



EDITORIAL

En este boletín os ofrecemos dos nuevos comentarios jurisprudenciales. El primero, a cargo de Eva Comellas, se refiere a la igualdad en el acceso por el turno de reserva de personas con discapacidad, mientras que el segundo, de Jorge Pérez, trata sobre el registro de la jornada de trabajo.

SENTENCIAS

LA IGUALDAD EN EL ACCESO POR EL TURNO DE RESERVA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

STS de 23 de abril de 2019, recurso 3039/2016 ([acceso al texto](#))

Comentada por Eva Comellas

En el presente supuesto el TS aplica la solución de las sentencias de 19 de diciembre de 2017, recurso 393/2017, y de 20 de diciembre de 2017, recurso 480/2017, ambas dictadas en interés casacional objetivo, que fijan como doctrina que en los procesos selectivos consistentes en concurso-oposición que contemplen varios turnos independientes para la provisión de plazas con idénticas funciones, la regla general será la igualdad en lo que atañe al nivel de exigencia, pero el trato diferente será conforme al contenido esencial del art. 23.2 de la *Constitución* (CE) si obedece a razones objetivas y justificables en función de las circunstancias que concurren en los integrantes de cada turno, siempre que en términos de mérito y capacidad el resultado final sea el mismo nivel de competencia al margen de los diferentes turnos.

Dichas sentencias casaban que no hay contradicción entre las anteriores del propio TS de 2 de enero de 2014, recurso 195/2012, y de 18 de marzo de 2016, recurso 419/2015. Se dictaron en relación con un mismo proceso selectivo con tres turnos: libre, promoción interna, y discapacidad. La STS de 2 de enero de 2014 resolvió que los requisitos de capacidad exigidos en el turno de promoción interna deben ser los mismos que aquellos exigidos en el turno libre, en concreto, la nota de corte fijada con el objetivo de limitar el acceso de los aspirantes a la fase de concurso. La STS de 18 de marzo de 2016 llegó a la misma conclusión en relación con el turno de reserva para personas con discapacidad, afirmando el TS: "Ese postulado constitucional de la igualdad impone que en ambos turnos habrán de operar con la misma autonomía y con los mismos criterios de calificación o valoración esas dos fases en lo que tengan en común, y que así habrá de ser mientras no aduzca y justifique la Administración razones de las que pueda resultar conveniente otra solución".

La STS de 23 de abril de 2019, objeto del presente comentario, sigue el criterio resuelto en casación y por tanto considera que la Administración ha actuado correctamente aplicando una misma nota de corte en el turno de reserva para personas discapacitadas y en el turno libre. En concreto, se cuestiona el acuerdo de la Comisión de selección en cuya virtud, en aplicación de las bases de la convocatoria, se estableció una fórmula correctora que transformaba la puntuación obtenida en una escala proporcional que sin embargo acababa por determinar una nota de corte más exigente. Como consecuencia de dicha nota de corte la recurrente, que participaba por el turno de personas discapacitadas, quedó excluida.

La recurrente afirma que aplicar una nota de corte que incrementa el número de excluidos desconoce la filosofía del turno de

discapacitados, quienes deberían competir únicamente entre sí, sin compararse con el turno libre. Y solicita el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE porque entiende que el criterio de las sentencias del TS contradice la STC 269/1994 y la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*. El TS no admite la petición porque no aprecia tal contradicción.

No obstante, si nos fijamos en la citada STC 269/1994 observamos que, entre otras cuestiones, el TC afirmaba que en el momento en que se ha demostrado la capacidad considerada mínima para desarrollar las tareas, es respetuoso con la CE que las personas con discapacidad obtengan plaza por el turno de reserva aunque su nota o capacidad demostrada sea inferior a la de otros aspirantes del turno libre. Tal afirmación no es contraria al establecimiento de distintos niveles de exigencia o capacidad una vez superado lo mínimo necesario.

Habría sido interesante conocer la opinión del TJUE. De acuerdo con el art. 2.b) de la *Directiva 2000/78/CE* hay discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a unas personas respecto otras, excepto si aquella disposición, criterio o práctica pueden justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzarla son adecuados y necesarios. Por otro lado, sigue diciendo ese artículo, las organizaciones y empresas están obligadas, en virtud de la legislación nacional, a adoptar las medidas que sean adecuadas para eliminar las desventajas que suponen dicha disposición, criterio o práctica. En virtud de la existencia de discriminación indirecta se han adoptado medidas de discriminación positiva en el acceso al empleo público, por ejemplo en materia de género (STJUE de 18 de octubre de 2017, asunto C-409/16, sobre la altura requerida a las mujeres para acceder a los Cuerpos de la Policía Local, comentada en el [boletín núm. 91](#) por Carolina Gala, y también en relación a las mujeres, la aplicación de distintos baremos de exigencia en las pruebas físicas).

La interpretación del art. 23.2 CE que efectúa el TS en esta sentencia, las bases de la convocatoria y la decisión de la Comisión de selección podrían constituir, a mi parecer, criterios y prácticas de discriminación indirecta, porque ponen obstáculos a la cobertura de las plazas reservadas más allá del mínimo de capacidad requerido. El objetivo de las notas de corte o la aplicación de fórmulas correctoras en las bases de la convocatoria no es otro que el de limitar el volumen de aspirantes que en el turno libre acceden a las sucesivas pruebas. Son medidas antimasificación de las diferentes fases del proceso selectivo. Lo cual puede entenderse porque el gran volumen de aspirantes genera unos costes elevados de gestión del proceso, y no obstante el corte, las plazas en el turno libre quedan cubiertas.

Ahora bien, ¿qué sentido tiene que se aplique en el turno de reserva de personas con discapacidad, en el que son muchos menos los aspirantes que concurren y menos aún los que aprueban los procesos selectivos? ¿Es respetuoso con el principio de igualdad que, pese a haber demostrado la capacidad mínima requerida en la convocatoria, personas con discapacidad queden fuera del proceso porque no alcanzan la nota de corte pensada para el turno libre con el objetivo, precisamente, de reducir el número de aspirantes aptos? Concluir que el art. 23.2 CE exige que todas las personas, aun existiendo desigualdad, deben competir con base a unos mismos criterios que incluyen la aplicación de fórmulas correctoras y notas de corte sin haber reflexionado sobre los efectos de esa doctrina, es un ejercicio de interpretación formal del Derecho, que no material.

La Administración está obligada a contar con, al menos, un 2% de los efectivos de personal con discapacidad. Medidas como la que valida el TS en esta sentencia podrían ser calificadas de discriminación indirecta a la vista de la Directiva para la igualdad de oportunidades, más todavía si las referimos a las personas con discapacidad intelectual. Veremos qué postura adopta el TJUE si algún día tiene la oportunidad de pronunciarse al respecto.

LA OBLIGACIÓN DEL REGISTRO DE LA JORNADA DE TRABAJO EN EL CASO DEL PERSONAL LABORAL

STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18 ([acceso al texto](#))

Comentada por Jorge Pérez

La configuración del tiempo de trabajo como una condición sujeta a los principios básicos del ordenamiento jurídico-laboral hace que la limitación de la jornada de trabajo sea un mínimo de derecho necesario, indisponible para las partes y cuya vulneración debe ser considerada una infracción en materia laboral merecedora de la correspondiente sanción administrativa.

En definitiva, el derecho a un trabajo digno y la adecuada protección de la salud y la seguridad de los trabajadores exigen que la normativa laboral establezca una jornada máxima de trabajo -en la actualidad, el art. 34.1 del ET fija ese máximo en 40 horas semanales en cómputo anual- y que los excesos de jornada también estén limitados por ley -el art. 35.2 del propio ET establece un máximo de 80 horas al año- y tengan, a todos los efectos, la consideración de horas extraordinarias.

Pues bien, un eficaz control de estos límites cuantitativos establecidos legalmente, o los que la negociación colectiva pudiera fijar dentro de éstos, parece requerir que el cómputo de las horas de trabajo realizadas diariamente por el trabajador deba reflejarse de algún modo que permita su posterior escrutinio para determinar si se ajusta o no a las exigencias legales o, en su caso, convencionales. En este sentido, la AN, en sentencias de 4 de diciembre de 2015 y 19 de febrero de 2016, había interpretado que el art. 35.5 ET, al establecer que “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones”, en realidad contiene una obligación general de registro diario de la jornada de trabajo, puesto que para poder determinar si se producen excesos en la misma, es condición necesaria conocer el número de horas realizadas cada día. En el mismo sentido se había pronunciado la Dirección General de Empleo en informes de 31 de julio de 2014 y 1 de marzo de 2016 y la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Instrucción 3/2016.

Sin embargo, el TS, en sentencias de la Sala de lo Social de 23 de marzo y 20 de abril de 2017 (casos “Bankia” y “Abanca”) resolvió, frente al criterio de la AN, que en los estrictos términos del contenido del art. 35.5 ET este debía ser interpretado en el sentido de que la obligación de registro de la jornada de trabajo es únicamente exigible cuando se producen excesos en la misma, esto es, cuando se realizan horas extraordinarias. El alto tribunal recurre en estas sentencias -que cuentan con interesantes votos particulares de cinco magistrados de la Sala- a argumentos históricos, teleológicos, sistemáticos y lógicos, reforzando la interpretación a partir del tenor literal del precepto para concluir que no existe en nuestro ordenamiento jurídico-laboral una obligación genérica de registro diario de la jornada por parte de la empresa.

Ante esta tensa situación desde el punto de vista jurídico, la Sala de lo Social de la AN, con ocasión de un nuevo asunto relacionado con esta materia (caso “Deutsche Bank”) el 19 de enero de 2018 dictó un auto para someter la cuestión al TJUE, a través de una petición de decisión prejudicial. Tras la presentación del informe del Abogado General, dicho tribunal dictó sentencia el pasado 14 de mayo. Hay que señalar que solo dos días antes, el 12 de mayo, había entrado en vigor en España la reforma del art. 34 ET introducida por el *Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo*, que añadió un apartado noveno al precepto para exigir a la empresa que garantice “el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora”. Por tanto, en el momento en que el TJUE dicta sentencia en esta materia ya existía en nuestro país una obligación genérica de registro de jornada.

No obstante, la sentencia europea no solo confirma el sentido de esta reforma introducida por el *Real Decreto-ley 8/2019*, sino que la blindo, desde el punto de vista del derecho comunitario, ante eventuales tentaciones futuras de reversión, de modo que podemos afirmar que el registro de la jornada diaria de trabajo es una obligación empresarial actualmente en España y que lo seguirá siendo en el futuro por exigencia del propio derecho comunitario.

Esta sentencia considera que el registro de la jornada de trabajo deviene obligatorio a la vista de lo dispuesto en los arts. 3, 5 y 6 de la *Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*, interpretados a la luz del art. 31, apartado 2, de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* y de los arts. 4, apartado 1; 11, apartado 3; y 16, apartado 3, de la *Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*. En este sentido, entiende el tribunal, como ya lo hiciera el Abogado General en sus conclusiones, que ni la empresa afectada ni el Gobierno español han identificado de manera precisa y concreta los obstáculos prácticos que podrían impedir a los empresarios implantar, con un coste razonable, un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Por tanto, la implantación de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador forma parte de la obligación general que incumbe a los Estados miembros y a los empresarios, prevista en los arts. 4, apartado 1, y 6, apartado 1, de la *Directiva 89/391/CEE*, de constituir una organización y los medios necesarios para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores.

En consecuencia, concluye que la normativa comunitaria expuesta anteriormente debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. De este modo, la obligación de registro de la jornada debe ser considerada una exigencia del derecho comunitario europeo.