criterios de corrección más allá de los previstos en las bases. El tribunal calificador no estaba obligado a optar por una única solución canónica o correcta. El documento en virtud del cual el tribunal calificador fijó de forma generalista los aspectos que los aspirantes debían tratar en sus dictámenes no puede entenderse como “criterios de corrección”, sino como pautas de valoración sobre las que no existía obligación de publicación.
- No necesariamente debía calificarse a los suspendidos y excluidos, ya que el esfuerzo que supone tener que cruzar las puntuaciones era innecesario cuando unánimemente los miembros del tribunal calificador habían considerado insuficiente la prueba.
- La obligación de entrega documental por transparencia se limita al propio examen de la interesada, y no así al del resto de opositores.
- En procesos tan complejos como este, el TS admite que el tribunal calificador no analice todos y cada uno de los aspectos contestados por los interesados, sino que se concentre en aquellos que considera especialmente erróneos e inaceptables.

El TS, sobre esta primera discrepancia, coincide con los argumentos del Abogado del Estado y desestima las pretensiones de la recurrente.

b) El aspirante alega que no existía un temario específico, dejando a la total discrecionalidad del tribunal calificador la determinación de las preguntas. Por eso impugna indirectamente las bases de la convocatoria. El TS considera que esta alegación no puede prosperar porque ni las bases de la convocatoria ni la legislación específica aplicable preveían la obligación de concretar un temario específico.

c) Alega finalmente la interesada que se ha vulnerado la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (LOI). El TS argumenta que la LOI en ningún caso establece que si no se cubren las vacantes de una convocatoria pública para plazas de magistrado, deban ser aprobadas mujeres que no hayan superado la convocatoria. Por otra parte, la convocatoria no contenía un porcentaje de reserva de plazas para mujeres, siendo notorio que el porcentaje de mujeres que se integran en la carrera judicial es, desde hace años, superior al de varones.

REGISTRO SALARIAL DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SAN de 23 de febrero de 2023, recurso 355/2022 ([acceso al texto](#))

Comentada por Jorge Pérez

El principio de igualdad, consagrado en el art. 14 de la Constitución (CE), se proyecta en el art. 9.2 de la propia Carta Magna sobre los poderes públicos como obligación de promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Esta obligación requiere remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Así, la igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental, reclama la actuación firme y decidida de los poderes públicos para que, más allá de su componente formal, sea real y efectiva en todas las actuaciones del legislador ordinario.

La *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (LOI), es un claro ejemplo de esa proyección del principio hacia la efectiva realización del derecho a la igualdad. Esta norma contiene numerosas proyecciones del derecho fundamental recogido en el art. 14 CE y un buen número de medidas de acción positiva que pretenden dar cumplimiento a la exigencia contenida en el art. 9.2. Recientemente, se han incorporado a ese catálogo de medidas las introducidas por el *Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, que han sido desarrolladas por el *Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres*, y entre las que destacan las siguientes:

a) Se rebaja, de 250 a 50, el número de trabajadores exigido para que una empresa quede obligada a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad.

b) Se concreta el contenido de dichos planes de igualdad, que partirá de un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras, que contendrá al menos las siguientes materias: proceso de selección y contratación; clasificación profesional; formación; promoción profesional; condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; infrarrepresentación femenina; retribuciones; y prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

c) Se crea un Registro de Planes de Igualdad de las empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social y de las Autoridades Laborales de las comunidades autónomas. Este registro ha sido regulado por *Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo*.

Finalizado el periodo transitorio previsto en la DT 12ª de la propia LOI, todas las empresas de 50 o más trabajadores deben tener elaborado y registrado el correspondiente plan de igualdad.

Pero el *Real Decreto Ley 6/2019* introdujo otra importante novedad en esta materia. Se trata de un intento de dar un paso más hacia la igualdad plena entre mujeres y hombres, modificando el art. 28 del ET para introducir la obligación empresarial de llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa.

Finalmente, cuando en una empresa con al menos 50 trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25 % o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

Esta obligación afecta también a las administraciones públicas respecto de su personal laboral, por cuanto el art. 7 EBEP establece que este se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan. En este sentido, la DA 4ª del *Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre*, establece que al personal laboral al servicio de las administraciones públicas le resultará de aplicación lo previsto en ese reglamento, de acuerdo con las peculiaridades establecidas en su legislación específica.

Pues bien, recientemente el TS se pronuncia sobre una cuestión controvertida en relación con el registro salarial, cual es la de si se deben reflejar los valores medios de los salarios únicamente en aquellos puestos de trabajo en los que *de facto* se aprecia la presencia de mujeres y hombres o si, por el contrario, el registro debe comprender la totalidad de los puestos de trabajo de una empresa, incluidos aquellos en los que únicamente hay personas trabajadoras de uno de los dos sexos. En este sentido, entiende el Alto Tribunal que la obligación empresarial de elaborar un registro retributivo está esencialmente marcada por el principio de transparencia, creando y regulando un concepto legal de auditoría retributiva que se resume en lo siguiente:

- Que tanto el registro retributivo como la auditoría retributiva son documentos que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo entre los trabajadores de una misma empresa.
- Que dichos documentos tienen por finalidad específica identificar la existencia de discriminaciones indirectas por razón de sexo a fin de garantizar que los trabajos de igual valor tengan una misma retribución, siendo el objeto de los mismos garantizar el principio de transparencia retributiva, esto es, la identificación de discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo.
- Que la referencia que se contiene en el art. 28 ET al trabajo de igual valor es un concepto jurídico indeterminado. Si bien el *Real Decreto 902/2020* ofrece pautas para su determinación, deberá ser objeto de identificación en cada caso concreto.

Desde este prisma es claro y evidente que la práctica que se denuncia en la que una empresa mutila datos respecto de determinados puestos de trabajo por estar solo ocupados por personas de un sexo o por ser identificable la retribución que se

percibe conculca la legislación vigente pues priva tanto al registro como a la auditoría retributiva de elementos necesarios para identificar posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo en materia de retribución.

Nótese, dice esta sentencia, que el hecho de que un puesto de trabajo esté únicamente ocupado por personas de un sexo, no implica que no existan otros cuyos cometidos puedan ser considerados de igual valor que puedan ser ocupados por personas de ambos sexos o solo de otro, y que el concepto de trabajo de igual valor no es concepto que deba determinar unilateralmente la empresa, ni un tercero, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado, y, por ende, susceptible de ser objeto de consideración tanto por la parte social, como por la empresa, y en último caso objeto de determinación en sede judicial.

Consecuentemente, entiende el TS que el registro retributivo debe comprender la totalidad de puestos de trabajo de una empresa, con independencia de que estén ocupados o no por personas de ambos sexos.