



ESTADIOS PRELIMINARES DEL CONTRATO DE TRABAJO Y TÉCNICAS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES. ANÁLISIS APLICADO AL CASO DE LAS PYMES INDUSTRIALES INNOVADORAS

Antonio Fernández García

Dipòsit Legal: T.1003-2013

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Antonio Fernández García

ESTADIOS PRELIMINARES DEL CONTRATO DE TRABAJO
Y TÉCNICAS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES.
ANÁLISIS APLICADO AL CASO DE LAS
PYMES INDUSTRIALES INNOVADORAS

TESIS DOCTORAL

dirigida por el Dr. Miquel Àngel Purcalla Bonilla
y codirigida por el Dr. Àngel Manuel Ahedo Santisteban

Departamento de Derecho Público



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona
2012

Campus Catalunya
C/ Av. Catalunya, 35
43002 Tarragona
Tel: +34 977 55 86 93
Fax: +34 977 55 83 78

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado “Estadios preliminares del contrato de trabajo y técnicas de selección de trabajadores. Análisis aplicado al caso de las pymes industriales innovadoras”, que presenta Antonio Fernández García para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Público de esta Universidad.

Tarragona 24 de octubre de 2012

El director de la tesis doctoral

El codirector de la tesis doctoral

Dr. Miquel Àngel Purcalla Bonilla

Dr. Ángel Manuel Ahedo Santisteban

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI
ESTADIOS PRELIMINARES DEL CONTRATO DE TRABAJO Y TÉCNICAS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES. ANÁLISIS APLICADO
AL CASO DE LAS PYMES INDUSTRIALES INNOVADORAS
Antonio Fernández García
Dipòsit Legal: T.1003-2013

AGRADECIMIENTOS

Gracias al Dr. Miquel Àngel Purcalla por su ayuda y apoyo constante en la dirección de esta tesis. De él he aprendido el valor del esfuerzo en el trabajo y el interés por la investigación multidisciplinar como campo abierto de conocimiento. Gracias también por la confianza depositada en mí desde el primer día.

Gracias al Dr. Manu Ahedo por la dirección del capítulo VI y por haberme permitido formar parte del proyecto “Pymes industriales en el sistema regional de innovación. El caso de Cataluña”. Gracias a todas las empresas que aceptaron ser entrevistadas, en especial al Sr. Venanci Pellicer por su ayuda para que muchas empresas accedieran a recibirnos. Gracias al Dr. Alejandro Pizzi por su colaboración en las entrevistas y por hacer más llevadero el trabajo de campo. Esa parte de la tesis fue una experiencia muy enriquecedora.

Gracias a los miembros del grupo de investigación Anàlisi Social y Organitzativa (ASO) por acogerme como uno más, especialmente al Dr. Ignasi Brunet, al Dr. Àngel Belzunegui, a la Dra. Inma Pastor y a la Sra. Araceli López.

Gracias a los miembros de la URV que me han prestado algún tipo de ayuda durante la realización de esta tesis: Dr. Sergio Nasarre, Dr. Joan Picó, Dra. Estela Rivas, Dra. Elisabet Cerrato, Dr. Rodolfo Salassà y Dra. Milenka Villca. No me olvido tampoco del apoyo proporcionado por el personal administrativo del Departament de Dret Públic y de la Biblioteca de la Facultat de Ciències Jurídiques.

Gracias a los amigos que más interés han demostrado durante la elaboración de la tesis: Antonio, Jordi y Neus.

Gracias al Dr. Evandro Bocatto, que nos enseñó a sus alumnos a ser humildes para poder así «rechazar a la gente que dice que somos malos».

Finalmente, muchas gracias a Maika por realizar la corrección de estilo de esta tesis y por soportar día a día a este profesor incorregible.

ÍNDICES

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN-----	1 -
CAPÍTULO I: LA LIBERTAD DEL EMPRESARIO DE SELECCIONAR Y CONTRATAR A SUS TRABAJADORES-----	5 -
1.- La libertad de empresa como fundamento de la libertad de seleccionar y contratar trabajadores. -----	5 -
2.- Las técnicas de selección como manifestación del poder de control del empresario. -----	6 -
3.- Límites a la libertad de contratación. -----	7 -
3.1.- Límites constitucionales. -----	7 -
3.2.- Límites legales. -----	10 -
3.3.- Límites convencionales. -----	13 -
3.4.- El deber de buena fe. -----	16 -
CAPÍTULO II: LOS DERECHOS DEL CANDIDATO DURANTE EL PROCESO DE SELECCIÓN DE PERSONAL-----	19 -
1.- El derecho a la intimidad. -----	19 -
1.1.- Temas a investigar. -----	24 -
1.1.1.- Datos profesionales del trabajador. -----	24 -
1.1.2.- Estado civil, situación familiar y embarazo. -----	26 -
1.1.3.- Ideología y creencias. -----	28 -
1.1.4.- Antecedentes penales. -----	31 -
1.1.5.- Infracciones y sanciones laborales. -----	34 -
1.1.6.- Estado de salud. -----	35 -
1.1.7.- Comportamientos privados. -----	41 -
1.2.- Las informaciones suministradas por terceros. -----	44 -
2.- La protección de datos de carácter personal. -----	45 -
2.1.- Los principios de la protección de datos. -----	49 -
2.1.1.- El principio de pertinencia/racionalidad. -----	49 -
2.1.2.- El principio de consentimiento. -----	51 -

2.2.- La cesión de los datos.	53 -
3.- El derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación.	55 -
3.1.- Tipología de la discriminación.	58 -
3.1.1.- Discriminación directa.	59 -
3.1.2.- Discriminación indirecta.	59 -
3.1.3.- Discriminación por asociación.	61 -
3.1.4.- Discriminación múltiple.	62 -
3.1.5.- Discriminación por error.	64 -
3.2.- La discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo y las acciones positivas.	65 -
3.3.- La discriminación por razón de edad en el acceso al empleo.	72 -
3.4.- La discriminación en el acceso al empleo derivada del ejercicio de derechos fundamentales.	76 -
4.- La garantía de la dignidad del candidato.	79 -
4.1.- Dignidad y procesos de selección.	79 -
4.2.- El acoso al candidato durante el proceso de selección.	81 -
4.2.1.- El acoso sexual de intercambio o chantaje sexual.	82 -
4.2.2.- El acoso sexual ambiental.	82 -
4.2.3.- El acoso discriminatorio.	83 -
4.2.4.- El acoso moral o psicológico.	84 -
CAPÍTULO III: VÍAS EXTERNAS DE SELECCIÓN DE PERSONAL	87 -
1.- Diferenciación entre colocación, intermediación y selección.	87 -
2.- Las agencias de colocación.	89 -
2.1.- De la intermediación a la selección.	89 -
2.2.- El principio de gratuidad.	93 -
2.3.- Los portales de empleo y su consideración como agencias de colocación.	96 -
2.4.- Las empresas de recolocación (<i>outplacement</i>).	100 -
3.- Las empresas de selección de personal.	105 -
4.- Las empresas de trabajo temporal (ETTs).	109 -
5.- Las empresas de <i>Head-hunting</i> .	111 -
6.- Detectives privados y selección de personal.	113 -

CAPÍTULO IV: DESARROLLO DEL PROCESO DE SELECCIÓN DE PERSONAL ----- 117 -

1.- Fase de reclutamiento.-----	118 -
1.1.- Oferta de empleo y reclutamiento.-----	118 -
1.2.- Recepción y criba de <i>curriculum vitae</i> .-----	121 -
2.- Aplicación de las pruebas de selección.-----	122 -
2.1.- Cuestionarios biográficos. -----	124 -
2.2.- Pruebas profesionales.-----	126 -
2.3.- Pruebas o exámenes de conocimientos.-----	127 -
2.4.- Técnicas de simulación y <i>assesment center</i> .-----	128 -
2.4.1.- Prueba de bandeja o <i>in basket</i> . -----	129 -
2.4.2.- Ejercicios de análisis y presentación.-----	129 -
2.4.3.- Juego de rol o <i>role-play</i> .-----	130 -
2.4.4.- Dinámicas de grupo.-----	130 -
2.5.- Test psicométricos/psicotécnicos o examen psicológico.-----	131 -
2.5.1.- Test psicométricos que no vulneran la esfera privada del candidato.-----	132 -
2.5.2.- Test psicométricos que pueden vulnerar la esfera privada del candidato. -	133 -
2.5.3.- La postura doctrinal y jurisprudencial frente a los test psicométricos. ----	135 -
2.6.- Pruebas grafológicas.-----	137 -
2.7.- Entrevista de selección. -----	138 -
2.7.1.- Tipos de entrevistas de selección.-----	139 -
2.7.1.1.- Según la forma en la que el entrevistador realiza las preguntas.-	139 -
2.7.1.2.- Según el número de participantes en la entrevista.-----	141 -
2.7.1.3.- Según el grado de tensión durante la entrevista.-----	142 -
3.- Verificación y ampliación de la información sobre el candidato.-----	143 -
3.1.- Finalidades de la fase de verificación/ampliación de información sobre los candidatos. -	143 -
3.1.1.- Verificar la información aportada por el candidato.-----	144 -
3.1.2.- Ampliar la información sobre el candidato.-----	145 -
3.1.3.- Evitar responsabilidades civiles.-----	146 -
3.1.3.1.- El caso estadounidense.-----	146 -
3.1.3.2.- El caso español.-----	147 -
3.2.- Formas de verificar y ampliar los datos del candidato.-----	149 -
3.2.1.- El estudio de la documentación del candidato.-----	149 -
3.2.2.- La verificación de las referencias proporcionadas por el candidato.-----	150 -
3.2.3.- Las redes sociales virtuales. -----	154 -
3.2.4.- El informe prelaboral (<i>background check</i> o <i>pre-employment screening</i>).-	161 -

4.- Evaluación y decisión de contratación.-----	163 -
4.1.- El informe de selección y otra documentación del proceso de selección.-----	164 -
4.2.- El control de la selección en la negociación colectiva. Especial referencia a los planes de igualdad. -----	167 -

CAPÍTULO V: CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA DE TÉCNICAS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES Y VÍAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CANDIDATO----- 173 -

1.- El acceso a la jurisdicción social por parte del candidato.-----	173 -
2.- Competencia judicial funcional y territorial en materias relacionadas con la selección de personal.-----	175 -
2.1.- Competencia funcional en materias relacionadas con la selección de personal. ----	175 -
2.2.- Competencia territorial en materias relacionadas con la selección de personal.-----	176 -
3.- Vías de tutela (judiciales y extrajudiciales) en materia de selección de personal-----	178-
3.1.- Modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales.-----	178 -
3.2.- Modalidad procesal de conflicto colectivo.-----	181 -
3.3.- Modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos.-----	182 -
3.4.- Breve referencia al procedimiento de oficio para la indemnización de las discriminaciones laborales. -----	183 -
3.5.- Otras vías fuera de la jurisdicción social.-----	185 -
3.5.1.- Protección del derecho a la intimidad y al honor (LISOS, LO 1/1982 y CP).--	----- 185 -
3.5.2.- Protección frente al acoso (LISOS y CP).-----	186 -
3.5.3.- Protección frente a la discriminación (LISOS y CP).-----	188 -
3.5.4.- Protección de los datos de carácter personal (LOPD).-----	189 -
3.5.5.- Infracciones en materia de empleo y ETTs (LISOS).-----	190 -
4.- La dificultad probatoria de la vulneración de derechos fundamentales durante los procesos de selección de personal.-----	191 -
4.1.- Distribución de la carga de la prueba en la vulneración de derechos fundamentales.-----	----- 193 -
4.2.- El uso de la prueba estadística para probar la discriminación indirecta.-----	195 -
4.3.- Los medios de prueba más eficaces en materia de procesos de selección de personal.---	----- 196 -
5.- La reparación del daño derivado de un proceso de selección de personal.-----	198 -
5.1.- Incumplimiento de contratación tras la superación de un proceso de selección de personal.-----	198 -
5.2.- La reparación del daño causado por vulneración de derechos fundamentales durante el proceso de selección de personal.-----	- 201 -

CAPÍTULO VI: LA SELECCIÓN DE PERSONAL EN LAS PYMES INDUSTRIALES CATALANAS-----	209 -
1.- Introducción-----	209 -
1.1.- Marco teórico de referencia-----	209 -
1.1.1.- La teoría de la segmentación del mercado de trabajo y los procesos de selección de personal-----	209 -
1.1.2.- Segmentación de mercados de trabajo y pymes-----	211 -
1.1.3.- Pymes industriales en Cataluña, innovación y selección de personal-----	212 -
1.2.- Planteamiento de hipótesis-----	215 -
1.3.- Metodología y estudio de campo-----	217 -
2.- Puntos relevantes del análisis-----	218 -
2.1.- Proceso de selección propio o externalizado. -----	218 -
2.2.- Fase de reclutamiento-----	220 -
2.2.1.- Empresas de selección o ETTs. -----	220 -
2.2.2.- Web corporativa-----	221 -
2.2.3.- Estudiantes en prácticas-----	222 -
2.2.4.- Anuncio en prensa-----	225 -
2.2.5.- Portales de empleo virtuales-----	225 -
2.2.6.- Contactos o recomendaciones-----	225 -
2.2.7.- Selección en otros países-----	226 -
2.2.8.- Redes sociales virtuales. -----	227 -
2.2.9.- Otras empresas que han cerrado-----	227 -
2.3.- Perfil requerido-----	228 -
2.3.1.- Formación y experiencia dependiendo del puesto-----	228 -
2.3.2.- Dificultades para encontrar determinados perfiles-----	229 -
2.3.3.- Exigencia de requisitos más allá de la aptitud profesional-----	230 -
2.3.4.- Segregación de la mujer a determinados puestos-----	231 -
2.4.- Pruebas de selección-----	232 -
2.4.1.- Periodo de prueba o tiempo de prácticas-----	233 -
2.4.2.- Entrevista final con superior directo de la empresa-----	234 -
2.4.3.- Promoción interna-----	235 -
2.4.4.- Curso obligatorio de formación. -----	235 -
2.4.5.- Comprobación de referencias del candidato-----	236 -
2.4.6.- Test psicotécnicos-----	236 -
3.- La selección de personal en los convenios colectivos aplicables. -----	237 -
3.1.- Convenio Colectivo de la Industria siderometalúrgica de la provincia de Barcelona años 2007-2012 (DOGC 29 de junio de 2007).-----	237 -

3.2.- Convenio Colectivo de la Industria siderometalúrgica de la provincia de Tarragona años 2007-2012 (DOGC 10 de septiembre de 2007). -----	238 -
3.3.- XV Convenio Colectivo de la Industria Química años 2007-2009 (BOE 27 de agosto de 2007). -----	239 -
4.- Conclusiones finales. -----	241 -
4.1.- Resumen de las prácticas principales.-----	241 -
4.2.- Confirmación o no de las hipótesis formuladas.-----	242 -
4.3.- Reflexión final.-----	245 -
CONCLUSIONES-----	247 -
BIBLIOGRAFÍA-----	255 -

ÍNDICE DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

Abreviaturas

- art. = artículo
- arts. = artículos
- cap. = capítulo
- caps. = capítulos
- cit. = citada
- coord. = coordinación
- dir. = dirección
- ed. = edición
- edit. = editor
- etc. = etcétera
- nº. = número
- op. = obra
- p. = página
- ref. = referencia
- ss. = siguientes
- vol. = volumen

Siglas

- AAVV = Autores Varios
- AEPD = Agencia Española de Protección de Datos
- AIMC = Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación
- AL = Actualidad Laboral
- AQU = Agencia para la Calidad del Sistema Universitario de Cataluña
- AS = Aranzadi Social
- ATC = Auto del Tribunal Constitucional
- ATS = Auto del Tribunal Supremo
- BO = Boletín Oficial
- BOE = Boletín Oficial del Estado
- CC = Código Civil
- CEDH = Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CE = Constitución Española
- CES = Consejo Económico y Social
- CP = Código Penal
- DA = Disposición Adicional
- DL = Documentación Laboral
- DOGC = Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
- EBEP = Estatuto Básico del Empleado Público
- ET = Estatuto de los Trabajadores
- ETT = Empresa de Trabajo Temporal
- ETTs = Empresas de Trabajo Temporal
- I+D = Investigación y Desarrollo
- INEM = Instituto Nacional de Empleo
- IPREM = Indicador Público de Efectos de Rentas Múltiples
- INTECO = Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación
- JS = Juzgado de los Social
- LBE = Ley Básica de Empleo
- LE = Ley de Empleo
- LEC = Ley de Enjuiciamiento Civil

- LETT = Ley de Empresas de Trabajo Temporal
- LGSS = Ley General de la Seguridad Social
- LISOS = Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
- LO = Ley Orgánica
- LOEX = Ley Orgánica de Extranjería
- LOI = Ley Orgánica de Igualdad
- LOPD = Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
- LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial
- LORTAD = Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal
- LPRL= Ley de Prevención de Riesgos Laborales
- LRJS = Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
- LSP = Ley de Seguridad Privada
- MTAS = Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- MTSS = Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social
- OIT= Organización Internacional del Trabajo
- OM = Orden Ministerial
- RD= Real Decreto
- RDL= Real Decreto-Ley
- RDS = Revista de Derecho Social
- REDC = Revista Española de Derecho Constitucional
- REDT = Revista Española de Derecho del Trabajo
- REX = Reglamento de Extranjería
- RGDTS= Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
- RL = Relaciones Laborales
- RMTAS = Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- RPD = Reglamento de Protección de Datos de Carácter Personal
- RSP = Reglamento de Seguridad Privada
- RTSS CEF = Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros
- SAN = Sentencia de la Audiencia Nacional
- SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial
- SSTC = Sentencias del Tribunal Constitucional
- SSTJUE = Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- SSTS = Sentencias del Tribunal Supremo
- SSTSJ = Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

- STC = Sentencia del Tribunal Constitucional
- STJUE = Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- STS = Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ = Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- TC = Tribunal Constitucional
- TJUE = Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TS = Tribuna Social
- TS = Tribunal Supremo
- TSJ = Tribunal Superior de Justicia

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI
ESTADIOS PRELIMINARES DEL CONTRATO DE TRABAJO Y TÉCNICAS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES. ANÁLISIS APLICADO
AL CASO DE LAS PYMES INDUSTRIALES INNOVADORAS
Antonio Fernández García
Dipòsit Legal: T.1003-2013

INTRODUCCIÓN

Según han ido evolucionando las estructuras empresariales, estas se han visto obligadas a incorporar mano de obra que cumpliera los requisitos específicos, que empezaban a ser necesarios para desempeñar los diferentes puestos de trabajo. Las empresas han ido creando al mismo tiempo departamentos de personal que, entre otras cuestiones, se dedican a reclutar y seleccionar a los trabajadores más aptos para la función productiva. Surgen así las técnicas de selección como un proceso estructurado y formalizado, previo a la contratación de trabajadores. El interesado en conocer la disciplina de la selección de personal, debe acercarse a la literatura sobre gestión de recursos humanos. Allí encontrará los procedimientos a seguir y las pruebas a realizar para una exitosa selección del candidato más adecuado. Así lo hizo el que suscribe en su época como estudiante de la Diplomatura en Relaciones Laborales y la Licenciatura en Ciencias del Trabajo.

Desde ese contexto multidisciplinar enseguida echamos en falta contenidos jurídicos, es decir, un marco legal que estableciera la licitud o no de las diferentes técnicas y pruebas selectivas que componían los procesos de selección de personal. Algunas obras consultadas contenían escasas referencias a la cuestión jurídica, limitándose a reseñar los derechos de los candidatos a la intimidad y a la no discriminación, proscribiendo conductas atentatorias contra los mismos. En ocasiones, la literatura en español era una fiel traducción de obras anglosajonas, incluyendo referencias a normativa y jurisprudencia no aplicables en nuestro ordenamiento jurídico. A nuestro juicio, es muy probable vulnerar derechos fundamentales de los candidatos si se siguen la mayoría de las medidas propuestas en dicha literatura.

Por otra parte, al acudir a obras jurídicas observamos que los procesos de selección de personal se encuadran dentro de los estadios preliminares del contrato de trabajo, junto con las figuras de los tratos preliminares y el precontrato. Eso significa que tampoco existe una norma concreta sobre la cuestión, lo que nos obliga a buscar preceptos legales de aplicación dispersos por toda la normativa, además de tener la fortuna de localizar jurisprudencia específica, que también escasea. Advertir que en

todo momento nos estamos refiriendo al contexto de la empresa privada, ya que el acceso al empleo en la Administración Pública sí se encuentra regulado ampliamente.

La doctrina científica, sin embargo, ha tratado la materia de la selección de personal en diferentes ocasiones: por un lado, algunos estudios dedicados al derecho a la intimidad o a la no discriminación contienen una parte dedicada a la fase precontractual; por otro lado, existen obras generales sobre discriminación, aunque hacen poca referencia a la fase de acceso al empleo; finalmente, la literatura sobre protección de datos de carácter personal en el entorno laboral incluye contenido sobre el derecho a la autodeterminación informativa del candidato a un puesto de trabajo. También encontramos referencias sobre el tema al estudiar los procesos de colocación e intermediación en el mercado laboral.

El problema que vemos es que ni la doctrina ni la norma han llegado a unificar todos esos aspectos de los procesos de selección en un cuerpo común, analizando los derechos del candidato, la libertad de contratación del empresario, las pruebas de selección, etc. Por ese motivo, el objeto de estudio de la presente tesis doctoral es analizar desde un punto de vista multidisciplinar la adecuación a nuestro ordenamiento jurídico de las diferentes técnicas de selección de trabajadores. Para ello se ha usado metodología jurídica, estudiándose la normativa, la jurisprudencia y la doctrina científica, aunque también hemos tenido que recurrir a disciplinas como la gestión de recursos humanos, la psicología industrial y la sociología del trabajo.

La estructura de la tesis ha quedado dividida en seis capítulos de la siguiente manera:

Un primer capítulo se ha dedicado a la facultad del empresario de seleccionar y contratar a sus trabajadores. Indicamos la normativa y doctrina en la que se sustenta esta capacidad seleccionadora, enumerando seguidamente los límites que el ordenamiento jurídico le impone en esta cuestión. Los límites se han detectado en diferentes fuentes, desde nuestra Carta Magna hasta los convenios colectivos que contienen clausulado referido a la selección de personal.

Un segundo capítulo trata sobre los derechos fundamentales de los candidatos que más visibilidad adquieren durante un proceso de selección de personal. El derecho a la intimidad constituye la barrera de las informaciones que puede o no puede obtener el empresario para evaluar la aptitud profesional del candidato. Se sistematizan así los temas a investigar sobre el candidato y la justificación de las posibles injerencias en su esfera privada. Asimismo, y en estrecha relación con lo anterior, se examina la protección de los datos de carácter personal del candidato. Sobre la igualdad de trato y no discriminación, hemos centrado nuestra atención en las discriminaciones que entendemos más pueden darse en nuestro entorno: por razón de sexo y por edad. No en vano, durante muchos años han constituido un requisito en múltiples ofertas de empleo que podían verse en prensa y en otros medios. Finalmente, hemos tratado la cuestión de la vulneración de la dignidad de los candidatos, especialmente la espinosa materia del acoso en sus diferentes tipologías.

El tercer capítulo realiza un repaso de las vías externas de selección de personal de las que dispone el empresario. En efecto, no siempre un empleador está capacitado o tiene recursos para llevar a cabo procesos selectivos de forma eficiente, por lo que opta por externalizar esa actividad. En este capítulo se analizan una serie de entremezcladas actividades como la colocación, la intermediación y la selección, así como los diferentes operadores que actúan en el mercado de trabajo ofreciendo esos servicios. Algunos de ellos se encuentran amparados por normativa muy reciente mientras que otros siguen en situación de alegalidad. Algunos tienen ya más de un siglo de existencia (agencias de colocación) y otros se crearon a caballo entre dos siglos (portales de empleo virtuales). Finalizamos el capítulo mostrando la profesión de detective privado, nacida a mediados del siglo XIX en Estados Unidos, y el modo en que pueden utilizarse sus servicios como complemento para seleccionar trabajadores destinados a cubrir puestos de determinado perfil.

En el cuarto capítulo se explica el desarrollo de un proceso de selección de personal, desde la emisión de la oferta de empleo hasta la decisión de contratación, pasando por las diversas pruebas a las que se puede someter a los candidatos. Según se van enumerando y explicando las diferentes fases y pruebas selectivas, se establecen los criterios para determinar su adecuación o no a nuestro ordenamiento jurídico. De especial interés resulta el apartado sobre verificación y ampliación de la información

sobre el candidato. Allí se analizan prácticas poco tratadas desde nuestro ámbito jurídico, como las técnicas de comprobación de referencias y los informes prelaborales o *background check*, además de fenómenos realmente novedosos, como sería el recurso a las redes sociales de Internet para reclutar y seleccionar trabajadores.

El quinto capítulo trata sobre cuestiones procesales en materia de selección de personal y las diferentes vías de protección jurídica de que dispone el candidato. La dificultad probatoria en ese ámbito y la reparación del daño sufrido por el candidato cierran este capítulo adaptado a la nueva normativa procesal laboral.

El sexto capítulo justifica el subtítulo de la presente tesis, porque constituye un análisis de los procesos de selección en pymes desde el punto de vista sociológico. Partimos de la teoría de la segmentación del mercado de trabajo y, junto con lo analizado en los capítulos anteriores, elaboramos unas hipótesis de trabajo para estudiar la selección de personal en las pymes industriales innovadoras de Cataluña. Tras la realización de una serie de entrevistas cualitativas como trabajo de campo, indicamos cuáles son las prácticas más relevantes de selección de personal en esas empresas y comprobamos las hipótesis formuladas.

Finalmente, se exponen las conclusiones que sintetizan las cuestiones más trascendentes de la investigación desarrollada. Tenemos la seguridad de que habrán quedado clarificados por fin los aspectos jurídicos de la selección de personal, al menos hasta que el conocimiento científico que hemos generado con nuestro trabajo se vea superado por lo que dicte la doctrina científica posterior.

CAPÍTULO I: LA LIBERTAD DEL EMPRESARIO DE SELECCIONAR Y CONTRATAR A SUS TRABAJADORES

1.- La libertad de empresa como fundamento de la libertad de seleccionar y contratar trabajadores.

La libertad de empresa se encuentra reconocida como derecho en el art. 38 CE, libertad que comprende, en primer lugar, la de su creación y establecimiento y, como consecuencia de ello, la de organizarla y dirigirla. De esa libertad para organizar y dirigir la empresa nace el que se ha denominado «poder de dirección del empresario», necesario para asegurar el funcionamiento de la misma y la obtención del beneficio económico final, razón última de ser de la estructura empresarial en nuestro actual sistema de libre mercado.

Entrando en el contenido esencial de dicho poder directivo, podemos desgranarlo en diferentes facultades destinadas a satisfacer el interés empresarial. Entre esas facultades, se encuentran la facultad de dictar instrucciones generales sobre la organización y funcionamiento de la empresa o lugar de trabajo y la prestación laboral que se lleva a cabo en ella; la facultad de dictar órdenes e instrucciones a los trabajadores sobre el trabajo a prestar; la facultad de vigilancia y control de las obligaciones y deberes de los trabajadores; y, finalmente, la facultad disciplinaria que permite sancionar al trabajador en caso de incumplimientos laborales¹. Por lo tanto, puede concluirse que forman parte de su contenido esencial los poderes empresariales de selección, organización y control de los trabajadores subordinados².

Para iniciar cualquier empresa es necesario cuantificar la plantilla de trabajadores que formarán parte de la misma, así como proceder a la contratación de los que el empresario considere que estarán capacitados para realizar la prestación de servicios correspondiente, que pactarán en el futuro contrato de trabajo. Respecto a esa

¹ DE VICENTE PACHÉS, F.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo», TS, nº 157, 2004, p. 22.

² SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AAVV (dir. BORRAJO DACRUZ, E.): *Trabajo y libertades públicas*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, p. 205.

facultad del empresario, de seleccionar y contratar a los trabajadores que considere más adecuados, nuestro Alto Tribunal también la ha reconducido, como no podía ser de otra forma, hacia la libertad de empresa contenida en el art. 38 CE³.

La libertad de contratación, por lo tanto, debe entenderse como la reserva de proceder o no a contratar y, caso de contratar, de elegir al candidato que se considere más adecuado, lo sea o no realmente para el trabajo que se le va a encomendar⁴. Para poder elegir al más adecuado será preciso, en multitud de ocasiones, realizar un proceso de selección de personal, que podrá constar de diferentes pruebas o técnicas selectivas, cuyo fin no es otro que conocer la efectiva capacitación profesional del futuro trabajador.

2.- Las técnicas de selección como manifestación del poder de control del empresario.

Hemos visto anteriormente que del poder de dirección del empresario se derivan unas facultades de control y vigilancia sobre el desarrollo del trabajo y, por lo tanto, de los trabajadores que lo prestan. Dichas facultades vienen condicionadas por los requisitos estipulados en el art. 20.3 ET.

Cierto sector de la doctrina entiende esa capacidad de selección como una manifestación del poder de control del empresario. Así, pese a que el ejercicio de vigilancia y control se entiende habitualmente referido a la verificación de la prestación laboral (art. 20.3 ET), se pueden hallar manifestaciones de ese poder empresarial en las actuaciones precontractuales (en concreto los procesos de selección), destinadas a obtener información sobre la capacidad profesional de los candidatos a los puestos de trabajo que oferta la empresa⁵. Esa actividad de indagación sobre las aptitudes del candidato, constituye en sí misma una expresión típica de control, entendiéndose este como «toda actividad institucionalizada destinada a adquirir información de utilidad

³ STC 147/1986, de 25 de noviembre.

⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva», ref. BIB 2003\465, Westlaw-Aranzadi, p. 1.

⁵ DE VICENTE PACHÉS, F.: «Las facultades empresariales...», op. cit., p. 23.

para el empleador en el contexto de la organización productiva»⁶. De este modo, la noción del poder de control empresarial resulta más amplia, aunque en el aspecto de la selección de personal ya no se sujetará a lo dispuesto en el art. 20.3 ET (precisamente por no existir aún la relación laboral), sino a «los límites generales previstos por el ordenamiento jurídico».

3.- Límites a la libertad de contratación.

El derecho que posee el empresario de seleccionar y contratar a los trabajadores que precise para el desarrollo de su actividad económica, está sujeto a una serie de límites que vienen indicados por diferentes derechos constitucionales, por la legislación ordinaria, por la negociación colectiva y por las reglas de la buena fe.

3.1.- Límites constitucionales.

Los límites constitucionales que afectan al poder empresarial a la hora de contratar trabajadores son el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE); y respecto a la forma de llevar a cabo el proceso de selección de personal, le limitarán también el derecho a la intimidad personal o familiar (art. 18.1 y 4 CE) y el derecho a la libertad ideológica o religiosa (art. 16.2 CE).

Recordemos la ya consolidada doctrina del TC respecto a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁷ en la empresa, indicando que «la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación en modo alguno para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano», pues «ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa» que establece el art. 38 CE «legitima el que quienes

⁶ Seguimos en este punto a MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, p. 43-46.

⁷ La denominada por la doctrina alemana *Horizontalwirkung* o también *Drittwirkung der Grundrechte*, en contraposición a la tesis liberal que defiende que los derechos fundamentales no tienen eficacia frente a terceros, puesto que constituyen exclusivamente garantías o instrumentos de defensa frente al Estado. Véase al respecto PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 318 y ss.

prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico-constitucional»⁸. Como bien han ejemplificado SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI «otra conclusión conduciría al absurdo: es indudable que el derecho a la vida o a la integridad física que todos tenemos reconocido no deja de estarlo por el hecho de trabajar al amparo de una relación de dependencia, y lo mismo ocurre con el resto de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente»⁹.

Ahora bien, la mencionada interpretación jurisprudencial ha sido atemperada sobre la base de dos vectores por el mismo Alto Tribunal.

En primer lugar, para compaginar la existencia de derechos contradictorios como los de la libertad de empresa y los del trabajador antes enumerados, se debe seguir un «principio de equilibrio y proporcionalidad» entre ellos, interpretándose y ponderándose cada supuesto y sus circunstancias concurrentes, y exigiendo en todo caso el respeto del contenido esencial del derecho fundamental, es decir, «aquella parte del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos»¹⁰. En el caso de la libertad de empresa, siempre que la entendamos como un derecho fundamental, el contenido esencial sería el mínimo irreductible de libertad de acceso al mercado, de libertad de ejercicio o gestión de la empresa y de libertad de cesación en el mercado¹¹.

En segundo lugar, a través del «principio de neutralidad», el TC ha señalado que los derechos fundamentales no constituyen en sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales. Sin embargo, debe matizarse que solamente en la medida en que sea

⁸ SSTC 88/1985, de 19 de julio, 99/1994, de 11 de abril, 90/1997, de 6 de mayo y 904/1997, de 25 de noviembre.

⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», en AAVV (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V. y coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p. 276.

¹⁰ STC 11/1981, de 8 de abril.

¹¹ Sobre la consideración de la libertad de empresa como derecho fundamental véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: «Los derechos constitucionales del empresario», en AAVV (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V. y coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p. 362-364.

«estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva»¹² (y entendemos que también en la fase de acceso al empleo), podrá admitirse la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador¹³.

Por lo tanto, la mejor forma de equilibrar los derechos de las partes de la relación laboral es aplicando dicho principio de proporcionalidad, que indica que «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada ó equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»¹⁴. De este modo, puesto que hemos indicado que los procesos de selección de personal cabe entenderlos como un control empresarial fruto del poder de dirección del empresario, a su vez fruto del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, opinamos que resulta posible y necesario aplicar el principio de proporcionalidad en el ámbito precontractual, en orden a preservar el contenido esencial de los derechos fundamentales de los candidatos a un puesto de trabajo.

3.2.- Límites legales.

La libertad de contratación puede ser limitada también por las disposiciones legales, pues ya el art. 17.2 ET señala que «podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente». Existen varios ejemplos de normas de ese tipo que condicionan la libertad de elección de trabajadores.

¹² SSTC 90/1999, de 26 de mayo y 98/2000, de 10 de abril.

¹³ PURCALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Tratos preliminares y precontrato de trabajo: estado de la cuestión», REDT, nº 142, 2009, p. 395.

¹⁴ SSTC 98/2000, de 10 de abril, 186/2000, de 10 de julio, 14/2003, de 28 de enero y 11/2006, de 16 de enero, entre otras.

En primer lugar, podemos mencionar las limitaciones a la contratación por razón de edad. Así, se prohíbe la contratación de los menores de 16 años (art. 6.1 ET) excepto en supuestos de intervención en espectáculos públicos, previa autorización escrita por parte de la autoridad laboral, y «siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana» (art. 6.4 ET). Además, los menores de 18 años tampoco podrán realizar trabajos nocturnos ni actividades o puestos de trabajo declarados «insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana» (art. 6.2 ET). Por lo tanto, existen unas rotundas limitaciones para contratar a menores de edad en orden a su necesaria protección derivada del art. 39 CE. También se establecen limitaciones por edad en el caso de los contratos para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 a) ET).

En segundo lugar, podríamos citar los programas de fomento de la contratación indefinida que estuvieron en vigor hasta la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que permitían utilizar una modalidad de contratación indefinida únicamente con candidatos que cumplieran unos requisitos relacionados con la dificultad para encontrar empleo, y cuya característica principal era la de prever una indemnización de menor cuantía en caso de despido objetivo calificado como improcedente¹⁵. Como sustitutivo de esas medidas, se ha creado un nuevo tipo de contrato indefinido exclusivo para las empresas de menos de 50 trabajadores¹⁶ y que debe celebrarse siempre a jornada completa (art. 4 Ley 3/2012, de 6 de julio). La característica más significativa de esta modalidad, denominada contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, es que establece un período de prueba de un año, lo que permite un amplio período de tiempo para que el empresario extinga unilateralmente el contrato sin obligación de indemnizar. Además, el empresario goza de diversos incentivos fiscales¹⁷ y, dependiendo del colectivo al que pertenezca el trabajador, puede obtener distintas bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad

¹⁵ Regulados por la derogada D.A. 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad.

¹⁶ Siempre que la empresa, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, no hubiera adoptado decisiones extintivas improcedentes. Dicha limitación solo afectará a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción, y para el mismo centro o centros de trabajo (art. 4.6 Ley 3/2012, de 6 de julio).

¹⁷ Contemplados en el art. 43 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Social¹⁸. No obstante, para mantener dichos incentivos «la empresa deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral» y «deberá mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde la celebración del contrato» (art. 4.7 Ley 3/2012, de 6 de julio)¹⁹.

Otras modalidades de contrato de trabajo también imponen ciertas limitaciones legales a la selección y contratación de trabajadores. Así, para poder concertar un contrato en prácticas se exige, entre otros requisitos, que el candidato haya obtenido un título que le habilite para el ejercicio profesional²⁰ «dentro de los cinco años, o de siete años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios» (art. 11.1 ET). Por otro lado, en la modalidad de contrato para la formación y el aprendizaje también debemos recordar que existen limitaciones en cuanto a la edad de los trabajadores (art. 11.2 a) ET)²¹ y en cuanto al número máximo de estos contratos en plantilla (art. 7 RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos).

En tercer lugar, es importante destacar la cuota del dos por ciento de trabajadores discapacitados en plantilla que deben cumplir las empresas de más de 50 trabajadores en virtud del art. 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. Este precepto obliga directamente a determinados

¹⁸ Art. 4.5 Ley 3/2012, de 6 de julio.

¹⁹ No obstante, «no se considerarán incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato» (art. 4.7 Ley 3/2012, de 6 de julio).

²⁰ Los títulos pueden ser universitarios, de formación profesional de grado medio o superior, o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente. También se han incluido los certificados de profesionalidad regulados en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (art. 11.1 ET).

²¹ «Se podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis y menores de veinticinco años que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas. Se podrán acoger a esta modalidad contractual los trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo. El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad ni con los colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente» (art. 11.2 a) ET).

empresarios a la contratación de ciertos porcentajes de trabajadores, como medida de protección del empleo, que puede fundamentarse en el art. 49 CE y que no restringe desproporcionalmente la libertad de empresa²², máxime cuando se le permiten al empresario una serie de alternativas establecidas en el RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

En cuarto lugar, se exige una autorización de trabajo y residencia para poder contratar a trabajadores extranjeros extracomunitarios (arts. 36 LOEX y 63 REX). Y en relación a este tema, habrá de tenerse en cuenta la situación nacional de empleo (arts. 38 LOEX y 65 REX). En este sentido, la nacionalidad constituye un criterio de limitación a la libertad del empresario de seleccionar y contratar a sus trabajadores.

Finalmente, puede condicionarse por ley el ejercicio de diversas profesiones a la posesión de determinadas títulos o certificados oficiales, limitándose así la selección y contratación a los candidatos que dispongan de dichas titulaciones. Tal sería el caso de los profesionales sanitarios, regulados en ese aspecto por los arts. 2 y 3 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. En otros supuestos, lo que se exige para poder ser contratado es estar en posesión de una habilitación administrativa, como sería el caso del personal de seguridad privada (art. 10.1 LSP).

3.3.- Límites convencionales.

La negociación colectiva, reconocida en el art. 37.1 CE, permite que por convenio colectivo se desarrollen «aspectos de la libertad de empresa, y aun restringir ese derecho, siempre que la limitación se halle justificada y respete el principio de proporcionalidad»²³. Por ese motivo se pueden establecer una serie de cláusulas que

²² SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: «Los derechos constitucionales...», op. cit., p. 370-371.

²³ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: «Los derechos constitucionales...», op. cit., p. 366.

obligan o limitan la contratación de trabajadores o el ejercicio de un proceso selectivo de personal²⁴.

Por ejemplo, sobre las modalidades de contratación, encontramos en algunos convenios colectivos cupos de trabajadores temporales²⁵ en la empresa o limitaciones en la duración de los contratos de duración determinada²⁶. Todo ello justificado razonablemente para conseguir la estabilidad en el empleo.

Por otro lado, podemos observar convenios colectivos que, frente a nuevas contrataciones de personal, otorgan una prioridad o preferencia para que se cubran dichos puestos con trabajadores que ya pertenezcan a la propia empresa (promoción interna)²⁷ o que posean una titulación determinada²⁸. En otras ocasiones, la preferencia la tienen los trabajadores que han prestado servicios anteriormente en la empresa

²⁴ Para un estudio más extenso de esta cuestión véase AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en...», op. cit.

²⁵ Art. 32 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad 2009-2012 (BOE de 16 de febrero de 2011); art. 24 Convenio colectivo de Transportes Petrolíferos Hidrocarburos T.P.H., SL (BOE de 4 de octubre de 2011).

²⁶ «El trabajador, aún cuando la modalidad contractual lo permitiese legalmente, no podrá permanecer en régimen de temporalidad más de dos años, por lo que alcanzado este límite temporal adquirirá la condición de fijo de plantilla. Este límite no se aplicará respecto a los contratos de relevo.» (art. 30.3 XXIII Convenio Colectivo de Bridgestone Hispania, SA (BOE de 28 de julio de 2010)).

²⁷ Art. 26 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad 2009-2012 (BOE de 16 de febrero de 2011); art. 10 c) Convenio colectivo de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE de 8 de febrero de 2011); art. 59 Convenio colectivo del Grupo Hc Energía (BOE de 29 de abril de 2008); art. 12.3 XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE de 4 de abril de 2009); art. 63 XXIII Convenio Colectivo de Bridgestone Hispania, SA (BOE de 28 de julio de 2010); art. 23 Convenio colectivo de Diez Todo Limpio, SL (BOE de 8 de julio de 2009); art. 12 XV Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (BOE de 29 de mayo de 2008).

²⁸ «Será considerado como mérito para la admisión el certificado de estudios expedido por la Escuela Nacional de Artes Gráficas o cualquiera otra Escuela similar de carácter oficial.» (art. 6.4 Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2007-2008-2009-2010-2011 (BOE de 14 de marzo de 2008)); «El ingreso de personal de cualquier categoría profesional en las Fábricas de Harinas y/o Sémolas, se hará de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre colocación, pudiendo dar prioridad a aquellos trabajadores que se encuentren en posesión de titulación expedida por el Instituto Nacional de Molinería e Industrias Cerealistas o de otros centros oficiales que se puedan crear en el futuro.» (art. 30 Convenio Colectivo Laboral para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas 2007, 2008, 2009 y 2010 (BOE de 3 de septiembre de 2007)).

mediante contratos de duración determinada, a tiempo parcial o formativos²⁹, si bien en algunos casos se matiza o limita dicha prioridad³⁰.

En este mismo sentido no debemos olvidar lo previsto en el art. 17.4 ET, que permite a la negociación colectiva «establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate»³¹. Esta disposición ha sido empleada por diferentes convenios colectivos, tanto sectoriales³² como de empresa³³. E incluso, en ocasiones, esta prioridad, con el fin de garantizar la igualdad de género, se ha extendido a las mujeres desempleadas que durante el año anterior a la fecha de la contratación hubieran tenido un hijo (biológico, por adopción o por acogimiento) o hubiesen sido declaradas víctimas de violencia de género³⁴.

Centrándonos en los inicios de cualquier proceso de selección de personal, diversos convenios colectivos establecen que las redacciones de las diferentes ofertas de empleo no podrán ser excluyentes por razón de sexo³⁵. Otros convenios obligan a

²⁹ Art. 26 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad 2009-2012 (BOE de 16 de febrero de 2011); art. 11 Convenio colectivo de la industria química (BOE de 29 de agosto de 2007); art. 61 Convenio colectivo del Grupo Hc Energía (BOE de 29 de abril de 2008); art. 30.3 XXIII Convenio Colectivo de Bridgestone Hispania, SA (BOE de 28 de julio de 2010); art. 22 Convenio Colectivo Estatal de Perfumería y Afines (BOE de 14 de septiembre de 2010).

³⁰ «En la contratación de personal, tendrán preferencia sobre los demás aspirantes, en igualdad de méritos y condiciones, quienes a partir de la entrada en vigor de este convenio, hayan desempeñado hasta la terminación normal del tiempo convenido, funciones en cada uno de los centros de trabajo con contrato suscrito con la empresa por tiempo determinado o interino, siempre y cuando la prestación anterior de sus servicios haya sido como mínimo durante dos períodos de contratación de seis meses, continuos o alternos, dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la fecha prevista de contratación y en un puesto de trabajo igual o similar.» (art. 19 Convenio colectivo de Gallina Blanca, SA (BOE de 10 de noviembre de 2010)); «Cuando se produzcan nuevas necesidades y existan candidatos para la cobertura de las mismas que hayan sido contratados por RENFE-Operadora con modalidades de contratos de fijos discontinuos, indefinidos a tiempo parcial o de cualquier modalidad de contrato temporal y ostenten las cualificaciones requeridas, podrán convalidar los requisitos de las convocatorias por la experiencia profesional, la formación y los conocimientos adquiridos en RENFE-Operadora.» (Cláusula 6ª I Convenio colectivo de RENFE-Operadora (BOE de 24/04/2008)).

³¹ Precepto añadido por la D.A. 11ª.2 LOI.

³² Art. 25 V Convenio Colectivo de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 31 de agosto de 2009).

³³ Art. 5 II Convenio colectivo de Repsol YPF, SA (BOE de 6 de marzo de 2007); art. 32.2 XXII Convenio colectivo de Repsol Butano, SA (BOE de 9 de marzo de 2007); art.7 VII Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (BOE de 1 de diciembre de 2009); art. 10.2 Convenio colectivo de Essilor España, SA (BOE de 15 de julio de 2009).

³⁴ Art. 44 Convenio colectivo de Naturgas Energía (BOE de 6 de octubre de 2009); art. 88 Convenio colectivo del Grupo Hc Energía (BOE de 29 de abril de 2008).

³⁵ Art. 5 II Convenio colectivo de Repsol YPF, SA (BOE de 6 de marzo de 2007); art. 32.2 XXII Convenio Colectivo de Repsol Butano, SA (BOE de 9 de marzo de 2007); art.7 VII Convenio colectivo

indicar junto con la oferta de empleo, los requisitos y pruebas selectivas que se llevarán a cabo³⁶. Tras la entrada en vigor de la LOI, los convenios colectivos suelen hacer hincapié en mantener la objetividad durante las pruebas evaluadoras con el fin de evitar discriminaciones por razón de sexo y garantizar la transparencia del proceso³⁷. En ese sentido, puede resultar clave, en el caso de determinadas empresas, la obligación de negociar colectivamente planes de igualdad (art. 45 y ss. LOI). Dichos planes, si en verdad pretenden ser eficaces según el espíritu de la LOI, deberán contener medidas que garanticen la objetividad en la selección del trabajador que se va a contratar, con el fin de evitar la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo³⁸.

La intervención máxima de la negociación colectiva en esta materia la hemos observado en convenios de empresa que establecen pormenorizadamente el desarrollo del proceso de selección, incluyendo la elaboración y publicación de la oferta de empleo, el reclutamiento de los candidatos y la constitución del tribunal o comisión responsable de las diferentes pruebas a realizar y de la evaluación final de las diferentes candidaturas³⁹. En este sentido conviene destacar la tendencia al fortalecimiento del convenio de empresa en las reformas de la negociación colectiva operadas en 2011 y 2012⁴⁰.

de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (BOE de 1 de diciembre de 2009); art. 47 a) XXI Convenio colectivo de Sociedad Española de Instalaciones Redes Telefónicas, SAU (BOE de 14 de mayo de 2008); art. 5 Anexo III II Convenio colectivo de Acciona Airport Services, SA (BOE de 28 de septiembre de 2011); Convenio colectivo de EasyJet Handling Spain (BOE de 19 de diciembre de 2009); art. 10.2 Convenio colectivo de Essilor España, SA (BOE de 15 de julio de 2009); art. 60.1 Convenio colectivo de Diez Todo Limpio, SL (BOE de 8 de julio de 2009).

³⁶ Art. 11 Convenio colectivo de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE de 8 de febrero de 2011); art. 12.3 XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE de 4 de abril de 2009); art. 14 XV Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (BOE de 29 de mayo de 2008); art. 60 Convenio colectivo del Grupo Hc Energía (BOE de 29 de abril de 2008).

³⁷ Art. 5 Anexo III II Convenio colectivo de Acciona Airport Services, SA (BOE de 28 de septiembre de 2011); art. 5 Anexo III Convenio colectivo de EasyJet Handling Spain (BOE de 19 de diciembre de 2009); art. 12.3 XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE de 4 de abril de 2009); art. 32 XXIII Convenio Colectivo de Bridgestone Hispania, SA (BOE de 28 de julio de 2010); art. 60.1 Convenio colectivo de Diez Todo Limpio, SL (BOE de 8 de julio de 2009); art. 11 Convenio colectivo de la industria química (BOE de 29 agosto 2007).

³⁸ FABREGAT MONFORT, G.: *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, 2ª ed., Bomarzo, Albacete, 2009, p. 55.

³⁹ Art. 60 y ss. Convenio colectivo del Grupo Hc Energía (BOE de 29 de abril de 2008); art. 12 Convenio Colectivo para la Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Islas Baleares (BO. Illes Balears de 5 de febrero de 2009).

⁴⁰ PURCALLA BONILLA, M.A. y PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: "Los cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate, RGDTSS, nº 31, 2012, p. 327.

Respecto a la intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso de selección de personal, existen diferentes niveles, según se les permita una menor o mayor presencia en el mismo. En un nivel inferior se encontrarían las previsiones que obligan al empresario únicamente a informar a los representantes de los trabajadores del perfil y requisitos del puesto ofertado, de las diferentes pruebas que componen el proceso de selección y del resultado final del mismo⁴¹. En un mayor nivel de participación se encontrarían las disposiciones que permiten a los representantes de los trabajadores asistir y ser oídos en las pruebas de selección⁴², o a disponer de las actas de calificación, en caso de reclamación por parte de algún trabajador candidato⁴³. Finalmente, existen convenios colectivos que les permiten una máxima participación al incluirlos en los tribunales de calificación, con lo que su voto puede ser determinante para que el empresario pueda contratar a los trabajadores⁴⁴.

3.4.- El deber de buena fe.

Como último límite a la libertad de selección y contratación de trabajadores, encontramos la buena fe, que ha sido definida como «un principio general de Derecho que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (artículos 7-1 y 1258 del Código civil), con lo que en principio se convierte en un criterio de valoración de conductas, con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes de lealtad, honorabilidad, probidad y confianza»⁴⁵. Si bien no puede hablarse de la buena fe como un principio de rango constitucional que puede limitar los derechos

⁴¹ Art. 19 Convenio colectivo de Gallina Blanca, SA (BOE de 10 de noviembre de 2010); art 11 Convenio colectivo de la industria química (BOE de 29 agosto de 2007); Convenio Colectivo Estatal de Perfumería y Afines (BOE de 14 de septiembre de 2010).

⁴² Art. 32.1 XXII Convenio Colectivo de Repsol Butano, SA (BOE de 9 de marzo de 2007).

⁴³ «La empresa informará por escrito al inicio del proceso de selección a la representación legal de los trabajadores del tipo de proceso, filtros y actividades relacionadas con la selección. En caso de reclamación contra la selección efectuada formulada por algún trabajador de la empresa que se estime injustamente pospuesto a favor de otro candidato, el Comité de Empresa tendrá acceso a las Actas o Informes de evaluación y demás documentación del proceso selectivo relativas al empleado reclamante y al aspirante seleccionado.» (art. 12.3 XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE de 4 de abril de 2009).

⁴⁴ Art. 10 f) Convenio colectivo de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE de 8 de febrero 2011); art. 60 Convenio colectivo del Grupo Hc Energía (BOE de 29 de abril de 2008); art. 13 XV Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (BOE de 29 de mayo de 2008).

⁴⁵ STS de 22 de mayo de 1986 (RJ\1986\2609).

constitucionales⁴⁶, esta conlleva primordialmente el respeto a la persona y a todos los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los contratantes. Debe respetarse, pues, la personalidad y la dignidad del otro (sobretudo del candidato) y la libertad de empresa⁴⁷.

El deber de buena fe en el momento de la selección y contratación de trabajadores se deriva de lo estipulado en el art. 7.1 y 1258 CC. Durante el proceso de selección la buena fe «impone una conducta recta en los métodos de investigación y en el desarrollo de la negociación»⁴⁸. Así, los métodos para comprobar la capacidad profesional del candidato no deben atentar contra sus derechos fundamentales además de que la información que pueda afectar al pacto, y que se transmita entre él y el empresario debe ser pertinente, veraz, clara y exacta⁴⁹, debiéndose guardar el secreto y la discreción debida⁵⁰.

⁴⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: «Los derechos constitucionales...», op. cit., p. 387.

⁴⁷ CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007, p. 113.

⁴⁸ DE VICENTE PACHÉS, F.: «Las facultades empresariales...», op. cit., p. 30. Si bien en la mayoría de procesos de selección el trabajador tiene pocas opciones de renegociar la oferta de trabajo que le propone el empresario, situación bastante habitual en el ámbito laboral. El proceso de selección de personal, pese a desarrollarse en la fase de los tratos preliminares, tiene una función de averiguación de la capacidad profesional del candidato más que una función negociadora.

⁴⁹ CONDE MARÍN, E.: *La buena fe...*, op. cit., p. 173.

⁵⁰ GARCÍA VIÑA, J.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Madrid, 2001, p.230.

CAPÍTULO II: LOS DERECHOS DEL CANDIDATO DURANTE EL PROCESO DE SELECCIÓN DE PERSONAL

1.- El derecho a la intimidad.

El art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia...». En nuestro ordenamiento, el derecho a la intimidad personal está garantizado por el art. 18.1 CE y se ha entendido como una derivación del derecho a la dignidad de la persona reconocido a su vez en el art. 10 CE⁵¹. Lo dispuesto en dicho precepto ha sido desarrollado por la LO 1/1982 así como por la LOPD. En cuanto al derecho a la intimidad del trabajador en el seno de la relación laboral, encontramos una referencia directa en el art. 4.2 e) ET al establecerse el respeto a su intimidad y la consideración debida a su dignidad.

El derecho a la intimidad ha sido definido por la doctrina anglosajona como el derecho «a ser dejado en paz» o «a no ser molestado» aunque, como ha señalado DE VICENTE PACHÉS, cuesta delimitar con una cierta precisión el contenido material de este derecho⁵².

La doctrina de nuestro Alto Tribunal ha indicado en reiteradas ocasiones que el derecho a la intimidad implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 73/1982, 231/1988, de 1 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, 57/1994, de 28 de febrero, 143/1994, de 9 de mayo, 170/1997, de 14 de octubre y 196/2004, de 15 de noviembre, entre otras). Dicho ámbito propio y reservado se refiere «preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo» (STC 196/2004, de 15 de noviembre). Por

⁵¹«Los autores vienen admitiendo pacíficamente que el contenido de dignidad humana e intimidad coinciden, siendo el primero el género y la segunda la especie». DEL VALLE VILLAR, J.M.: «El Derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español», en AAVV (edit. GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L.): *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 166.

⁵² Véanse las distintas opiniones doctrinales al respecto en DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, p. 69 y ss.

lo tanto, «el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de la abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de estos datos» (SSTC 170/1987, de 30 de octubre, 231/1988, de 1 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, 142/1993, de 22 de abril, 57/1994, de 28 de febrero, 143/1994, de 9 de mayo, 207/1996, de 16 de diciembre y 202/1999, de 8 de noviembre).

No obstante, «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (SSTC 57/1994 de 28 de febrero y 143/1994, de 9 de mayo, entre otras).

Así, la facultad de exclusión a terceros antes mencionada, queda limitada cuando las intromisiones estén «fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»(...) «De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida» (STC 196/2004, de 15 de noviembre).

Se podría concluir que el derecho a la intimidad es variable en su extensión y contiene una dimensión subjetiva, pues depende en parte de lo que cada individuo decida reservar para sí mismo⁵³. Una persona podrá decidir que su orientación sexual, o sus ideas políticas o sindicales, queden en conocimiento únicamente de quien él prefiera, y otra persona podrá hacerlas extensivas a la totalidad de la población (el caso de un político o de un presentador de televisión, por ejemplo).

⁵³ ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El Derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 46.

Respecto a la protección del derecho a la intimidad del candidato a un puesto de trabajo, parecen unánimes las opiniones de la doctrina en cuanto a que este se encuentra en una posición de vulnerabilidad e inferioridad respecto al empresario mucho más acusada que la de un trabajador ya contratado, precisamente por su situación de demandante de empleo⁵⁴. Dicha situación le supone un especial interés en proporcionar al empresario información sobre su aptitud profesional, experiencia laboral y formación, por lo que ya en esta fase inmediatamente anterior a la relación laboral el aspirante «comienza a realizar pequeñas o medianas abdicaciones del conjunto de derechos relativos a su personalidad»⁵⁵, como puede ser el derecho a su intimidad. Lamentablemente, en ocasiones se le pueden requerir por parte del empresario datos que entrarían dentro de lo que se ha denominado «esfera privada de la persona», es decir, no relevantes para la evaluación de su capacidad profesional.

Los motivos por los que algunos empresarios tienen interés en conocer todas o algunas facetas de la personalidad del candidato son variados. Por un lado encontramos las teorías comunitarias de la empresa, para las que cobra total relevancia el deber de fidelidad del trabajador al empresario, con el fin de conseguir un orden armónico basado en la comunidad de intereses de ambas partes. Ello implica que la relación laboral se incorpora a la vida privada del trabajador como un elemento más de la misma⁵⁶. Otras corrientes afirman que todo contrato de trabajo posee un carácter fiduciario o de *intuitu personae* que permite defender la relevancia, en el mismo, de datos personales del trabajador ajenos a su aptitud profesional⁵⁷. Tampoco es extraño encontrar empresarios que piensan que la vida familiar y social del candidato sirve para deducir el buen rendimiento o la tendencia al absentismo del futuro trabajador. Más caducas aún son las ideas que vinculan determinada afiliación sindical o política con comportamientos indisciplinados en la empresa y viceversa⁵⁸. En ocasiones, la cultura organizacional de

⁵⁴ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, p. 39; DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 89.

⁵⁵ MOLERO MANGLANO, C.: «El derecho al honor y a la intimidad del trabajador», AL, nº 21, 2001, p. 493. Y continúa el autor «Ha de poner de manifiesto una parte importante de su biografía, y de sus méritos y aptitudes, de sus conocimientos, habilidades y situaciones profesionales anteriormente vividas».

⁵⁶ PURCALLA BONILLA, M.A. y JORDÁ FERNÁNDEZ, A.: *Las Relaciones Laborales en España hasta la Constitución de 1978*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 103.

⁵⁷ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», RL, tomo I, 1994, p. 512.

⁵⁸ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 48-49.

algunas multinacionales anglosajonas les lleva a inquirir sobre aspectos como las sociedades de recreo a las que el candidato pertenece, sus antecedentes familiares, la existencia en su árbol genealógico de enfermedades infecto-contagiosas, la orientación sexual, etc.⁵⁹

En la actualidad pensamos que el interés del empresario en conocer facetas, como por ejemplo el estado civil y la situación familiar del candidato, se debe también a la preocupación por un posible elevado absentismo o por su futura marcha después de haber hecho frente a los gastos que han provocado su selección, contratación y, en algunos casos, la formación (no siempre cuantificable económicamente) que ha recibido el trabajador en la empresa⁶⁰. Algunos empresarios tienen la intención manifiesta de localizar a candidatos considerados «molestos» por alguna razón (mujeres en edad fértil, afiliados a un sindicato, etc.) que puedan «perjudicar» económicamente a la empresa en diferentes aspectos. Dicho interés en conocer facetas privadas, puede convertirse en la antesala de la conducta empresarial discriminatoria: por ejemplo, cuando se relaciona la homosexualidad, la transexualidad o el origen racial con una mala imagen pública de la empresa, rechazándose a candidatos que reúnen estas condiciones⁶¹. No faltan los empresarios que buscan auténticos «trabajadores sin defectos»⁶², lo que provoca que grupos de expertos diseñen procesos de selección de personal tan exhaustivos que acaban atentando contra el derecho a la intimidad de los candidatos.

Está claro que el candidato inmerso en un proceso de selección de personal tiene derecho a su intimidad personal en virtud del art. 18.1 CE, como hemos señalado. Ahora bien, en el momento de delimitar ese derecho no encontramos una referencia directa en el ET sobre la protección de la intimidad en la fase de selección de trabajadores previa a la contratación.

⁵⁹ MOLERO MANGLANO, C.: «El derecho al...», op. cit., p. 499.

⁶⁰ Recordemos que trabajador y empresario pueden pactar, siempre por escrito, la permanencia en la empresa del trabajador durante un tiempo máximo de dos años, cuando haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para el desarrollo de alguno de sus trabajos. Si el trabajador incumple el pacto de permanencia, deberá pagar una indemnización al empresario, que puede consistir en el importe de la formación recibida (art. 21.4 ET).

⁶¹ Refiriéndose a la homosexualidad en el acceso al empleo GARCÍA TESTAL, E.: «Discriminación por orientación sexual. Del ámbito europeo al ordenamiento interno», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 202.

⁶² Expresión muy ilustrativa para el caso utilizada por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 10.

Esta falta de concreción la ha suplido la doctrina mediante una interpretación teleológica de los arts. 4.2 c) y 17.1 ET (traslación a la norma laboral del art. 14 CE) que prohíben la discriminación directa o indirecta para el empleo por razones de sexo, estado civil, origen, incluido el racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a un sindicato, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, así como por razón de lengua dentro del Estado español y por discapacidad si se cuenta con aptitud para desempeñar el trabajo. Vemos pues, una extensa lista de motivos no influyentes directamente en la valoración de la idoneidad profesional por los que el empresario no puede discriminar en la fase de acceso al empleo, es decir, en el proceso de selección de trabajadores previo a la contratación. Parece lógico que para que el empresario consiga discriminar a un candidato por alguno de esos motivos, en especial por religión, convicciones, afiliación sindical, ideas políticas u orientación sexual, será necesario que previamente haya obtenido esa información, bien preguntando directamente al candidato, bien obteniéndola por otras fuentes. Para evitar la discriminación, pues, será necesario previamente evitar que consiga esa determinada información perteneciente a la vida privada del candidato, como es su ideología política o religiosa. Esa tutela preventiva de la discriminación es la que ha sentado las bases para la regla general que señala que «deben considerarse ilegítimas todas las averiguaciones sobre el comportamiento del trabajador, así como las intrusiones en la esfera personal y familiar carentes de relación inmediata y directa con el puesto de trabajo»⁶³.

El empresario, pues, debe abstenerse de practicar injerencias en la intimidad del candidato (obligación de no hacer). Sin embargo, una interpretación más amplia de la tutela y defensa que debe obtener el derecho a la intimidad implica necesariamente que el empresario adopte las medidas (obligaciones de hacer) para posibilitar el real ejercicio de ese derecho fundamental⁶⁴. Así, es responsabilidad suya comprobar que todo el personal de la empresa encargado de la selección de trabajadores sigue unas pautas de actuación acordes con el respeto a la intimidad de los candidatos durante todas las fases del proceso. Tal obligación debe ser exigible también cuando la selección la

⁶³ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 49.

«La pretensión del art. 17.1, (a efectos de contratación) es la protección de la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, y de esta forma, se declara, implícitamente, la obligación empresarial de no tener en cuenta, en el momento de la constitución de la relación laboral, la vida privada del candidato», DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 92.

⁶⁴ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 87.

realiza un servicio externo a la empresa (empresas de selección de personal en la mayoría de los casos).

1.1.- Temas a investigar.

Hemos visto que durante el desarrollo del proceso de selección de personal el empresario tiene derecho a informarse sobre las aptitudes del candidato con el fin de seleccionar al más idóneo para el puesto ofertado. Algunos de los temas concretos sobre los que puede o no investigar (puesto que la lista podría ser extensísima) son los que analizaremos a continuación.

1.1.1.- Datos profesionales del trabajador.

La primera información que al empresario le interesa recabar sobre el candidato es, obviamente, la referida a su capacidad profesional, experiencia y antecedentes laborales.

Sobre los datos profesionales se ha pronunciado el TC señalando que «los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona» (por todas, STC 180/1987, de 12 de noviembre) aunque «no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de esos hechos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador» (STC 142/1993, de 22 de abril, STC 98/2000, de 10 de abril, entre otras), «que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el art. 18.1 CE» (STC 98/2000, de 10 de abril, STC 196/2004, de 15 de noviembre).

Para evitar que el conjunto de datos obtenidos puedan lesionar el derecho a la intimidad del candidato, entendemos que es de aplicación el principio antes enunciado de limitar la investigación a los hechos que guarden directa relación con el puesto de trabajo a desempeñar. Así, pese a que el empresario está legitimado para conocer los antecedentes laborales, en concreto en qué empresas trabajó con anterioridad y qué

categorías desempeño⁶⁵, la razón por la que cesó en esos empleos y su grado de preparación para el desempeño de las tareas⁶⁶, solamente podrán investigarse los antecedentes que guarden relación directa e inmediata con el puesto a cubrir. Por ejemplo, deberán referirse a las empresas del mismo ramo o sector al que pertenece la empresa ofertante del puesto, o a trabajos con similares o idénticas funciones o, en fin, a los concretos conocimientos o titulaciones académicas que demande el puesto⁶⁷.

Puede ocurrir que el empresario tenga interés en conocer los salarios que obtuvo el candidato en sus anteriores empresas con el objetivo, por ejemplo, de que sirva de base para negociar el salario que percibirá, o verificar la valía del aspirante si opta a un puesto de categoría superior a la desempeñada en el pasado. En lo que respecta a la retribución económica, un análisis de la jurisprudencia comunitaria y española nos obliga a realizar una distinción según se trate de trabajadores de la propia empresa o candidatos a un puesto de trabajo. Nuestra jurisprudencia constitucional consideró que «hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores», ya que «por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, solo o en compañía de su familia, puede desarrollar en su tiempo libre» (STC 142/1993, de 22 de abril). Con estas palabras se declaraba constitucional el precepto que permite a los representantes de los trabajadores recibir una copia básica del contrato del trabajador al inicio de la relación laboral. De esta forma, se estaba indicando que las retribuciones económicas pertenecen a la esfera de las relaciones sociales y profesionales del trabajador y no a su esfera privada. Esta interpretación, en nuestra opinión, permitiría que el empresario seleccionador pudiera conocer sin más las anteriores retribuciones del candidato, con la finalidad evaluadora mencionada.

⁶⁵ En el caso de que el candidato opte a un contrato en prácticas, le interesa conocer al empresario contratante el tiempo en que el candidato haya estado contratado bajo la misma modalidad en otras empresas, pues «ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad» (art. 11.1 c) ET).

⁶⁶ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 93.

⁶⁷ Respecto a esto último, entendemos ilícita la práctica habitual (e incluso ridícula por su ya público y general conocimiento) de establecer ciertos requisitos, como el dominio de un determinado idioma, únicamente con la finalidad de reducir el número de candidatos en la fase inicial de un proceso de selección de personal.

Ahora bien, la STJUE de 20 de mayo de 2003, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, asuntos Rechnungshof y otros, no excluye las actividades profesionales del concepto de vida privada y señala que «aunque la mera memorización, por el empresario, de datos nominales relativos a las retribuciones abonadas a su personal no puede, como tal, constituir una injerencia en la vida privada, la comunicación de tales datos a un tercero, en el caso de autos, a una autoridad pública, lesiona el derecho al respeto de la vida privada de los interesados, sea cual fuere la utilización posterior de los datos comunicados de este modo, y presenta el carácter de una injerencia en el sentido del artículo 8 del CEDH». Por lo tanto, y respetando la superioridad del TJUE, no podrán conocerse este tipo de datos por formar parte de la vida privada del candidato, aunque no puede descartarse que sea el propio candidato, por considerarlo en su beneficio, el que acceda a comunicar estas informaciones o bien otorgue su consentimiento para que las anteriores empresas donde prestó servicio las comuniquen al seleccionador.

Por último, debemos señalar que la capacidad profesional del candidato puede deducirse también de su posible pasado como emprendedor al frente de su propia empresa. Sus logros o fracasos empresariales anteriores pueden determinar su profesionalidad o experiencia, y pueden ser conocidos y evaluados en el proceso de selección. Este interés se acrecienta y justifica si se pretende acceder a un puesto de trabajo que requiera habilidades directivas o de gestión.

1.1.2.- Estado civil, situación familiar y embarazo.

El estado civil de los candidatos, en especial si son mujeres, tradicionalmente ha sido de interés para el empresario porque se relaciona dicha situación personal con el rendimiento laboral. Parece que todavía impera la creencia de que una mujer casada y con hijos tendrá un nivel de absentismo mayor o una disponibilidad geográfica menor que una que permanece soltera. En otros casos se busca un perfil de trabajador con cargas familiares para «asegurar» su futura permanencia en la empresa por la seguridad económica que una nómina aporta al hogar familiar. Seguimos encontrando ese «pánico» del empresario a que el trabajador abandone la empresa y los gastos del proceso de selección del mismo no sean amortizados.

En cualquier caso, tales averiguaciones sobre el estado civil y situación familiar están prohibidas, no solo por el derecho a la intimidad, al tratarse de materias que nada tienen que ver con el puesto de trabajo, sino también por el principio de no discriminación por tales causas que lo refuerza (art. 14 CE y art. 17.1 ET)⁶⁸, como ya hemos comentado anteriormente. Por lo tanto, el estado civil, pese a que se trata de una circunstancia que puede ser conocida públicamente, debe resultar irrelevante durante el proceso de selección del candidato⁶⁹.

Respecto al estado de embarazo de la candidata, aunque esté optando a un puesto que resulte peligroso para el feto, no puede ser motivo de averiguación por parte del empresario pues supondría una discriminación por razón de sexo según ha señalado la jurisprudencia comunitaria. El embarazo es un factor que no puede tenerse en cuenta en el momento de la contratación, precisamente para proteger a las candidatas frente a conductas discriminatorias⁷⁰. Si bien las diferentes discriminaciones serán tratadas en apartados posteriores, podemos indicar que también nuestra jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la intimidad no obliga a comunicar el embarazo al empresario (SSTC 17/2003, de 30 de enero y 17/2007, de 12 de febrero). De hecho, la doctrina ha legitimado el derecho a mentir que puede ejercer la candidata con la finalidad de ocultar su estado de gestación frente a las preguntas que se le planteen durante el proceso selectivo de personal⁷¹.

Finalmente, debemos señalar que en la negociación colectiva empezamos a detectar cláusulas que pretenden proteger la intimidad de los candidatos en relación con los aspectos mencionados. Así, por ejemplo, el art. 42 Convenio colectivo de Naturgas Energía (BOE de 6 de octubre de 2009) establece que «en los procesos de selección de personal para incorporación en la plantilla de cualquier empresa del Grupo Naturgas Energía no se obligará a responder al candidato, salvo casos objetivamente justificados, ninguna pregunta relacionada con su estado civil, situación de embarazo o cargas familiares»⁷².

⁶⁸ SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad...», op. cit., p. 208.

⁶⁹ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 96.

⁷⁰ SSTJUE de 4 de octubre de 2001, C- 109/00, asunto Tele Danmark A/S, y de 27 de febrero de 2003, C-320/01, asunto Busch.

⁷¹ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 62.

⁷² En similares términos se expresa el art. 86 Convenio colectivo del Grupo Hc Energía (BOE de 29 de abril de 2008).

1.1.3.- Ideología y creencias.

Los arts. 4.2 c) y 17.1 ET prohíben las discriminaciones en el acceso al empleo por razón de religión o convicciones, ideas políticas, o afiliación o no a un sindicato. Ello deriva de los derechos constitucionalmente recogidos en los arts. 14 CE (derecho a la no discriminación), 16 CE (derecho a la libertad ideológica y religiosa) y 28.1 CE (derecho a la libertad sindical positiva y negativa), y además debe recordarse que también es de aplicación el art. 18.1 CE (derecho a la intimidad), que prohíbe las injerencias injustificadas en la vida privada. Por lo tanto, el empresario no podrá informarse de estas cuestiones durante el proceso de selección del candidato. De lo contrario, se vulneraría la intimidad del demandante de empleo, ya que este quedaría obligado a manifestar sus opciones ideológicas en el proceso de selección; se vulneraría su libertad ideológica, porque se le presionaría en el sentido de adoptar unas determinadas opciones, ya que de ello dependería su puesto de trabajo; y, finalmente, se produciría una discriminación por motivos ideológicos, puesto que el candidato podría no ser contratado precisamente por su ideología⁷³.

Todo esto implica, no solamente la interdicción de preguntar directamente al candidato sobre sus opiniones religiosas, políticas o sindicales, sino también el preguntar o informarse indirectamente sobre las mismas, por ejemplo, indagando sobre la asistencia o no a mítines políticos, a manifestaciones públicas, el cumplimiento de deberes religiosos o cualquier actividad susceptible de revelar las tendencias ideológicas de la persona (medios de comunicación preferidos, lecturas habituales, etc.)⁷⁴.

Por otro lado, según el art. 16.2 CE, el candidato está en su derecho de no declarar sobre estas cuestiones, por lo que la ocultación de dicha información durante el proceso de selección no puede considerarse como incumplimiento del deber de buena fe en lo que atañe a la transparencia y veracidad de la información suministrada entre las partes durante los estados previos a la contratación⁷⁵. En general, se ha entendido por la doctrina científica que el candidato durante un proceso de selección está legitimado para

⁷³ AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.): *Lecciones de Derecho del empleo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 238. Asimismo la STC 292/1993, de 18 de octubre, ha indicado que la revelación de la afiliación sindical es un derecho personal y exclusivo del trabajador, que no se le puede exigir sin vulnerar su libertad ideológica, además de la sindical.

⁷⁴ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 56.

⁷⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 70.

responder de forma inexacta o incorrecta, a fin de que el empresario no pueda extraer conclusiones negativas si alguna pregunta no es respondida⁷⁶.

Dos son las únicas excepciones a esa prohibición de indagar en los aspectos ideológicos y religiosos durante los procesos de selección de personal. La primera ocurre cuando el cumplimiento de los preceptos religiosos del candidato pueda llegar a suponer un conflicto o incompatibilidad con el posterior desarrollo de la prestación laboral, por ejemplo, en lo que se refiere al disfrute del descanso semanal, vestimenta habitual o manipulación de determinados alimentos o productos. El crecimiento exponencial del fenómeno migratorio sugiere que es solo cuestión de tiempo que empiecen a proliferar conflictos en este terreno⁷⁷. En estos supuestos debe ser el propio candidato quien, según los dictados de la buena fe, informe al empresario durante la fase precontractual de los horarios y obligaciones que le impone su confesión religiosa, con el fin de que pueda valorarse la posibilidad de acomodarlo o no a la organización del trabajo⁷⁸. Esto es así porque la libertad religiosa no da derecho «a una dispensa del régimen general de la organización de la empresa»⁷⁹.

La segunda excepción la constituyen las contrataciones que realizan las denominadas empresas u organizaciones ideológicas o de tendencia (partidos políticos, sindicatos, centros educativos, etc.). Dichas empresas u organizaciones se caracterizan por difundir un determinado ideario religioso, filosófico, políticos o sindical, por lo que la «libertad de empresa se refuerza con el ejercicio de algún otro derecho fundamental que protege muy especialmente el origen, vida y fines de la empresa, sea la libertad de creación de partidos políticos, sindicatos o centros docentes y la consiguiente libertad de actuación de acuerdo con el ideario de la entidad»⁸⁰. Por estas especiales tareas a

⁷⁶ Por todos ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El Derecho de...*, op. cit., p. 111.

⁷⁷ CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral», RMTAS, Extra: Igualdad de oportunidades para todos, 2007, p. 95.

⁷⁸ BURGOS GINER, M.A.: «Facultades empresariales de control en la fase de acceso al empleo y formalización del contrato de trabajo», TS, nº 159, 2004, p. 25, que cita sobre esta cuestión la STSJ de Madrid, de 27 de octubre de 1997 (AS 1997\3715) y la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 11 de septiembre de 2000 (AS 2001\508).

⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo», en AAVV (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V. y coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p. 222. Sobre este tema puede verse también la STC 19/1985, de 13 de febrero.

⁸⁰ MALDONADO MONTOYA, J.P.: «Significación laboral del ideario de una institución educativa», REDT, nº 142, 2010, p. 341.

realizar, de contenido tan marcadamente ideológico, existe en esas empresas un interés en seleccionar y contratar a trabajadores que comulguen con su ideario, por lo que resulta necesaria la averiguación de sus ideas políticas o creencias religiosas durante el proceso de selección de personal⁸¹. Nos encontramos, pues, ante una colisión de derechos fundamentales: por un lado, el derecho individual a la libertad ideológica del candidato y, por otro, ese mismo derecho en su aspecto colectivo de la empresa que selecciona a sus trabajadores⁸². Además, en el caso de centros educativos públicos también entraría en juego el derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban «la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 27.3 CE).

Para equilibrar tales derechos se limitan las averiguaciones exclusivamente a los candidatos que van a desempeñar, una vez contratados, tareas directamente relacionadas con la difusión del ideario de la organización de tendencia (trabajadores de tendencia)⁸³. No sería admisible exigir esa adhesión al ideario en el caso de candidatos que fueran a ocupar puestos neutros en ese tipo de empresas, como por ejemplo: personal de mantenimiento, administrativos o profesores de enseñanzas no relacionadas con la religión del centro educativo⁸⁴.

Algunos autores consideran que no es lícito indagar en la ideología o creencias del candidato a un empleo en una de estas organizaciones puesto que «aún no ha tenido ocasión de manifestarse en contra del ideario con actos concretos y probados»⁸⁵ y es en el momento de iniciarse la relación laboral cuando vendrá obligado a respetar ese ideario, so pena de sanción disciplinaria⁸⁶. No obstante, ello «no impide que en el proceso de selección se prime a solicitantes afines a tal ideario. No por motivos

⁸¹ Por todos, DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 96.

⁸² FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos...», op. cit., p. 522.

⁸³ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 72; DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 103; SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad...», op. cit., p. 207.

⁸⁴ AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.): *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 240. Si bien podría exigírseles a estos trabajadores un respeto al ideario de la organización, concretado en la ausencia de ataques abiertos o solapados a dicho ideario (STC 5/1981, de 13 de febrero). Una indagación sobre las convicciones religiosas de un profesor que no imparte la asignatura de religión, vulneraría los derechos fundamentales del mismo, MALDONADO MONTOYA, J.P.: *Las actividades religiosas ante el derecho del trabajo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 128.

⁸⁵ Véase al respecto la STC 5/1981, de 13 de febrero.

⁸⁶ SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad...», op. cit., p. 208.

discriminatorios, sino porque ofrecen una mayor aptitud para el puesto que solicitan»⁸⁷. Por su parte, otro sector doctrinal, al que nos adherimos, considera que «desde el momento en que la prestación de trabajo se caracteriza por su ideología, no pudiendo ser satisfactoriamente desempeñada si no es abrazándola plenamente, la tendencia se convierte en condición objetiva exigible para un normal desarrollo de la tarea, y, como es sabido, todo aquello que constituya contenido objetivo de una tarea puede ser contrastado preventivamente en trámite de admisión por el empresario»⁸⁸.

1.1.4.- Antecedentes penales.

Para acceder a determinados puestos de trabajo es necesario que el trabajador carezca de antecedentes penales, carencia que únicamente puede acreditarse mediante la expedición de un certificado por parte del Registro Central de Penados y Rebeldes⁸⁹. Es el caso de determinado personal de la Administración Pública, como por ejemplo, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, militares, personal de la Administración de Justicia, de las Cortes Generales y del Banco de España. En el ámbito de la empresa privada se requiere un certificado que acredite la carencia de antecedentes penales a los controladores de accesos en determinadas Comunidades Autónomas y al personal de seguridad privada (vigilantes de seguridad, escoltas privados, detectives privados, guardas particulares de campo, jefes y directores de seguridad).

No obstante lo indicado, el certificado no se presenta directamente al empresario contratante, sino al órgano administrativo correspondiente encargado de expedir la habilitación administrativa para ejercer las profesiones mencionadas. Dicha habilitación les será requerida a los trabajadores por las futuras empresas a las que acudan como demandantes de empleo.

La duda viene sobre si, para desempeñar profesiones que no tienen como requisito legal previo el carecer de antecedentes penales, el empresario puede

⁸⁷ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos...», op. cit., p. 524.

⁸⁸ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 74.

⁸⁹ No nos parece lícito, por tanto, obtener esos datos de otra fuente de información que no sea el certificado o la declaración del propio candidato.

informarse sobre esta cuestión relativa al candidato, solicitándole que aporte el certificado durante el proceso de selección. El empresario podría justificar ese requisito «por la posibilidad de que acciones constitutivas de delito se pudieran repetir en el nuevo puesto de trabajo»⁹⁰. Puede llegarse a la conclusión de que estaríamos ante un tratamiento discriminatorio para el acceso al empleo por razón de circunstancia personal o social (art. 4.2 c) y 17.1 ET).

La doctrina ha abordado esta cuestión permitiendo el conocimiento de los antecedentes penales del candidato, siempre que se circunscriba la información a los «antecedentes que guarden una estrecha relación con la tarea a desempeñar»⁹¹ y «que constituyan peligro razonable de una insatisfactoria prestación del trabajo»⁹². En el mismo sentido se ha pronunciado la OIT señalando que «en cuanto a los antecedentes penales, el acopio de datos debería limitarse exclusivamente a los que guarden una relación manifiesta con el puesto de trabajo», poniendo como ejemplos trabajadores encargados del cuidado de niños con antecedentes por abuso o agresión sexual, o conductores profesionales con antecedentes por conducir en estado de embriaguez⁹³. Esta manifestación de la OIT choca con la prohibición de incluir datos «relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas» en ficheros que no pertenezcan a las Administraciones Públicas competentes (art. 7.5 LOPD). Sin embargo, en el ámbito laboral se ha entendido que el empresario está «forzado» a realizar un tratamiento mínimo de estos datos, por ejemplo, cuando un contrato se suspenda, en virtud del art. 45 ET, por prisión provisional del trabajador⁹⁴. Y la misma excepción entendemos que debe seguirse en el caso de un proceso de selección para cubrir determinados puestos, reduciendo también el tratamiento al mínimo, pues lo que nos parece claramente

⁹⁰ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 94. En ese sentido debemos citar la STS de 6 de abril de 1990 (RJ\1990\3180), que declara responsable civil subsidiaria a una compañía telefónica por el delito cometido por un empleado que interceptó las comunicaciones telefónicas de los abonados. Sostiene la Sala que «se encomendó un servicio tan potencialmente delicado a persona con antecedentes penales contra la propiedad que contraindicaban su elección para un puesto de confianza» (*culpa in eligendo*).

⁹¹ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 94-95.

⁹² GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 104.

⁹³ Comentarios al art. 6.5 del Repertorio de recomendaciones prácticas sobre Protección de los datos personales de los trabajadores de la OIT, analizado en MARTÍN PARDO DE VERA, M.: «El tratamiento de los datos personales en los procesos de selección», Datospersonales.org, La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 9, 2004.

⁹⁴ PRADAS MONTILLA citado por TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores. (Análisis del estado de la cuestión)*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 101.

sancionado es «la configuración permanente de un perfil infractor capaz de limitar el acceso a un puesto de trabajo»⁹⁵.

Nosotros, aun coincidiendo con la doctrina expuesta, observamos una serie de problemas al respecto. En primer lugar, el certificado de antecedentes penales que se expide oficialmente contiene todos los antecedentes del interesado, y no únicamente los que podrían guardar una directa relación con el puesto de trabajo al que se opta. Por ese motivo, se estaría vulnerando el derecho a la intimidad del candidato ya que el empresario conocería informaciones no pertinentes durante un proceso de selección, que serían los antecedentes penales no relacionados con el puesto de trabajo en concreto⁹⁶.

En segundo lugar, si bien podemos encontrar delitos muy estrechamente relacionados con determinados puestos de trabajo, tales como los delitos de estafa o apropiación indebida respecto a empleados de banca, la agresión o abuso sexual a menores respecto a profesores y educadores, el tráfico de estupefacientes respecto a empleados de un hospital o farmacia, etc., existen una serie de delitos que podrían relacionarse con casi la totalidad de los puestos de trabajo presentes en el mercado laboral. Así, en el caso de candidatos con antecedentes por delitos contra la propiedad (hurto, robo) sería difícil encontrar lugares de trabajo donde no haya materiales o productos susceptibles de ser hurtados o robados. Igual situación se produciría en el caso de un condenado por homicidio o asesinato. Estas situaciones podrían vulnerar lo dispuesto en los art. 25.2 y 35.1 CE, relativos a la reinserción social de los condenados y a la libertad de elección de profesión u oficio. Tampoco se debe olvidar que, según la legislación penal, los antecedentes delictivos pueden ser cancelados de oficio o a instancia de parte cuando el condenado haya extinguido su responsabilidad penal, haya satisfecho las responsabilidades civiles derivadas de la infracción y haya transcurrido un cierto tiempo sin delinquir⁹⁷.

⁹⁵ MARTÍN PARDO DE VERA, M.: «El tratamiento de...», op, cit.

⁹⁶ Así, el Comentario al art. 6.5 del Repertorio de recomendaciones prácticas sobre Protección de los datos personales de los trabajadores de la OIT, indica que «los datos de este tipo deberían obtenerse directamente del interesado, para tener la seguridad de no recabar sino la información pertinente. Por la misma razón, no se debería permitir que los empleadores pidan a los trabajadores que presenten una copia de sus antecedentes penales».

⁹⁷ Art. 136 CP: «1.- Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador.

2.- Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:

1.1.5.- Infracciones y sanciones laborales.

Las infracciones disciplinarias de tipo laboral que el candidato hubiera cometido en anteriores empresas entendemos que es un tema que al empresario le es lícito conocer⁹⁸, siempre que, al igual que hemos indicado en el anterior epígrafe, guarden relación directa con el nuevo empleo y constituyan un peligro razonable de una insatisfactoria futura prestación de servicios. Equipararíamos así los antecedentes penales con los antecedentes por infracciones laborales cometidas. Sin embargo, el conocimiento de estos datos por parte de los nuevos empresarios va a ser muy difícil, por los siguientes motivos.

En primer lugar, las sanciones impuestas a los trabajadores pueden ser registradas por el empresario en tanto que son necesarias para, por ejemplo, valorar la posible reincidencia del trabajador con el fin de calificar la gravedad de nuevas infracciones, según se dispone en numerosos convenios colectivos. Ahora bien, si se les considera como datos de carácter personal registrables, se deberá proceder a su cancelación cuando se extinga la relación laboral, según lo dispuesto en el art. 4.5 LOPD. Por lo tanto, cuando se solicite este tipo de información a los anteriores empleadores del candidato, esta ya no se encontrará disponible en sus ficheros, salvo contadas excepciones que veremos en próximos epígrafes.

El segundo motivo es que al igual que los antecedentes penales se cancelan cuando se cumplen los requisitos establecidos en el art. 136 CP, el registro de las infracciones laborales suele cancelarse una vez superado el período de tiempo establecido por la negociación colectiva para que deban tenerse en cuenta a efectos de reincidencia. Piénsese que la existencia de dicho registro sin posibilidad de cancelación

1.- Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el juez o tribunal sentenciador, salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el artículo 125 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el juez o tribunal y preste, a juicio de este, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada.

2.- Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves».

⁹⁸ En el mismo sentido SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «Datos personales, datos profesionales y su tratamiento automatizado», RL, tomo I, 1995, p. 1464. En contra, por considerarlo contrario al principio de pertinencia y a la intimidad y dignidad del trabajador, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos...», op. cit., p. 528; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit., p. 58; TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 102.

podría suponer la imposible promoción profesional o ascenso del trabajador, pues en ocasiones son tenidas en cuenta las infracciones cometidas para valorar dicha modificación de las condiciones del contrato⁹⁹.

Visto lo anterior, cabe concluir que existe un ánimo legal y convencional de eliminar del historial profesional del trabajador este tipo de cuestión, por lo que no parece lícito que durante el proceso de selección de personal puedan llegar a averiguarse las infracciones y sanciones laborales del candidato. Ello no obsta para que el anterior empleador pueda informar del negativo rendimiento o comportamiento del que fue su trabajador, siempre que lo haga de forma objetiva y sin faltar al honor del afectado, como veremos cuando tratemos el tema de la garantía de la dignidad del candidato durante el proceso de selección.

1.1.6.- Estado de salud.

El art. 22.1 LPRL obliga al empresario a garantizar la vigilancia periódica de la salud de los trabajadores a su servicio en función de los riesgos inherentes a su trabajo. Este precepto tiene su razón de ser en la necesidad de proteger la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE) y es la razón de articular en la LPRL el derecho-deber de vigilancia y control de la salud de los trabajadores¹⁰⁰. El deber de vigilancia de la salud se lleva a cabo mediante reconocimientos médicos. Los reconocimientos médicos o exámenes de salud son aquellos procedimientos sanitarios que permiten la evaluación sistemática del estado de salud de un individuo y consisten en la recogida y evaluación sistemática de datos de salud, ya sea mediante cuestionarios, pruebas biológicas o exploraciones físicas¹⁰¹, además de pruebas psicológicas (tests psicotécnicos, grupos de discusión, encuestas individualizadas u otras pruebas)¹⁰².

Pese a que estos reconocimientos cobran protagonismo sobretudo durante la relación laboral, en algunas ocasiones estos reconocimientos pueden realizarse en

⁹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 271-272.

¹⁰⁰ DE VICENTE PACHÉS, F.: «Las facultades empresariales...», op. cit., p. 33.

¹⁰¹ RUIZ-FRUTOS, C. et al: *Salud laboral: conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, 3ª ed., Masson, Barcelona, 2007, p. 257-258.

¹⁰² PURCALLA BONILLA, M.A.: «Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico», ref. BIB 1997\1011, Westlaw-Aranzadi, p.7-8.

momentos previos a la contratación. Por ejemplo el art. 196.1 LGSS establece que «las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos». La superación de esos reconocimientos puede condicionar la contratación de un candidato, pues el art. 196.2 LGSS señala que las empresas «no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo» con ese riesgo de enfermedad profesional¹⁰³. Por su parte el RD 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo, habla de reconocimientos «previos al embarque» (art. 1) y «reconocimiento médico inicial» (art. 5.1). Igualmente el art. 16.1 a) RD 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto, obliga a una vigilancia de la salud «antes del inicio de los trabajos». Son estos tan solo unos pocos ejemplos para ilustrar la posibilidad de realizar reconocimientos médicos previos a la contratación. Porque, aunque se trate en estos dos últimos supuestos de reconocimientos que deben llevarse a cabo una vez contratado el trabajador y antes de que este inicie la prestación de servicios (así se desprende de la literalidad del texto), no nos parece que tenga sentido exigir al empresario que contrate «a ciegas» y que inmediatamente después, si observa la incompatibilidad y resulta imposible adaptar el trabajo a la persona (en virtud del art. 15.1 d) LPRL), proceda a la extinción del contrato de trabajo¹⁰⁴.

Los reconocimientos médicos pueden afectar, por su finalidad, es decir, por lo que a través de ellos se pretende averiguar, a la intimidad personal¹⁰⁵ del candidato a un puesto de trabajo. Sin embargo, como hemos indicado en otras ocasiones, este derecho

¹⁰³ La aplicación del precepto mencionado se limita a las enfermedades profesionales propiamente dichas, es decir, aquellas que están incluidas en una lista legal tasada y son definidas en el art. 116 LGSS, no existiendo así equivalencia entre el concepto de enfermedad profesional a efectos de Seguridad Social y el que pueda dar la LPRL, pues para esta última son enfermedades profesionales las que tienen una etiología laboral MORENO CÁLIZ, S.: *Enfermedades profesionales. Un estudio de su prevención*, MTAS, Madrid, 2002, p. 445.

¹⁰⁴ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos», RMTAS, nº 53, 2004, p. 198. Aceptando también la posibilidad de efectuar reconocimientos médicos antes de la contratación SAMPER JUAN, J.: «La vigilancia de la salud laboral y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores», Cuadernos de Derecho Judicial, nº 1, 1999, p. 317.

¹⁰⁵ ROQUETA BUJ, R.: «El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario», en AAVV (dir. BOIX REIG, J. y coord. JAREÑO LEAL, A.): *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, p. 450-451.

«puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud. Ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral. Claro que, como ha puesto de relieve nuestra jurisprudencia en el terreno del propio derecho fundamental a la intimidad personal, las posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora» (STC 196/2004, de 15 de noviembre).

El respeto a la intimidad del candidato en lo referente a su estado de salud implica que la regla general sea que la vigilancia de la salud, llevada a cabo mediante el reconocimiento médico, solo pueda realizarse si presta su consentimiento¹⁰⁶, debiéndose ceñir el examen a las «pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo» (art. 22.1 LPRL). Ahora bien, la propia norma establece a continuación tres excepciones al carácter voluntario mencionado: en primer lugar, cuando resulte «imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores»¹⁰⁷; en segundo lugar, «para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa»¹⁰⁸; en tercer lugar, «cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad»¹⁰⁹. Estas excepciones

¹⁰⁶ «La regulación de la vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de prevención de riesgos laborales descansa en un principio vertebral: la voluntariedad del reconocimiento médico como regla general» (STC 196/2004, de 15 de noviembre).

¹⁰⁷ «La clave para que esta excepción no termine por dejar vacío de contenido el principio de voluntariedad está en la exigencia de que los reconocimientos médicos resulten verdaderamente "imprescindibles" para proceder a dicha evaluación; y ha de interpretarse este carácter imprescindible de un modo restrictivo, entendiéndose que concurre solo en aquellos casos en los que no existe otro procedimiento alternativo para evaluar los riesgos que afectan a la salud del trabajador. De todas formas, la verdad es que cuesta pensar en un mecanismo que permita valorar la incidencia y compatibilidad de las condiciones de trabajo sobre la salud del trabajador con la misma eficacia que un reconocimiento médico». SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La vigilancia del...», op. cit., p. 190-191.

¹⁰⁸ «Así, por ejemplo, quien padezca la apnea del sueño pondrá en peligro su integridad física y la de los demás si es conductor de un autobús, pero no si es auxiliar administrativo, y quien padezca enfermedades contagiosas solo constituirá un peligro para la salud de terceros si en su concreta actividad existe riesgo de transmisión de dicha enfermedad comprobado científicamente». SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La vigilancia del...», op. cit., p. 192.

¹⁰⁹ La alusión a las disposiciones legales debe interpretarse ampliamente, como comprensiva de toda norma legal o reglamentaria que contenga previsiones en este sentido, por ejemplo, el art. 196 LGSS, el art. 39 Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, más una amplísima normativa que incluiría, entre otras muchas: RD 488/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de

legales que obligan al candidato a someterse al reconocimiento médico quedan vinculadas así «o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad» (STC 196/2004, de 15 de noviembre)¹¹⁰.

Por lo expuesto, no cabe la posibilidad de que el empresario imponga discrecionalmente e indiscriminadamente un reconocimiento médico a los candidatos con el fin de seleccionar a los más «sanos». No nos encontramos ante «una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar», sino que, por el contrario, se trata de un instrumento cuyo eje «descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud», como ha indicado la STC 196/2004, de 15 de noviembre. Aun así, la STS de 28 de diciembre de 2006 (RJ\2007\1503) ha confirmado la SAN de 12 de julio de 2005 (AS\2005\2864), afirmando que no vulnera el derecho a la intimidad el imponer mediante convenio colectivo un reconocimiento médico previo a la contratación con la finalidad de conocer la aptitud laboral inicial, «siempre dentro de lo estrictamente necesario para saber si una persona puede o no hacerse cargo de las labores inherentes del tipo de trabajo al que opta como candidato». Labores que, según la SAN de 12 de julio de 2005 (AS\2005\2864), amén de ciertos conocimientos básicos también evaluados durante el proceso selectivo, «exigen un mínimo de condiciones físicas, psíquicas y sensoriales para poder desempeñarlas, atentando a toda lógica humana –incluso a un mínimo de caridad– que pueda darse entrada laboral y contractual a un candidato que, de inmediato o en breve lapso de tiempo, muestre imposibilidad de

seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; RD 783/2001, de 6 de julio, que aprueba el Reglamento de protección sanitaria frente a las radiaciones ionizantes; RD 286/2006, de 10 de marzo, sobre protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido; RD 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto; RD 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La vigilancia del...», op. cit., p. 193. Un completo análisis de los reconocimientos médicos en atención al agente enfermando y al sector de actividad puede verse en MORENO CÁLIZ, S.: *Enfermedades profesionales*. Un..., op. cit., p. 464 y ss.

¹¹⁰ «La obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión» (STC 196/2004, de 15 de noviembre).

realizar su trabajo por causas previas a su contratación que podrían haber sido detectadas antes».

Nos encontramos pues, ante una colisión entre lo dispuesto por el TC y lo posteriormente señalado por el TS. El primero indica tres ideas interesantes para el caso que nos ocupa: a) que la regla general es la voluntariedad para el candidato de someterse a los reconocimientos médicos, salvo las excepciones establecidas en el art. 22.1 LPRL; b) que el reconocimiento médico no debe servir para averiguar la capacidad profesional durante un proceso de selección de personal; c) que el convenio colectivo no puede configurar como obligatorios reconocimientos médicos que no lo son *ex lege*, debiéndose limitar a la función de mejora y desarrollo de las disposiciones contenidas en la LPRL.

Por el contrario, el TS afirma que las excepciones citadas están «concebidas de forma tan amplia, que en la práctica anulan realmente el requisito general de que el trabajador preste su consentimiento, de modo que la excepción se convierte en norma general, siempre, naturalmente que la medida no se acuerde fraudulentamente –a lo que, en principio es contrario, una medida asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo– y se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud a que se refieren los apartados 2 y 4 del repetido artículo 22 y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores "en función de los riesgos inherentes al trabajo", de manera que solamente el exceso objetivo en el examen de salud de los trabajadores por no concurrir aquella finalidad o las circunstancias descritas, podría constituir, salvo expreso consentimiento individual del trabajador afectado, una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad personal»¹¹¹. Así, puede decirse que el uso del reconocimiento médico se amplía más allá de la vigilancia de la salud, permitiéndose también como medio para verificar la capacidad o aptitud profesional de los candidatos, siempre que las pruebas médicas previstas estén emparentadas con los requisitos del puesto de

¹¹¹ La doctrina científica ya se había hecho eco de la conclusión de que la regla general es la obligatoriedad y la voluntariedad la excepción. En ese sentido cita una amplia doctrina SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La vigilancia del...», op. cit., p. 194.

trabajo a cubrir¹¹² y se respete lo dispuesto en los preceptos de la LPRL que pasaremos a comentar.

El art. 22.2 LPRL establece que durante el reconocimiento médico se respetará siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del candidato y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Por esa razón al empresario no se le comunicará todo el contenido de los reconocimientos médicos (ni muy especialmente el diagnóstico sobre la enfermedad que el candidato sufre)¹¹³, sino que solo será informado de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del candidato para el desempeño del puesto de trabajo o con las medidas de prevención de riesgos laborales a adoptar (art. 22.4 LPRL). ¿Quién informará de dichas conclusiones? Siguiendo el art. 22.6 LPRL podemos deducir que será «el personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada» que habrá llevado a cabo la vigilancia de la salud. Eso excluye a los profesionales que habitualmente llevan a cabo la selección de trabajadores, si bien muchas de las empresas de selección utilizan personal sanitario acreditado para estas funciones¹¹⁴.

Los reconocimientos médicos previos a la contratación no son, por lo tanto, un instrumento del que se pueda valer el empresario para obtener caprichosamente datos íntimos del candidato con ánimo de discriminarlo o perjudicarlo durante el proceso de selección de personal (art. 22.4 LPRL). En ese sentido, entendemos más acertada la visión que ofrecen la STS de 28 de diciembre de 2006 (RJ\2007\1503) y la SAN de 12 de julio de 2005 (AS\2005\2864) porque permiten, junto con los arts. 22.2 y 22.4 LPRL, que el reconocimiento médico sirva como método de selección de personal en situaciones razonables.

¹¹² Se ha hablado de «idoneidad del examen médico» y de que su objetivo debe estar relacionado «seriamente» con la actividad laboral a realizar, prohibiéndose en consecuencia los controles «caprichosos», ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El Derecho de...*, op. cit., p. 119.

¹¹³ ROQUETA BUJ, R: «El derecho a...», op. cit., p. 458-459.

¹¹⁴ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Comares, Granada, 2009, p. 228.

1.1.7.- Comportamientos privados.

En contadas ocasiones el empresario se encuentra legitimado para conocer datos que pertenezcan a la esfera privada o íntima del candidato. Nos referimos a las relaciones laborales donde cobra una importancia clave el elemento fiduciario¹¹⁵, entendido este como «las cualidades personales que cualifican un determinado puesto de trabajo, en atención a las cuales se contrata a una persona» o bien «la creencia en la idoneidad personal del otro contratante (aparte de la solvencia profesional) para cumplir adecuadamente las obligaciones objeto del contrato». Este concepto de «fiducia» se conecta al de «aptitud profesional», pues se ha señalado que existe un derecho a la libre extinción contractual por parte del empresario con base en la pérdida de confianza sobre el trabajador por actos de su vida privada conectados estrechamente con las cualidades personales requeridas por el puesto de trabajo que ocupa. En relación a lo expuesto, la doctrina ha detectado una serie de concretos puestos de trabajo en los que cabe exigir con mayor intensidad la figura jurídica de la confianza: jefe de delegación, responsable de sucursal bancaria (ya se trate de director, apoderado o interventor) y mandos intermedios en general¹¹⁶.

A nuestro entender, puede extenderse este derecho a «desistir», más bien convertido en derecho a «informarse» e incluso «discriminar», a la fase precontractual de la relación laboral siempre, eso sí, que exista el elemento fiduciario en el puesto de trabajo al que el candidato opta¹¹⁷. Veamos algunos ejemplos de comportamientos privados que pueden afectar a la futura prestación de servicios.

En primer lugar, podríamos citar los casos en que el candidato padece una toxicomanía (alcoholismo o drogadicción)¹¹⁸ y aspira a un puesto de conductor de vehículos, maquinaria pesada, piloto de líneas aéreas o, más dudosamente, de empleado

¹¹⁵ Seguiremos en este punto a GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 255 y ss.

¹¹⁶ GARCÍA VIÑA, J.: *La buena fe...*, op. cit., p. 338 y ss.

¹¹⁷ Otros autores, refiriéndose a supuestos de selección de personal en empresas de tendencia, afirman que «si se acepta que un problema existe, ha de aceptarse que existe en todos los momentos en que pueda presentarse, incluyendo en ellos, en este caso, el acceso al empleo y no solo la pérdida de trabajo» FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», RL, tomo II, 1985, p. 442.

¹¹⁸ En nuestro ordenamiento laboral solo está contemplada la que repercute negativamente en el trabajo (art. 54.2 f) ET) como causa de despido disciplinario. En principio el consumo de drogas pertenece a la esfera privada de la persona (STC 196/2004, de 15 de noviembre). Sobre las consecuencias de la embriaguez y toxicomanía durante la relación laboral véase CISCART BEA, N.: *El despido por embriaguez y toxicomanía*, Bosch, Barcelona, 1998.

de hogar¹¹⁹. Interesante al respecto resulta el ATC 68/2003, de 28 de febrero, sobre un miembro del Cuerpo Nacional de Policía al que se le sanciona por haber sido sorprendido en un lugar público con una cantidad de droga, conducta que, según el juzgador, trasciende del ámbito de la intimidad, especialmente considerando que la persecución del tráfico de drogas es una de las funciones del Cuerpo. También podríamos incluir adicciones menos habituales, como la ludopatía en el caso de trabajos relacionados con juegos de azar (empleados de casinos, etc.), con el manejo constante de dinero (cajeros de grandes superficies o supermercados, empleados de banca, administradores de diversos tipos, etc.), o directivos y representantes de entidades financieras (directores de oficina bancaria, corredores de bolsa, etc.), pues entendemos que en este último supuesto afectaría directamente a la buena imagen de la empresa¹²⁰. Piénsese que al tratarse de adicciones, es decir, hábitos patológicos, el afectado no tiene un control sobre las mismas por lo que no depende de él abandonarlas inmediatamente antes de iniciarse la relación laboral.

En segundo lugar, podríamos citar a los trabajadores que realizan tareas estrechamente relacionadas con la difusión del ideario en las empresas ideológicas o de tendencia anteriormente comentadas. En efecto, el elemento fiduciario es característico de este tipo de relaciones de trabajo porque incorporan, como hemos visto, la orientación ideológica al contenido obligacional del contrato y por eso los candidatos deberían uniformar, en cierta medida, su vida privada a los intereses perseguidos por la organización¹²¹. A nuestro entender, las confesiones religiosas¹²² o instituciones educativas con ideario religioso son las únicas organizaciones de tendencia que pueden pretender una estrecha conformidad de los comportamientos privados de los candidatos

¹¹⁹ SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad...», op. cit., p. 211. En similares términos RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 58.

¹²⁰ Valga el ejemplo aparecido en el periódico La Economía (Murcia), en el que un aspirante a un puesto de director de oficina bancaria era conocido en los bingos de su ciudad por gastar grandes cantidades de dinero, <http://www.detectys.com/pagpub.asp?Faq=noticia&Nombre=&Id=29825>, consultado el 11/10/2012.

¹²¹ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 357.

¹²² Señalar al respecto que el concepto de religión incluye «fes organizadas y estructuradas, como la Católica Romana, la Protestante, el Islam, la Hindú, el Budismo, el Judaísmo y las distintas sectas, subdivisiones y denominaciones incluidas en las fes más amplias (como la Ortodoxa, los Santos de los Últimos Días, la musulmana, la episcopal, etc.). Sin embargo, otros casos no son tan claros: es, por ejemplo, el supuesto de la Cienciología, que en algunos países (Alemania, Inglaterra) no ha sido reconocida como religión por los tribunales de justicia, mientras en Francia y en Estados Unidos sí se le ha otorgado dicha condición», PURCALLA BONILLA, M.A.: «Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)», ref. BIB 2004\1522, Westlaw-Aranzadi, p. 35.

con su ideario¹²³. Así, la organización podría exigirles la adopción de un estilo de vida determinado, incluyendo una vida sentimental y sexual acorde con los preceptos religiosos (matrimonio católico, abstinencia, etc.), la prohibición de determinadas aficiones (caza, juego, etc.) o actos (aborto voluntario, separación o divorcio, etc.), obligación de acudir a los oficios correspondientes, etc.¹²⁴

Estos últimos supuestos no le son ajenos a nuestra jurisprudencia, especialmente al referirnos al sistema de selección de profesores de religión católica en centros educativos de titularidad pública¹²⁵. Dicho sistema establece, entre otros requisitos, una propuesta de designación de las instancias religiosas, además de un certificado o declaración de idoneidad para el puesto (art. 3.1 RD 696/2007, que regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación). Las recientes SSTC 38/2007, de 15 de febrero y 51/2011, de 14 de abril, han avalado este sistema de selección¹²⁶, obligando a los órganos judiciales a que, en caso de discrepancia, se ponderen los eventuales derechos fundamentales en conflicto, «a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo»¹²⁷.

¹²³ «Ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable» (SSTC 38/2007, de 15 de febrero y 51/2011, de 14 de abril).

¹²⁴ Lo que no les sería lícito en ningún caso es discriminar por conductas no relacionadas con su ideario, por ejemplo, el ejercicio del derecho de huelga (STSJ de las Islas Canarias de 31 de enero de 2008 (AS\2008\958)).

¹²⁵ Sobre el sistema de acceso de profesores de religión en colegios privados y concertados véase MALDONADO MONTOYA, J.P.: *Las actividades religiosas...*, op. cit. p. 128 y ss.

¹²⁶ «El derecho de libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado implican que la impartición de la enseñanza religiosa asumida por el Estado en el marco de su deber de cooperación con las confesiones religiosas se realice por las personas que las confesiones consideren cualificadas para ello y con el contenido dogmático por ellas decidido» (...) «En definitiva, la función específica a la que se han de dedicar los trabajadores contratados para esta finalidad constituye un hecho distintivo que determina que la diferencia de trato que se denuncia, materializada en la exigencia de idoneidad, posea una justificación objetiva y razonable y resulte proporcionada y adecuada a los fines perseguidos por el legislador –que poseen igual relevancia constitucional–, sin que pueda, por tanto, ser tachada de discriminatoria».

¹²⁷ Sobre esta cuestión puede profundizarse en CARDENAL CARRO, M.: «La constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión y moral católica», AS, nº 5, 2006, p. 337-374; PURCALLA

Por otro lado entendemos que no sería lícito que partidos políticos o sindicatos pudieran indagar en ciertos aspectos de la vida privada de los candidatos, pues no puede existir conexión entre estos y las ideologías políticas o sindicales. No cabe relacionar aspectos como el estado civil, la vida sexual, aficiones, etc. con determinadas ideologías fuera de las creencias religiosas¹²⁸.

1.2.- Las informaciones suministradas por terceros.

Si bien lo más habitual durante el proceso de selección de personal es que las informaciones sobre el candidato sean proporcionadas por él mismo, en ocasiones pueden ser aportadas por terceros. Sería el caso de las informaciones que puede obtener el empresario seleccionador de los anteriores empresarios, compañeros, socios, etc. del candidato. Sobre esta posibilidad hay que señalar las siguientes cuestiones.

En primer lugar, debemos indicar que es lícito que el empresario haya obtenido información sobre el candidato que sea de general conocimiento, bien por tratarse de noticias divulgadas por algún medio de comunicación, o bien porque sean hechos realizados en público¹²⁹.

En segundo lugar, aunque para cierto sector de la doctrina resulta ilícito informarse de cualquier otro modo que no sea la pregunta directa al candidato¹³⁰, entendemos que es posible siempre que se haya obtenido previamente el consentimiento del mismo, tal y como se prevé en la legislación sobre datos de carácter personal que trataremos en próximos apartados. De este modo, antes de iniciarse el proceso de selección, debe solicitarse por escrito al candidato que preste su consentimiento para

BONILLA, M.A.: «La relación laboral de los profesores de religión en centros de enseñanza públicos», TS, nº 208, 2008, p. 61-69; MALDONADO MONTOYA, J.P.: «Profesor de religión huelguista que es omitido en la propuesta del Obispado, que guarda silencio sobre el motivo de su decisión», AS, vol. I, nº 9, 2008, p. 29-36; GARCÍA TESTAL, E. y ALTÉS TÁRREGA, J.A.: «El control de la selección de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza. La aplicación de la STC 38/2007 por la STC 51/2011, de 14 de abril de 2011», Justicia Laboral, nº 48, 2011, p. 13-28.

¹²⁸ Por ejemplo, no es posible relacionar las ideas políticas conservadoras con la profesión de la religión católica, ni determinadas tendencias sexuales con ideas políticas progresistas.

¹²⁹ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 51.

¹³⁰ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 64-65.

que el empresario pueda solicitar informaciones sobre él a los terceros que el candidato indique, habitualmente anteriores empleadores (las denominadas «referencias»).

En tercer lugar, como ya hemos indicado, las informaciones solicitadas deben ceñirse a las estrictamente necesarias para la valoración de la aptitud profesional del candidato respecto al puesto de trabajo al que opta. No obstante, en el caso de que por las especiales características del puesto de trabajo a cubrir fuera necesario conocer datos del candidato relativos a su esfera privada, el empresario también estaría legitimado para informarse de este tipo de cuestiones siempre que se obtuviera el consentimiento expreso del aspirante. Esto último lo permite el art. 2.2 LO 1/1982 al establecer que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso»¹³¹.

2.- La protección de datos de carácter personal.

Parece evidente que a un candidato, entendido como demandante de empleo, le interesa que el *curriculum vitae* donde se encuentran recogidos sus datos personales y profesionales, sus titulaciones, su experiencia laboral, etc., llegue al máximo de empleadores posible, con el fin de aumentar sus posibilidades de acceder a un contrato de trabajo¹³². Se ha dicho que, tanto en el proceso de selección de personal como a lo

¹³¹ Por intromisiones ilegítimas se entienden (art. 7 LO 1/1982):

«Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.»

¹³² «El principal interesado en aportar esos datos es un sujeto que lo que busca es la obtención de un empleo, por lo que aportará el máximo número posible de datos sobre su persona», GARCÍA NINET, J.I.

largo de la relación laboral, el candidato o trabajador aparece íntimamente vinculado con la empresa, que precisa de unos datos personales para la correcta adecuación de una persona en su entorno laboral¹³³.

Para la recogida y tratamiento de esos datos personales se utilizan en muchas ocasiones métodos informáticos que pueden suponer un peligro para los derechos del candidato por esa capacidad ilimitada de recopilar, transmitir y elaborar información que tiene el denominado «poder informático»¹³⁴.

De esta aplicación de la informática a los procesos de selección de personal se derivan una serie de problemas o peligros para los candidatos¹³⁵.

En primer lugar, estos procesos informáticos automatizados de ayuda a la decisión sobre la contratación o no de un candidato, le impiden una defensa eficaz porque suele carecer este de los avanzadísimos conocimientos requeridos en la materia¹³⁶. Esa indefensión se acrecienta en el caso de que se haya accedido a datos de los candidatos con la total ignorancia de estos, mediante fuentes públicas o privadas¹³⁷.

En segundo lugar, el tratamiento informatizado de los datos permite clasificar a los candidatos no solo a partir de criterios estrictamente profesionales, sino desde otros varios de carácter netamente subjetivo, obteniendo a partir de los mismos un perfil claramente «total» y no solo estrictamente profesional, en función de la modificación de los distintos parámetros¹³⁸. De este modo, los datos recabados del candidato y los resultados de las diferentes pruebas pueden ser ordenados, procesados y seleccionados para que se adecuen al perfil del empresario, teniendo así las aplicaciones informáticas

y DE VICENTE PACHÉS, F.: «El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea», RMTAS, nº 57, 2005, p. 159.

¹³³ SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «Datos personales,...», op. cit., p. 1457.

¹³⁴ GOÑI SEIN, J.L.: «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos», en AAVV (coord. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p.51; THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 121.

¹³⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 11.

¹³⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 11-12.

¹³⁷ «Se vive así en la permanente inquietud de no saber a quiénes llegarán los datos cuya comunicación se autoriza, ni a qué se destinarán», GOÑI SEIN, J.L.: «Vulneración de derechos...», op. cit., p. 52.

¹³⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 12.

una gran trascendencia como medio de control empresarial¹³⁹. Se ha afirmado por la doctrina científica, que el perfil obtenido por el cruce de datos profesionales con otros aparentemente intrascendentes puede provocar una descontextualización de la información¹⁴⁰ que perjudique al candidato en cuanto a su derecho a la intimidad, su propia identidad personal y su derecho a no ser discriminado¹⁴¹.

En tercer lugar, las tecnologías informáticas permiten la creación de grandes bases de datos y la interconexión de distintos archivos, por ejemplo, entre la empresa y una empresa de selección, eludiendo así el control de los representantes de los trabajadores, quienes de ese modo verán burlada su posibilidad de conocer unos cuestionarios, resultados de pruebas, actas o informes de selección inexistentes en la empresa o de actuar de salvaguarda de los derechos de los candidatos¹⁴².

Para limitar estas facultades que la tecnología informática otorga al empresario es plenamente aplicable al ámbito de las relaciones laborales¹⁴³ y durante los estadios precontractuales lo dispuesto en la LOPD y su desarrollo reglamentario. Dicha normativa transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y sustituye a la anterior LORTAD que se centraba únicamente en los datos almacenados en soportes informáticos y en los tratamientos automatizados.

Entra así en el tema que nos ocupa el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal consagrado en el art. 18.4 CE que implica «el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama la informática» (SSTC 254/1993, de 20 de julio, 11/1998, de 13 de

¹³⁹ BURGOS GINER, M.A.: «Facultades empresariales de...», op. cit., p. 28.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de...*, op. cit., p. 230.

¹⁴¹ GOÑI SEIN, J.L.: «Vulneración de derechos...», op. cit., p. 52. «La capacidad de la gestión informatizada para almacenar y cruzar datos de toda índole permitiría, si no se controlara, un acceso casi absoluto del empresario a la vida privada del trabajador, más allá de lo que cada uno de los datos recabados desvela por sí solo», SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 118.

¹⁴² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 13.

¹⁴³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 18-19. Pese a que la LOPD «no tiene excesivamente en cuenta la perspectiva laboral», TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 83.

enero y 292/2000, de 30 de noviembre), además de constituir «un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad» (SSTC 11/1998, de 13 de enero y 202/1999, de 8 de noviembre). Así, este derecho, también denominado «derecho a la autodeterminación informativa» o «a la libertad informática», amplía la protección frente al poder informático que ya otorgaba el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE ya comentado anteriormente en este trabajo. Comparten ambos derechos «el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar», con la diferencia de que derecho fundamental a la protección de datos atribuye a su titular un «haz de facultades» que le permite ejercer un «poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado» (STC 292/2000, de 30 de noviembre). El contenido esencial de este derecho fundamental consistiría así en «un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso» (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Por lo tanto, para que el derecho fundamental resulte efectivo y posible, se imponen a terceros los deberes de hacer consistentes en el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. (SSTC 254/1993, de 20 de julio y 292/2000, de 30 de noviembre).

Finalmente, su objeto de protección «no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal», y así, «los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo» (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Para poner en relación los procesos de selección de personal con este derecho fundamental, nos interesa centrarnos en los principios generales establecidos por la LOPD y en los preceptos de la misma que regulan la cesión de los datos de carácter personal.

2.1.- Los principios de la protección de datos.

Dos son los principios de actuación en materia de protección de datos que se exigen de forma cumulativa para legitimar la recogida y el tratamiento de los mismos: el principio de pertinencia/racionalidad y el principio de consentimiento¹⁴⁴.

2.1.1.- El principio de pertinencia/racionalidad.

El primero de los principios viene establecido a modo de regla general en el art. 4.1 LOPD, al indicarse que «los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido». Por tratamiento de datos se entienden las «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias» (art. 3 c) LOPD). Resulta unánime para la doctrina que, en el caso de los procesos de selección de trabajadores, la finalidad a la que deben responder los datos del candidato es estrictamente la valoración de la aptitud y capacidad profesional del candidato, por lo que queda prohibida (por «excesiva») la recogida de datos que no vaya dirigida a esa valoración o que se realice sobre datos que no sean necesarios para determinarla¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Seguiremos en este punto a TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 86 y ss. RODRÍGUEZ ESCANCIANO considera que, más que de dos principios o «macroprincipios», se trata de una serie de varios «microprincipios», a saber: congruencia y finalidad; pertinencia y proporcionalidad; legalidad; veracidad, exactitud y actualización; cancelación y descontextualización; y consentimiento informado, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 19 y ss.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de...», op. cit., p. 515-516; TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 90; ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El Derecho de...*, op. cit., p. 106; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 22.

Este precepto viene a suplir la falta de plasmación en la normativa laboral de la posición doctrinal que, como se indicó al tratar el derecho a la intimidad, fue elaborada para evitar las futuras discriminaciones ilícitas, prohibiéndose asimismo las averiguaciones sobre aspectos personales del candidato que no guarden relación inmediata y directa con el puesto de trabajo a ocupar. También se ha relacionado el principio de pertinencia/racionalidad con la aplicación de la doctrina constitucional de la proporcionalidad de la restricción de derechos fundamentales¹⁴⁶.

Además de la regla principal contenida en el art. 4.1 LOPD, debe respetarse lo dispuesto en el art. 4.2 LOPD en cuanto a finalidades compatibles, pues «los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos». Este precepto pretende evitar reiteraciones en la recogida de datos o en la obtención del consentimiento del interesado cuando los tratamientos necesarios deriven de una misma lógica y no perjudiquen al titular de los datos, como sería el caso de un candidato que supera el proceso de selección y entra a formar parte de la empresa. Sería del todo inútil que se le volvieran a solicitar los datos personales que ya aportó en los momentos anteriores a la contratación si la finalidad siguiera siendo legítima¹⁴⁷. Podemos así considerar como finalidad compatible el supuesto en que una empresa de selección de personal recaba datos del candidato para evaluar su aptitud y posteriormente los transmite a la empresa oferente del puesto de trabajo a cubrir. En definitiva «ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita» (STC 94/1998, de 4 de mayo).

No debe olvidarse lo dispuesto en el art. 4.7 LOPD que «prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos», pues resulta de gran importancia durante los procesos de selección de personal, al garantizar que el candidato conocerá qué tipo de datos se están obteniendo de él y la forma en que se están obteniendo (mediante entrevistas, pruebas, test psicotécnicos, etc.). En nuestra opinión, este precepto obliga, antes del inicio del proceso de selección, a informar de la totalidad y

¹⁴⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas Tecnologías y...*, op. cit., p. 121-122.

¹⁴⁷ TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 93. En el mismo sentido FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos...» op. cit., p. 537 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a...*, op. cit, p. 26-27.

finalidad de las pruebas o métodos de investigación a las que se va a someter al candidato, garantizándose la observancia del deber de buena fe.

Por último, debemos hacer mención a la obligación de cancelar los datos personales «cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados» (art. 4.5 LOPD). Así, debería llevarse a cabo esa cancelación de los datos personales de los candidatos que no superasen el proceso de selección, aunque nada impide al candidato desestimado otorgar su consentimiento para que se conserven sus datos con vistas a volver a presentarse a futuros procesos selectivos. Por el contrario, si el candidato considera que los datos en poder del seleccionador pudieran llevar aparejados comportamientos discriminatorios o irrelevantes para el trabajo solicitado tendría la capacidad de solicitar su rectificación o su cancelación (art. 16 LOPD)¹⁴⁸.

2.1.2.- El principio de consentimiento.

El principio que establece la necesidad del consentimiento¹⁴⁹ del titular de los datos viene recogido en el art. 6 LOPD junto con toda una serie de excepciones al mismo¹⁵⁰. Así, se requiere el consentimiento inequívoco del afectado para proceder al tratamiento de sus datos de carácter personal, salvo cuando la ley disponga otra cosa (art. 6.1 LOPD).

La principal excepción al requerimiento de consentimiento que afecta a un candidato durante un proceso de selección es la segunda de las contenidas en el art. 6.2 LOPD, concretamente cuando los datos «se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento». Así pues, al incluirse las partes de un precontrato laboral en dicha excepción entendemos que es de aplicación lo dispuesto en los casos de

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 36.

¹⁴⁹ Por consentimiento debe entenderse «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen» (art. 3 h) LOPD), y además puede ser revocado «cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos» (art. 6.3 LOPD).

¹⁵⁰ Las excepciones son tantas que desvirtúan en buena medida la regla de orden que establece el consentimiento como necesario, forzando a los sujetos afectados por esas excepciones a ver cómo sus datos pueden ser tratados sin su consentimiento, debiendo conformarse, y no en todos los casos, con la información relativa al tratamiento. TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 106-107.

procesos de selección de personal¹⁵¹. De todas formas la doctrina ha manifestado su preocupación porque los candidatos no parecen estar en condiciones de oponerse a lo que el empresario o el seleccionador le pidan en materia de datos personales, ya que podrían ser desestimados automáticamente¹⁵². Esta situación tristemente habitual no puede suponer en ningún caso que el empresario se abstenga de someterse al principio de pertinencia/racionalidad antes estudiado, por lo que seguirá sin poder tratar todos los datos recogidos durante el proceso de selección¹⁵³.

Además, el hecho de no precisarse el consentimiento del candidato no invalida la obligación del empresario de informarle previamente sobre los siguientes puntos (art. 5 LOPD):

«a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos y de los destinatarios de la información; b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante»¹⁵⁴.

Dicha información debe incluirse en los diferentes cuestionarios o impresos que deba rellenar el candidato (art. 5.2 LOPD), circunstancia que ocurre habitualmente durante los procesos de selección.

Finalmente debemos destacar la obligación de requerir el consentimiento expreso y por escrito para el «tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y

¹⁵¹ En el mismo sentido FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos...», op. cit., p. 518-519; GOÑI SEIN, J.L.: «Vulneración de derechos...», op. cit., p. 59; TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 108.

¹⁵² AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.): *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 251; TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 109.

¹⁵³ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos...», op. cit., p. 519.

¹⁵⁴ No será necesaria la información a que se refieren las letras b, c y d, si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban (art. 5.3 LOPD).

asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado» (art. 7.2 LOPD). En nuestra opinión, durante un proceso de selección no pueden tratarse dichos datos ni tan siquiera con el consentimiento del afectado, pues no son, en virtud del art. 4.1 LOPD, ni pertinentes, ni adecuados para valorar la aptitud profesional de los candidatos. Únicamente podrán recogerse y tratarse en casos de candidatos a puestos de trabajo de tendencia en las organizaciones ideológicas o de tendencia que ya han sido comentadas en partes anteriores de este trabajo¹⁵⁵.

2.2.- La cesión de los datos.

Por cesión o comunicación de datos se entiende «toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado» (art. 3 i) LOPD). Es imperativo que el afectado preste su consentimiento nuevamente y solamente podrán ser comunicados los datos «a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario» (art. 11.1 LOPD). También en este punto se establecen una serie de excepciones, entre las que destacamos la contenida en la letra c) del art. 11.2 LOPD, que se produce «cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación solo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique». Un ejemplo claro de estas situaciones sería la comunicación o notificación de datos personales del trabajador a organismos administrativos, por ejemplo, a la oficina de empleo o a la Seguridad Social¹⁵⁶. En cuanto a los procesos de selección de trabajadores, podemos observar distintas posibilidades de cesión de datos a las que serán de aplicación lo anteriormente citado.

¹⁵⁵ En el mismo sentido GOÑI SEIN, J.L.: «Vulneración de derechos...», op. cit., p. 61.

¹⁵⁶ LUJÁN ALCARAZ, J.: «Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo», ref. BIB 2003\890, Westlaw-Aranzadi, p. 9-10.

La primera posibilidad se produce cuando una empresa de selección de personal recoge y trata datos sobre la aptitud profesional de posibles candidatos para en un futuro cederlos o comunicarlos a futuras empresas clientes que precisan cubrir diferentes puestos de trabajo. Entendemos que en el momento en que el candidato ofrece sus datos a este tipo de empresas es porque pretende que estos circulen por el mercado de trabajo y lleguen a las empresas que ofertan los empleos que a él más le interesan. Por lo tanto, parece que está consintiendo una futura cesión de datos. No obstante, estas empresas de selección deberían informarle de la finalidad exacta de la comunicación de los datos, es decir, a qué empresa serán cedidos y para qué concreto proceso de selección se cedan. La doctrina ha admitido «declaraciones de voluntad genéricas, no dirigidas a un destinatario concreto, sino bastando con que el destinatario (empresario que necesite los datos) sea determinable (por ejemplo, por pertenecer a una determinada rama de producción)»¹⁵⁷.

La segunda posibilidad de cesión de datos de un candidato es la que se produce entre una ETT y una empresa usuaria. Como veremos más adelante, este tipo de empresas también realizan tareas de selección de personal para escoger los trabajadores que cederán posteriormente. En este caso sería de aplicación la excepción del consentimiento del interesado en virtud del art. 11.2 c) LOPD, pues existe una verdadera relación contractual entre trabajador y ETT que precisa de la cesión de los datos a la empresa usuaria, es decir, «la conexión con ficheros de terceros», para el cumplimiento de «fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario»¹⁵⁸.

La tercera y última posibilidad que pretendemos abordar es la comunicación de datos del candidato entre sus anteriores empleadores y la empresa que realiza el proceso de selección en el que se encuentra inmerso. En efecto, la petición de referencias sobre el candidato a sus anteriores empresarios no es, ni más ni menos, que una cesión o comunicación de datos de carácter personal que debe respetar lo dispuesto sobre esta cuestión en la LOPD. Así, deberá pedirse el consentimiento al candidato para que el anterior empleador ceda sus datos al empresario seleccionador ya que en este supuesto

¹⁵⁷ TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 114. En el mismo sentido FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos...», op. cit., p. 531.

¹⁵⁸ En el mismo sentido RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *El derecho a...*, op. cit, p. 45.

no cabe la excepción prevista en la 11.2 c) LOPD. No obstante, deberán tenerse en cuenta varias cosas: la primera es que la cesión deberá realizarla el responsable del fichero, pues a este le pertoca garantizar la seguridad de los datos almacenados, evitando su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado (art. 9 LOPD); la segunda es que, según el art. 4.5 LOPD, los datos de carácter personal deben ser cancelados una vez hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que hubieran sido recabados o registrados, por lo que posiblemente ya no se encuentren en la empresa al haberse extinguido la relación laboral. El empresario únicamente podría haberlos conservado por el tiempo estrictamente imprescindible para «liquidar» los posibles efectos pendientes del contrato de trabajo¹⁵⁹ o por si hubiera de cederlos a una autoridad pública en cumplimiento de alguna obligación legal (art. 11.2 a) LOPD)¹⁶⁰; finalmente, debe respetarse el principio de pertinencia/racionalidad y comunicarse únicamente datos que sirvan para valorar la aptitud profesional del candidato.

3.- El derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación.

A la hora de tratar el tema de los procesos de selección de personal, resulta clave abordar el derecho constitucional a la igualdad de trato y a la no discriminación en su proyección en el acceso al empleo. El art. 14 CE establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». De este precepto se extraen dos grandes reglas. La primera es un mandato de igualdad que juega sobre todo respecto de las normas jurídicas y de su aplicación, destinado principalmente a los poderes públicos y en menor medida a las relaciones privadas, matizándose según la fuente de origen de la diferencia. Así, aunque en los convenios colectivos, entendidos también como norma jurídica, se aplica la cláusula general de igualdad, esta juega matizadamente, habida cuenta de que el principio de igualdad debe hacerse compatible con otros valores que tienen su origen en

¹⁵⁹ TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por...*, op. cit., p. 94.

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de...», op. cit., p. 527. En ese caso la cancelación daría lugar al «bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de estas», suprimiéndose los datos cumplido dicho plazo (art. 16.3 LOPD).

el principio de la autonomía de la voluntad y de la autonomía colectiva¹⁶¹. Este principio general de igualdad «exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas (...) En resumen, el principio de igualdad, no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida» (SSTC 119/2002, de 20 de mayo, 27/2004, de 4 de marzo, 161/2004, de 4 de octubre y 36/2011, de 28 de marzo, entre otras).

La segunda regla contenida en el art. 14 CE es la prohibición de conductas discriminatorias fundadas en las circunstancias enumeradas en el propio precepto¹⁶², a las que deben añadirse las dispuestas en los arts. 4.2 c) y 17.1 ET¹⁶³, referidas específicamente a la relación laboral («retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo») y a los momentos anteriores a ella («empleo»)¹⁶⁴. Si bien la primera regla no resulta de aplicación en la fase precontractual de la relación laboral, al tratarse de relaciones privadas donde prevalece la autonomía de la voluntad¹⁶⁵, la segunda regla

¹⁶¹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI», RMTAS, nº 73, 2008, p. 175.

¹⁶² «Representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE» (SSTC 128/1987, de 16 de julio, 166/1988, de 26 de septiembre, 145/1991, de 1 de julio, 17/2003, de 30 de enero, 161/2004, de 4 de octubre, 182/2005, de 4 de julio, 41/2006, de 13 de febrero y 36/2011, de 28 de marzo).

¹⁶³ Los términos concretos en que los citados preceptos estatutarios se expresan, han experimentado modificaciones, en función de la importancia relativa que ha ido ganando la protección antidiscriminatoria de determinados colectivos, o, dicho de otro modo, la creciente repulsa hacia ciertas causas de discriminación. La redacción actual del art. 4.2 c) ET se debe a la reforma introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y la del art. 17.1 ET, tanto por la citada ley como posteriormente en 2007 por la LOI y en 2010 por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Decálogo jurisprudencial básico...», op. cit., p. 79.

¹⁶⁴ «Reconocen este derecho a los trabajadores antes y durante la relación de trabajo» (STS de 18 de febrero de 1994 (RJ\1994\1061)).

¹⁶⁵ El principio de igualdad de trato (no cualificado por la concurrencia de circunstancias discriminatorias) no resulta aplicable a los procesos previos a la contratación, porque el contrato se funda en el libre consentimiento de las partes (art. 1258 CC). Así, la misma esencia del contrato impide que una de las partes se vea obligada a prestar un consentimiento que, desde el momento que nace como obligación, deja de serlo, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y

tiene plena vigencia durante la selección de personal por la literalidad de los citados preceptos estatutarios y por la interpretación realizada por la jurisprudencia. De sostenerse lo contrario «quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)» (STC 173/1994, de 7 de junio)¹⁶⁶.

Debe señalarse en este punto que los casos de denuncia de contrato de duración determinada participan también de la prohibición de discriminación en el acceso al empleo: terminado de ese modo el contrato, el trabajador se encontraría en situación de búsqueda de empleo, con lo que las razones para no prorrogar el contrato vendrían a ser razones para no contratar¹⁶⁷, prohibidas estas si se basan en los criterios enumerados en el art. 14 CE. Parece advertirse que la libertad de contratación del empresario y el derecho a no ser discriminado del candidato plantean una serie de tensiones que el Derecho debe resolver¹⁶⁸.

Nuestro Alto Tribunal ha definido la discriminación como una conducta que «se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su

ascenso en la empresa», AL, tomo I/1996, p. 38; MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones Empresariales y Principio de Igualdad*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, p. 30-31.

¹⁶⁶ En el mismo sentido la STC 41/1999, de 22 de marzo. Los tratados internacionales a los que se hace referencia son el Convenio nº 111 de la OIT y el Convenio de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Un resumen de la normativa internacional sobre igualdad y no discriminación de la mujer puede verse en PURCALLA BONILLA, M.A.: «Igualdad de trato...», op. cit., p. 7.

¹⁶⁷ GALIANA MORENO, J.M. y CAMARA BOTÍA, A.: «Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales», en AAVV (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V. y coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p. 342. Los autores citan en primer lugar la STC 173/1994, de 7 junio, que considera que la decisión empresarial de no prorrogar tiene «como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada». En segundo lugar se menciona la importante STJUE de 4 de octubre de 2001, C-438/99, asunto Jiménez, que considera que «el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación».

¹⁶⁸ GALIANA MORENO, J.M. y CAMARA BOTÍA, A.: «Igualdad y no...», op. cit., p. 334.

carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)» (STC 173/1994, de 7 de junio). La importancia de este derecho a no ser discriminado se desprende, en parte, de la extensión que pueden alcanzar las conductas discriminatorias hacia grupos o colectivos, más allá del propio candidato individualmente considerado. De esta forma, el tratamiento peyorativo que recibe un candidato por pertenencia a determinado colectivo se extiende a todos los integrantes del mismo, de tal forma que la marginación tiende a perpetuarse, aunque no se traduzca en hechos concretos de diferenciación que afecten a un sujeto individualizado¹⁶⁹. Así, «la posible actuación discriminatoria en el ingreso al trabajo por motivos prohibidos en el artículo 14 de la Constitución Española puede manifestarse de dos formas, una, rechazando la solicitud de una persona concreta y, otra, mediante la negativa indiferenciada a contratar a grupos genéricos de trabajadores. La primera tiene una dimensión puramente individual, pero este matiz del problema no es único, ni agota su contenido, pues también existe la vertiente colectiva cuando el acto discriminatorio afecta a un grupo genérico de trabajadores que es innominado y no identificable personalmente, aunque puede determinarse mediante datos objetivos, como son los caracteres que le diferencian de otros grupos. En estos términos, es posible que una actuación discriminatoria sea pluriofensiva y atente contra intereses individuales y al mismo tiempo afecte al interés colectivo»¹⁷⁰.

3.1.- Tipología de la discriminación.

Las conductas atentatorias contra el derecho a la no discriminación en el proceso de selección de personal pueden ser de diversos tipos y son calificados por el resultado, de tal forma que la intención del sujeto que discrimina resulta irrelevante, encontrándonos así ante una noción de tipo objetivo¹⁷¹. A los dos tipos principales, discriminación directa e indirecta, se les pueden añadir unos nuevos conceptos que fueron incluidos y definidos en el Anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Se trata de la discriminación por asociación, de la

¹⁶⁹ PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario», en AAVV (coord. RUIZ PÉREZ, E.): *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003, p. 287.

¹⁷⁰ STS de 18 de febrero de 1994 (RJ\1994\1061). Por ese motivo se ha legitimado a las organizaciones sindicales el ejercicio de la acción judicial frente a las conductas empresariales discriminatorias.

¹⁷¹ PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de...», op. cit., p. 289.

discriminación múltiple y de la discriminación por error, todas variantes de las dos principales aunque con suficiente entidad propia.

3.1.1.- Discriminación directa.

La discriminación directa se materializa en una diferencia de trato intencionada que origina un perjuicio y cuya única justificación es la circunstancia o factor personal o social del candidato, «con independencia de los argumentos del sujeto que desarrolla dicho trato y aún cuando en base a las mismas no se pretenda perjudicar al destinatario del mismo»¹⁷². Se habla de discriminación directa abierta cuando esta es perceptible en un conocimiento superficial de la situación. Por ejemplo, cuando una empresa manifiesta públicamente que no contrata a extranjeros o personas de determinado origen racial o étnico porque a sus clientes no les agrada este perfil de trabajador¹⁷³. Como es de suponer, en multitud de ocasiones la actitud discriminatoria suele ser más velada, hablándose entonces de discriminación directa oculta o encubierta. En estos casos, la causa determinante del tratamiento peyorativo sigue siendo una de las prohibidas, solo que se ha tratado de esconder bajo denominaciones o instituciones en los que la trascendencia de dicho factor es secundaria o no es en absoluto evidente¹⁷⁴. El ejemplo sería el de descartar a un candidato en una entrevista de selección alegando falta de experiencia profesional cuando en realidad se le está descartando por pertenecer a una determinada etnia.

3.1.2.- Discriminación indirecta.

La doctrina de la discriminación indirecta tiene su origen en el Derecho estadounidense, configurada con el fin de proteger a colectivos minoritarios de las discriminaciones que sufrían en la fase de acceso al empleo, como es el caso de la

¹⁷² LÓPEZ ORTEGA, M.J.: «Empleo y discriminación salarial de la mujer», en AAVV (coord. RUIZ PÉREZ, E.): *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003, p. 17.

¹⁷³ STJUE de 10 de julio de 2008, C-54/07, asunto Firma Feryn NV, para la que la simple manifestación pública constituye, *per se*, una discriminación directa por razón de raza. Un interesante comentario de la sentencia en CAMAS RODA, F. y LÓPEZ ROCA, C.: «La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 275-277.

¹⁷⁴ PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de...», op. cit., p. 287-288.

comunidad negra. No se trata aquí de una intención de excluir a ciertos candidatos por su raza, sino al establecimiento en el proceso de selección de personal de requisitos o exigencias de cualificaciones que, sin ningún ánimo discriminatorio (conducta neutral), provocan de hecho consecuencias negativas en determinados colectivos (*disparate impact*), cuando tales requisitos no son necesarios para el correcto desempeño del trabajo¹⁷⁵. Un ejemplo más cercano a nuestra realidad social sería el requisito de una titulación para la contratación en una categoría profesional que provocase la selección final de un mayor número de hombres que de mujeres, sin que esa titulación requerida resulte imprescindible para el trabajo a realizar. Ese fue el caso enjuiciado en la STS de 4 de mayo de 2000 (RJ\2000\4266) y en la STSJ Cantabria de 14 de noviembre de 2005 (AS\2005\3000). Esta última define la discriminación indirecta como «toda disposición normativa heterónoma, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral que, aparentemente neutra, ocasione una desventaja particular a una persona respecto de otras por las referidas razones, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para su consecución no sean adecuados y necesarios»¹⁷⁶.

La doctrina de la discriminación indirecta se incorporó a la normativa comunitaria en la Directiva 76/207/CEE¹⁷⁷ y ha sido aplicada en numerosas ocasiones por el TJUE, en especial en casos de discriminación por razón de género, y no siempre referidos a la fase de acceso al empleo¹⁷⁸.

En nuestro ordenamiento encontramos la primera referencia normativa en la incorporación que hizo la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales,

¹⁷⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», RL, tomo I/1993, p. 180. Al respecto cita el caso de un proceso de selección donde se requería, sin ser necesario para la ejecución del trabajo, haber completado la *High School*. Esta exigencia impedía la contratación de buena parte de la comunidad negra para la que el acceso a la enseñanza media era más difícil.

¹⁷⁶ Un comentario de dicha resolución en PURCALLA BONILLA, M.A.: «Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal: comentario a la STSJ Cantabria de 14 de noviembre de 2005 (AS 2005\3000)», ref. BIB 2005\2635, Westlaw-Aranzadi.

¹⁷⁷ El concepto de discriminación indirecta ha sido acogido también en otras normas comunitarias como la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, independientemente de la religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

¹⁷⁸ Entre otras, las SSTJUE de 13 de julio de 1989, C-171/88, asunto Rinner-Khün, sobre salario, de 30 de noviembre de 1993, C-189/91, asunto Kirsammer-Hack, sobre protección contra el despido, de 13 de julio de 1995, C-116/94, asunto Meyers, sobre prestación social, de 2 de octubre de 1997, C-1/95, asunto Gerster, sobre condiciones de trabajo.

administrativas y del orden social, a los arts. 4.2 c) y 17.1 ET, aunque el TC ya la había utilizado, como el TJUE, en caso de discriminaciones al colectivo femenino (SSTC 145/1991, de 1 de julio y 147/1995, de 16 de octubre). Finalmente, la LOI incluye una definición de este tipo de discriminación calificándola como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados» (art. 6.2 LOI).

3.1.3.- Discriminación por asociación.

La STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, asunto Coleman, entiende que el principio de igualdad de trato no se circunscribe a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad, sino que también incluye a las que por tener alguna relación con ellas son tratadas de un modo discriminatorio; no en vano, la Directiva 2000/78/CE tiene por objeto combatir todas las formas de discriminación por razón o por motivo de la discapacidad¹⁷⁹. Se enjuiciaba el caso de una trabajadora a la que la empresa aplicaba un trato desigual y despectivo por solicitar permisos y reducción de jornada con el fin de atender a su hijo discapacitado. Fácilmente puede pensarse que la construcción no vale solo para la discapacidad, sino para cualesquiera otras circunstancias respecto de las cuales se prohíbe el trato diverso y peyorativo¹⁸⁰.

Esta ampliación del campo personal de aplicación de la tutela antidiscriminatoria obtiene doctrinalmente diferentes denominaciones como discriminación por asociación, discriminación por vinculación, discriminación refleja o discriminación transferida. El primer término ha sido el elegido por el Anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que indica en su art. 6.1 que «existe discriminación por asociación cuando una persona, debido a su relación con otra sobre la que concurra una

¹⁷⁹ Un comentario de esa resolución en NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La tutela antidiscriminatoria por razón de la discapacidad en el ordenamiento jurídico laboral», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 178-180.

¹⁸⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)», AS, nº 14/2008, p. 19.

de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley, es objeto de un trato discriminatorio»¹⁸¹. Así, para apreciar la discriminación ya no se atiende solo a un sujeto sino a dos, el perteneciente al colectivo vulnerable y el represaliado, que en nuestro ámbito de estudio sería el candidato a un puesto de trabajo. No obstante, habría que concretar el radio de personas relacionadas con el candidato que deben tomarse en cuenta a estos efectos, atendiendo más a los vínculos reales que al parentesco en sí mismo¹⁸². En relación con este aspecto, la reciente STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011 (AS\2011\1942) ha considerado la discriminación por asociación con el cónyuge discapacitado.

Finalmente, en el supuesto de un estadio precontractual es importante destacar que, por la propia naturaleza de la tipología discriminatoria, posiblemente se haya vulnerado previamente el derecho a la intimidad del candidato, pues de otro modo es complicado que el empresario acceda a conocer las características o circunstancias de los familiares o allegados del candidato.

3.1.4.- Discriminación múltiple.

No es nueva la idea de que algunas víctimas de discriminación lo son por varios rasgos asociados a estereotipos negativos hondamente arraigados en la sociedad, lo que, por un lado, amplifica la gravedad de la herida de su dignidad y, por otro, transforma de alguna manera el tipo de lesión¹⁸³. Se habla así de discriminaciones múltiples, dobles, acumulativas, aditivas, multidimensionales, interactivas, compuestas, combinadas, interseccionales, etc., aunque es el primer término el que está ganando pulso en nuestro entorno¹⁸⁴.

¹⁸¹ El Anteproyecto enumera las siguientes causas: nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

¹⁸² SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Cinco casos recientes...», op. cit., p. 19.

¹⁸³ REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», REDC, nº 84, 2008, p. 254.

¹⁸⁴ REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple...», op. cit., p. 263 y ss., quien realiza un interesante análisis de las diferentes denominaciones y clasificaciones del fenómeno.

A nivel jurídico, el concepto de discriminación múltiple empieza a aparecer a principios del siglo XXI vinculado a la discriminación por razón de sexo¹⁸⁵. Así, en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, de aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, se indica que «a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples». También en la exposición de motivos de la LOI se habla de contemplar «una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad». Finalmente, el Anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, incluye este tipo de conducta discriminatoria en su art. 7.1 señalando que «se produce discriminación múltiple cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación» y exigiendo a continuación que la justificación de la diferencia de trato deba darse en relación con cada una de sus causas.

Visto lo anterior, podemos afirmar que durante un proceso de selección de personal es posible que se produzcan discriminaciones múltiples, en especial si el candidato es mujer¹⁸⁶. En estos supuestos se precisa de esta figura pues se producen discriminaciones por varios motivos considerados, de manera que si solo se tiene en cuenta uno de ellos, el fenómeno discriminatorio no se comprende en toda magnitud o incluso no se detecta¹⁸⁷. La conducta discriminatoria de un empresario sería, por ejemplo, la no contratación de candidatas que sean mujeres y a la vez pertenezcan a un determinado grupo racial. Si tuviéramos en cuenta únicamente el factor sexo y el empresario ha contratado a otras mujeres, no se podría demostrar un trato

¹⁸⁵ Se hablaba en un principio de «doble discriminación», por la posible concurrencia en las mujeres de más de un factor adicional discriminatorio (raza, origen, nacionalidad, etc.), SERRA CRISTÓBAL, R.: «Mujer y doble discriminación», en AAVV (coord. FABREGAT MONFORT, G.): *Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de València*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 87.

¹⁸⁶ SERRA CRISTÓBAL distingue diversos grupos de mujeres vulnerables: mujeres que pertenecen a minorías religiosas; mujeres que pertenecen a minorías étnicas; mujeres inmigrantes; mujeres discapacitadas; mujeres víctimas de la violencia de género; mujeres víctimas de la trata de seres humanos; mujeres internas en centros penitenciarios, SERRA CRISTÓBAL, R.: «Mujer y doble...», op. cit., p. 93 y ss.

¹⁸⁷ DE LAMA AYMÁ, A.: «Discriminación múltiple: género y religión», en AAVV (dir. GARCÍA RUBIO, M. P. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, coord. LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y OTERO CRESPO, M.): *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 487.

discriminatorio por razón de sexo. Por otro lado, si tuviéramos en cuenta el factor racial y el empresario ha contratado a hombres de dicho origen racial, tampoco se podría demostrar el trato discriminatorio por dicha circunstancia. Por lo tanto, la única forma de demostrar la discriminación sería mediante la figura de la discriminación múltiple¹⁸⁸. Las variantes o combinaciones son tantas como factores o circunstancias enumera la normativa de tutela antidiscriminatoria.

3.1.5.- Discriminación por error.

El Anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación define en su art. 6.2 la discriminación por error, un tipo de discriminación bastante desconocida «que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada». El redactado da pie a diversas interpretaciones en atención a su literalidad. Podemos pensar en un caso en el que un candidato a un puesto de trabajo es desestimado porque el seleccionador cree erróneamente que el candidato es homosexual, o que está afiliado a un sindicato, o que pertenece a una minoría étnica, etc. O el supuesto en que la discapacidad de un candidato se interpreta incorrectamente como una inaptitud para el desempeño del trabajo, reforzándose así la tutela dispuesta en el art. 4.2 c) ET¹⁸⁹. Estas podrían ser las interpretaciones más acordes con el espíritu de la normativa de tutela antidiscriminatoria.

Pero también podemos entender de forma amplia que, al hablar de «características de la persona», se incluye la aptitud profesional del candidato, por lo que se estaría protegiendo un eventual error a la hora de evaluar en ese punto al candidato. Sería entonces un refuerzo de lo dispuesto en el art. 13 LOPD que estipula que «los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad». Ya se comentó anteriormente que un tratamiento de datos, en especial si es automatizado, puede configurar un perfil personal y profesional erróneo por

¹⁸⁸ Un ejemplo, no relacionado con el acceso al empleo, sería la STC 69/2007, de 16 de abril, como se apunta en REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple...», op. cit., p. 274 y ss.

¹⁸⁹ Los trabajadores «tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

descontextualización, al ponerse en relación informaciones obtenidas de fuentes diversas.

En cualquier caso, se pueden extraer las siguientes ideas a la espera de que la doctrina se pronuncie sobre el tema: la primera es que, al igual que sucede con la discriminación por asociación, se discrimina a una persona en la que no concurre ninguna circunstancia protegida en la normativa antidiscriminatoria, es decir, el principio de igualdad de trato no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en la normativa. La segunda idea es que la «apreciación incorrecta» puede deberse, bien a la observación directa del sujeto discriminador, o bien a las informaciones erróneas que recibe por parte de terceros: referencias de antiguos empleadores del candidato, resultados de pruebas de selección, evaluaciones de las entrevistas e incluso un perfil elaborado mediante un tratamiento de datos automatizado, lo que daría sentido a lo apuntado anteriormente. Esta última idea desvirtúa un posible elemento intencional en la discriminación, irrelevante en cualquier caso, pues ya se ha indicado que la conducta discriminatoria se califica por su resultado.

3.2.- La discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo y las acciones positivas.

La protección al trato discriminatorio por razón de sexo en nuestro ordenamiento jurídico ha sido una de las que más influencia ha recibido de la jurisprudencia y normativa comunitaria, de ahí la importancia que le damos en este apartado. Actualmente ha quedado en vigor la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde las anteriores Directivas que ya reconocían ese derecho¹⁹⁰. En su art. 14.1 prohíbe las discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo en «las condiciones de acceso

¹⁹⁰ Entre otras, la Directiva 76/207/CEE, relativa a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres; la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Un comentario de las Directivas y su jurisprudencia relacionada puede verse en PURCALLA BONILLA, M.A.: «Igualdad de trato...», op. cit., p. 8 y ss.

al empleo», «incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad». Esta disposición permite la eficacia de la protección durante los procesos de selección de personal incluyendo incluso, según el TJUE, el momento de la publicación o difusión de la oferta de empleo, que en todo caso deberá ser neutra¹⁹¹.

Ahora bien, la Directiva inserta a continuación una excepción a la aplicación del principio indicando que «que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado»¹⁹². ¿Qué características pueden permitir dicha excepción? Muy pocas según la jurisprudencia comunitaria, que ha establecido ciertos parámetros al respecto: en primer lugar, la excepción debe ser interpretada de forma restrictiva; en segundo lugar, debe seguirse un criterio de proporcionalidad en su regulación; y finalmente, debe revisarse periódicamente para ponerla en consonancia con la evolución social¹⁹³.

Aplicando dichos requisitos se ha considerado que no se ajusta a derecho la exclusión total de las mujeres para el acceso a empleos militares que impliquen el uso de armas¹⁹⁴, trabajo en minas¹⁹⁵, tareas de buceo o en medios hiperbáricos¹⁹⁶ y trabajo nocturno¹⁹⁷. En esos casos se alegaban motivos como «el esfuerzo físico requerido por el puesto», «la capacidad respiratoria inferior de la mujer», «riesgos de agresión» o «la mayor carga de trabajo familiar que pesa sobre las mujeres».

¹⁹¹ STJUE de 21 de mayo de 1985, C-248/83, asunto Comisión contra República Federal de Alemania. Como ejemplo de las pocas ofertas de empleo en prensa destinadas únicamente a mujeres, discriminando por lo tanto al hombre, la STJUE de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto Draehmpaehl.

¹⁹² Así ha sido transpuesto en el art. 5 LOI.

¹⁹³ LÓPEZ BALAGUER, M.: «El principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 87.

¹⁹⁴ STJUE de 11 de enero de 2000, C-285/98, asunto Kreil.

¹⁹⁵ STJUE de 1 de febrero de 2005, C-203/03, asunto Comisión contra Austria.

¹⁹⁶ STJUE de 1 de febrero de 2005, C-203/03, asunto Comisión contra Austria.

¹⁹⁷ STJUE de 12 de julio de 1984, C-184/83, asunto Hoffmann, y de 25 de julio de 1991, C-345/89, asunto Stoecktel, entre otras.

Parece ser que el único motivo jurídicamente válido para limitar el acceso de la mujer a determinados empleos es la condición biológica del embarazo o la lactancia natural, precisamente la única circunstancia física que la diferencia con el hombre en determinados momentos de la vida¹⁹⁸. En ese sentido se ha pronunciado el TJUE, al permitir la exclusión de las mujeres en el acceso a empleos como vigilantes de prisiones¹⁹⁹. En otros casos más discutibles se ha permitido la exclusión de las mujeres en el acceso a unidades militares específicas, en cuya actuación concurrían circunstancias vinculadas a la seguridad pública de los Estados, como por ejemplo las que ejercían actividades de policía en el Ulster²⁰⁰ o los Royal Marines²⁰¹. No obstante, debemos recordar aquí que «la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente puede tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres» (STC 229/1988, de 14 de diciembre), pues estas circunstancias pueden «ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, perpetuando la grave discriminación que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral» (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre y 240/1999, de 20 de diciembre). En similar sentido se ha expresado la STJUE de 3 de febrero de 2000, C-207/98, asunto *Mahlburg*, al indicar que «la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener por consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo de una mujer embarazada».

Llegados a este punto debemos señalar que, a efectos de la Directiva, se considera discriminación por razón de sexo «el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad»²⁰² y del mismo modo se ha proscrito en el art. 8 LOI. Hace ya tiempo que se viene equiparando la discriminación

¹⁹⁸ LÓPEZ BALAGUER, M.: «El principio de...», op. cit., p. 89.

¹⁹⁹ STJUE de 30 de junio de 1988, C-318/86, asunto *Comisión contra Francia*.

²⁰⁰ STJUE de 15 de mayo de 1986, C-222/84, asunto *Johnston*.

²⁰¹ STJUE de 26 de octubre de 1999, C-273/97, asunto *Sirdar*.

²⁰² Además de los supuestos de acoso o acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo y la orden de discriminar a personas por razón de su sexo (art. 2.2). Nuestra LOI se refiere también a las discriminaciones «derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil» (art. 3 LOI), y establece como discriminatorio el acoso sexual o el acoso por razón de sexo (art. 7 LOI) y «cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres» (art. 9 LOI).

por embarazo a la discriminación por razón de sexo, ya sea en la jurisprudencia comunitaria como en nuestra jurisprudencia constitucional. En la primera ya se estableció que la negativa a contratar a una candidata embarazada constituye una discriminación directa por razón de sexo²⁰³, incluso cuando el estado de gestación impide ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo²⁰⁴. En la segunda se indicó que «la discriminación por razón de sexo no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre, 173/1994, de 7 de junio, 17/2003, de 30 de enero y 17/2007, de 12 de febrero, entre otras). Y sin ni tan siquiera llegar a la fase de selección de personal, constituye discriminación por razón de sexo el supuesto de suspensión por parte del INEM de la demanda de empleo de una candidata embarazada, pues es por ese único motivo por el que no se procedió a su inclusión en la lista de candidatos seleccionados para una oferta de trabajo, pese a que cumplía con todos los requerimientos de titulación y experiencia (STC 214/2006, de 3 de julio). Por todo lo expuesto, puede concluirse que «la discriminación por embarazo y maternidad presenta transversalidad y verticalidad negativa, en el sentido de que afecta a todas las categorías de trabajadoras y en cualquiera de los estadios de la relación laboral»²⁰⁵.

Visto todo lo anterior, parece ser que los empleos relacionados con el mundo artístico, como modelos de ropa, de pintura, actores de cine o teatro, etc., serán los que más fácilmente puedan justificar una discriminación por razón de sexo, amparándose en la propia naturaleza de la actividad profesional concreta. Seguramente, también podrían

²⁰³ STJUE de 8 de noviembre de 1990, C-177/88, asunto Dekker, en la que el empresario justificaba su negativa a contratar a una candidata embarazada por los mayores costes económicos que tendría que soportar por motivo del embarazo. Se dictaminó que un empresario viola directamente el principio de igualdad de trato, aunque todas las candidatas sean mujeres, «si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada y que tienen su origen en normas promulgadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad laboral que asimilan la incapacidad para ejercer una actividad por causa de maternidad a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad».

²⁰⁴ STJUE de 3 de febrero de 2000, C-207/98, asunto Mahlburg, en la que el empresario se niega a contratar a una candidata embarazada, apta para el puesto ofertado, porque no podía desempeñarlo desde el primer momento a causa de una prohibición legal por existir un riesgo para el embarazo.

²⁰⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La doctrina constitucional...», op. cit., p. 181.

justificarse en ciertas actividades en hospitales, centros penitenciarios, o similares, en las que haya que preservar la intimidad personal²⁰⁶. No cabe apelar a la costumbre, la tradición o cualquier otro motivo «social» para justificar la licitud de una oferta de empleo destinada únicamente a un sexo, pues precisamente han sido los motivos sociales o culturales los que han causado y causan la discriminación hacia el género femenino²⁰⁷.

Ahora bien, la tutela antidiscriminatoria, en especial cuando se trata del acceso al empleo del colectivo femenino, nos conduce necesariamente a la cuestión de las acciones positivas. La LOI les ha permitido obtener un marco normativo aunque ya tenían un respaldo jurídico por parte de nuestra jurisprudencia y en el ámbito internacional y comunitario.

En efecto, el art. 3 de la Directiva 2006/54/CE, pese a no recoger un concepto de acción positiva²⁰⁸, remite a lo establecido en el art. 141.4 del Tratado de Amsterdam: «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

Por su parte, nuestro Alto Tribunal consideró que la igualdad «no solo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva». Por eso mismo «no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos,

²⁰⁶ CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Decálogo jurisprudencial básico...», op. cit., p. 88.

²⁰⁷ FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 92.

²⁰⁸ «Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral».

históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial» (STC 216/1991, de 14 de noviembre, entre otras). En definitiva, «la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio», es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer, siempre que además no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer» (STC 229/92, de 14 de diciembre, entre otras). Quedó así solventada la adecuación de las medidas de acción positiva a nuestro texto constitucional²⁰⁹.

Ya entrando en la LOI, por acciones positivas entendemos las «medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso» (art. 11.1 LOI). Estas medidas de carácter preferencial, impuestas temporalmente, tratan de alcanzar la igualdad real y sustancial respecto el resto de la sociedad, de un colectivo que tradicionalmente ha sido objeto de un trato discriminatorio, tal y como ocurre con el género femenino a día de hoy²¹⁰.

En el acceso al empleo, los procesos de selección de personal y la contratación nos interesa especialmente la modificación que ha efectuado la LOI en el art. 17 ET, añadiendo un cuarto punto que señala lo siguiente: «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate». Este precepto mantiene una directa relación con el art. 43 LOI que permite, mediante la negociación colectiva, establecer medidas de acción

²⁰⁹ Pueden verse también las SSTC 128/1987, de 16 de julio, 166/1988, de 26 de septiembre, 19/1989, de 31 de enero, 145/1991, de 1 de julio, 5/1992, de 16 de enero, 28/1992, de 9 de marzo, 3/1993, de 14 de enero, 109/1993, de 25 de marzo, 269/1994, de 3 de octubre y 16/1995, de 24 de enero, entre otras.

²¹⁰ FABREGAT MONFORT, G.: *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 19.

positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.

Por lo tanto, lo primero que hay que indicar es que la adopción de este tipo de medidas por parte del empresario es voluntaria: se podrá negociar o no con los representantes de los trabajadores. En segundo lugar, de adoptarse dichas medidas de acción positiva, estas deberán ser razonables, proporcionadas y temporales, a tenor de lo dispuesto en el art. 11 LOI. Finalmente, deben dirigirse a favor de un colectivo como tal y no a una persona en particular²¹¹.

Nótese que el nuevo art. 17.4 ET coincide con la doctrina jurisprudencial comunitaria²¹², que ya había establecido la licitud de las acciones positivas que favorezcan a las mujeres en materia de acceso al empleo en sectores en las que estuvieran infrarrepresentadas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos²¹³.

En primer lugar, que la medida no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos.

En segundo lugar, que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos

Y en tercer lugar, que no se utilicen métodos de selección de personal desproporcionados, que otorguen una preferencia absoluta al sujeto perteneciente al colectivo infrarrepresentado, frente a otro candidato que objetivamente (por mayores méritos) y en caso contrario, hubiera sido designado para el puesto.

²¹¹ FABREGAT MONFORT, G.: *Las medidas de acción...*, op. cit., p. 25.

²¹² SSTJUE de 17 de octubre de 1995, C-450/93, asunto Kalanke; de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, asunto Marschall; de 28 de marzo de 2000, C-158/97, asunto Badeck; de 6 de julio de 2000, C-407/98, asunto Abrahamsson; de 30 de noviembre de 2004, C-319/03, asunto Briheche, entre otras.

²¹³ Seguimos en este punto a PURCALLA BONILLA, M.A.: «Igualdad de trato...», op. cit., p. 12. Un análisis similar en LÓPEZ BALAGUER, M.: «El principio de...», op. cit., p. 91-92 y en PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de...», op. cit., p. 299.

3.3.- La discriminación por razón de edad en el acceso al empleo.

El establecimiento por parte del empresario de una edad mínima o máxima para el acceso a un puesto de trabajo constituye con relativa frecuencia un requisito para los candidatos, constatable incluso en las propias ofertas de empleo, junto con la experiencia requerida, el nivel de estudios mínimos, etc.

Los motivos que tiene el empresario para adoptar estas medidas son variados. El hecho de exigir una edad máxima impide «la incorporación a determinadas profesiones de quienes han superado cierta edad, sin perjuicio, por supuesto, de que una vez contratados el cumplimiento de la edad prevista en la norma no produzca ningún efecto en lo que a la permanencia en el puesto de trabajo se refiere»²¹⁴. El empresario intentaría así rentabilizar al máximo el proceso de adaptación del trabajador a la lógica organizativa de la empresa y amortizar las inversiones formativas realizadas. En el sentido apuntado, para cubrir determinados puestos de trabajo podría resultar un prejuicio contratar a un trabajador de edad próxima a la jubilación, no así en el caso de trabajos temporales o de baja cualificación. Precisamente en otras ocasiones las decisiones empresariales de contratar trabajadores relativamente jóvenes pueden constituir discriminaciones prohibidas por nuestro ordenamiento. Pensemos, por ejemplo, en un empresario que oferta puestos de trabajo únicamente para menores de 30 años con el fin de mantener una plantilla joven, por motivos puramente estéticos o porque considera que tienen menos cargas familiares y se reduce así el absentismo en la empresa.

Si bien el art. 17.1 ET entiende nulas y sin efecto las decisiones unilaterales que den lugar en el empleo, a situaciones de discriminación directa o indirecta «desfavorables por razón de edad», tal afirmación debe matizarse según lo dispuesto por la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Así, en su art. 4.1 se establece que «una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1», entre ellos la edad, «no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional

²¹⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La edad máxima como límite para el acceso a la función pública», ref. BIB 2005\2009, Westlaw-Aranzadi, p.3.

concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado»²¹⁵. Y a su vez el art. 6 considera que no existe discriminación por razón de edad cuando el distinto trato esté justificado «objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». Se aceptan así las diferencias de trato consistentes en «a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación»²¹⁶.

Como se puede comprobar por las múltiples excepciones citadas, la protección del trato discriminatorio por razón de edad resulta menor que, por ejemplo, la que se dispensa por razón de sexo²¹⁷.

Un ejemplo de ello sería la reciente STJUE de 12 de enero de 2010, C-229/08, asunto Wolf, que permite fijar en 30 años la edad máxima de acceso a la profesión de bombero, pues considera que esta medida «es adecuada para lograr el objetivo consistente en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales» y «no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo». Justifica esta medida en virtud del art. 4.1, sin entrar a valorar lo dispuesto en el art. 6,

²¹⁵ Transpuesto literalmente mediante el art. 34.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

²¹⁶ También cabe la posibilidad de que «la presente Directiva no se aplique a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad» (art. 3.4).

²¹⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 58 y ss.

ambos antes mencionados. Entiende el tribunal que la edad viene estrechamente relacionada con la capacidad física, y por lo tanto un bombero no puede realizar todas las funciones que se le requieren cuando alcanza los 50 años, por lo que habitualmente pasan a desempeñar tareas de menor exigencia física. Se afirma pues que «el funcionario contratado antes de cumplir los 30 años, dado que por lo demás deberá seguir una formación de dos años de duración, podrá ser destinado a dichas tareas durante un período mínimo de entre 15 y 20 años. Por el contrario, si es contratado a la edad de 40 años, dicho período será como mucho de entre 5 y 10 años. Una contratación a edad avanzada tendría como consecuencia que un número demasiado elevado de funcionarios no podría ser destinado a las tareas más exigentes desde un punto de vista físico. Asimismo, tal contratación no permitiría que los funcionarios contratados de este modo estuvieran destinados a las citadas tareas durante un período de tiempo suficientemente largo»²¹⁸.

A nuestro entender, la capacidad física de un candidato no puede ser valorada exclusivamente por la edad que este haya alcanzado, pues si bien es cierto que conforme pasan los años la persona pierde capacidad física, especialmente si su trabajo la somete a esfuerzos elevados, esta pérdida de aptitudes no se produce en todas las personas por igual. Depende así de las circunstancias de la propia persona, de si sigue un entrenamiento constante a través de los años, de factores genéticos, de sus hábitos alimenticios, de las propias condiciones de trabajo, etc. La capacidad de esfuerzo físico de un candidato debe medirse mediante reconocimientos médicos y pruebas de aptitud física y no asimilando directamente la edad y la condición física. Piénsese que la radical exclusión de la mujer del acceso a aquellos trabajos, que objetivamente exigen para su correcto desenvolvimiento un elevado esfuerzo físico, es inaceptable a la luz del art. 14 CE, tal y como ya se señaló en la STC 198/1996, de 3 de diciembre. De este modo, se debe «valorar individualizadamente la idoneidad de cada candidato para el adecuado cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo». De ahí viene que se considere como discriminatoria la oferta de empleo referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico (art.

²¹⁸ En la reciente STS de 21 de marzo de 2011 (RJ\2011\2405), relacionada con la edad máxima de acceso al Cuerpo Nacional de Policía, se ha dictaminado que los criterios únicamente aceptados para establecer una determinada edad máxima de acceso son los que vengan justificados en virtud de los intereses públicos.

22bis.2 LE). Los mismos argumentos opinamos que sirven para proteger a los candidatos de conductas discriminatorias por razón de edad.

No lo ha entendido así tampoco nuestra jurisprudencia, pues permitió establecer una edad máxima de 25 años (amén de otros requisitos físicos) para el acceso a puestos de auxiliar de vuelo en una empresa de transporte aéreo (STS de 27 de diciembre de 1999 (RJ\1999\10091)). Se dijo en aquel supuesto que «es perfectamente justificable la decisión empresarial de tratar de rejuvenecer la plantilla de auxiliares de vuelo, actividad que requiere notoriamente unas condiciones psicofísicas especiales, dada la singular naturaleza de la actividad aérea, derivada del medio y condiciones en que se lleva a cabo; el propio XII Convenio Colectivo de la empresa, consciente de esas particularidades que acortan la vida laboral del trabajador, establece en el Anexo 2 D) las condiciones de cese optativo en vuelo de los tripulantes de cabina de pasajeros, en las que se contempla la posibilidad de que con 15 años de servicio al cumplir 40 años de edad, causen baja indemnizada en la empresa o pasen a prestar servicios en tierra. Las referidas condiciones del trabajo a llevar a cabo, los desplazamientos, los cambios horarios, la atención al pasaje en todas sus facetas, incluso las que se refieren a situaciones de emergencia o catástrofe, hacen que el requisito de edad constituya una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable, lo que le priva del carácter discriminatorio»²¹⁹. Como bien argumentan GALIANA MORENO y CÁMARA BOTÍA, en este caso el empresario debería demostrar que nadie mayor de 25 años puede desempeñar el trabajo, algo imposible, pues la misma sentencia admite que la media de edad es de 40 años, amén de que la intención de rejuvenecer la empresa choca con la barrera antidiscriminatoria de los art. 14 CE y 17.1 ET, puesto que no existe otro valor constitucionalmente tan elevado que ampare esa exclusión de los mayores de 25 años²²⁰.

Finalmente, debemos traer a colación la STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2006 (JUR\2007\58878) en la que no se considera justificado como requisito para un

²¹⁹ Un caso similar sería el de la STSJ de Islas Baleares de 23 de junio de 1997 (AS\1997\2403), que consideró que una limitación de edad de 40 años para el acceso a un puesto de estibador está justificada porque «se trata de una actividad penosa y con cierta peligrosidad» y porque «legalmente esté prevista dicha actividad profesional como una de las que tienen bonificación por edad a efectos de la prestación de jubilación». En nuestra opinión es esta última la razón que justifica el requisito de edad máxima en virtud de lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE.

²²⁰ GALIANA MORENO, J.M. y CÁMARA BOTÍA, A.: «Igualdad y no...», op. cit., p. 355.

puesto de trabajo «de máxima responsabilidad» el tener una edad comprendida entre los 35 y los 45 años. El empresario consideraba «que es requisito indispensable y fundamental para ocupar el cargo ofrecido la experiencia de la persona a seleccionar y sobretodo su madurez personal, estabilidad emocional y trayectoria profesional». El tribunal, con buen acierto, determina que nos encontramos ante una conducta discriminatoria por razón de edad ya que «no se infiere que las funciones normales a desempeñar por el puesto requerido según el informe aportado por la propia recurrente- no puedan ser ejercidas normalmente por personas con edades inferiores o superiores al tramo de edad comprendido entre los 35 y 45 años». Nuevamente entendemos que el empresario cae en estereotipos similares a los casos mencionados que relacionan directamente edad (o sexo femenino) con esfuerzo físico. La experiencia profesional debe evaluarse por el tiempo que el candidato pasó en puestos de trabajo anteriores con funciones similares a las requeridas por el puesto al que se opta, sin tener en cuenta la edad del candidato en sí misma. También la estabilidad emocional o la madurez personal pueden evaluarse mediante una entrevista de selección o un test de personalidad, pero en ningún caso pueden vincularse directamente a unas edades en concreto.

3.4.- La discriminación en el acceso al empleo derivada del ejercicio de derechos fundamentales.

El art. 17.1 ET establece que «serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación»²²¹. Se busca de este modo proteger al trabajador que ejercita su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 23.1 CE). El precepto concreta

²²¹ En similar sentido se expresa el art. 18.3 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad: «Se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades». Por su parte, el art. 9 LOI establece que «también se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres».

la garantía de indemnidad, doctrina que «se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (...) de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (...) ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo»²²².

Por lo tanto, pueden considerarse como discriminatorias las conductas o decisiones que perjudiquen al trabajador por el mero ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas. Esto es así puesto que la discriminación derivada del ejercicio de derechos fundamentales se incluye en la cláusula de cierre del art. 14 CE («cualquier otra condición o circunstancia personal o social») al haberse señalado por nuestra jurisprudencia la «prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE» (STC 108/1989, de 8 de junio). Baste recordar que el art. 14 CE no contiene una lista cerrada de supuestos de discriminación (SSTC 75/1983, de 3 de agosto y 161/2004, de 4 de octubre), teniendo siempre en cuenta que, si bien las causas de discriminación no constituyen *numerus clausus*, tampoco cabe todo, pues debe tratarse de causas de grave antijuricidad, situaciones consolidadas de carácter personal o social no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (art. 10 CE)²²³.

¿Cabe aplicar esa garantía de indemnidad en los momentos previos a la contratación? En principio se ha venido aplicando esa posibilidad en casos de denuncia de contrato de duración determinada. Así, trabajadores que habían reclamado administrativa o judicialmente contra la empresa ven como su contrato temporal no se

²²² STC 87/2004, de 10 de mayo, por todas.

²²³ MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones Empresariales y...*, op. cit., p. 178. El autor cita en ese sentido el intento infructuoso de tutela antidiscriminatoria en base a «circunstancias o motivos sociales» o «política», por la pertenencia del trabajador a la banda terrorista ETA (STS de 28 de febrero de 1990 (RJ\1990\1247)).

renueva como represalia por llevar a cabo dichos actos legítimos²²⁴. La decisión se enmascara mediante una legítima decisión empresarial, sin embargo el ejercicio de las facultades del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (SSTC 66/2002, de 21 de marzo y 87/2004, de 10 de mayo). Frente a esta solución se han alzado voces discrepantes como la de GARCÍA FERNÁNDEZ, para quien resulta una afrenta al sentido común «que se obligue a una empresa privada a “seleccionar” como personal idóneo a aquel con el que ha mantenido un contencioso judicial»²²⁵.

Como hemos visto, la literalidad del art. 17.1 ET y la jurisprudencia mencionada se centran en supuestos en que el trabajador que reclama forma parte de la empresa o ha formado parte en el pasado. A nuestro entender la garantía de indemnidad puede proteger también a candidatos inmersos en procesos de selección de personal. Se trataría de casos en que el candidato reclamó frente a antiguos empleadores y esa conducta ha llegado a oídos del empresario seleccionador. El empresario podría pensar que se encuentra ante un futuro trabajador «molesto» o «reivindicativo» y rechazarlo por ese motivo, en definitiva, discriminarlo por haber ejercitado sus derechos fundamentales con anterioridad frente a otros empresarios. Pensemos que este razonamiento del empresario seleccionador es similar al que pueda tener frente a un candidato que esté afiliado a un sindicato. No es descabellado suponer que una persona que se afilia a un sindicato revela un mínimo interés en la defensa de los derechos de los trabajadores, por lo que puede resultar igualmente «molesto» para un empresario que tiene tendencias discriminadoras. Si está prohibida la discriminación por afiliación sindical en el acceso al empleo, ¿por qué no habría de estarlo la discriminación por haber ejercitado en anteriores empresas el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva?

Quizás lo enjuiciado por la STJUE de 22 de septiembre de 1998, C-185/97, asunto Coote, disipe las dudas que puedan quedar al respecto de nuestra postura. La resolución obliga a los Estados miembros (en el caso enjuiciado, al Reino Unido) a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar una protección jurisdiccional al trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la

²²⁴ «La pretendida represalia por el ejercicio de las acciones judiciales se habría materializado impidiendo el acceso de la trabajadora a un nuevo contrato de trabajo, posterior a aquel en relación con el cual se ejercieron las acciones judiciales» (STC 84/2004, de 10 de mayo).

²²⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Autonomía individual y...», op. cit., p. 48.

relación laboral (despido a causa de embarazo de la trabajadora), se niega a proporcionar referencias (en el caso, a dos agencias de colocación) como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva 76/207/CE²²⁶. De no existir dicho mandato, cualquier empresario podría perjudicar como represalia a un antiguo trabajador de cara a conseguir un nuevo empleo o a superar un proceso de selección de personal. La protección frente a la discriminación por ejercicio de los derechos fundamentales debe operar también frente a nuevos empresarios contratantes.

4.- La garantía de la dignidad del candidato.

4.1.- Dignidad y procesos de selección.

Durante los procesos de selección de personal es cuando más pueden producirse atentados contra la dignidad del candidato en forma de conductas del empresario que resulten inadecuadas por insultantes o denigrantes²²⁷. La propia CE afirma que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE).

Así, se ha entendido la dignidad como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, llevando consigo la pretensión de respeto por parte de los demás (STC 53/1985, de 11 de abril). Por lo tanto, la existencia de la dignidad implica la prohibición de tratos vejatorios y degradantes o el derecho a no sufrir humillaciones (STC 57/1994, de 28 de febrero, entre otras). Se estima que la dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de ideas y de creencias (art. 16 CE), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art.18.1 CE)²²⁸.

²²⁶ PURCALLA BONILLA, M.A.: «Igualdad de trato...», op. cit., p. 14.

²²⁷ AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.): *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 225.

²²⁸ STC 53/1985, de 11 de abril. Véase también OJEDA AVILÉS, A. e IGARTÚA MIRÓ, M.T.: «La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes», RMTAS, nº 73, 2008, p. 147 y ss.

Durante los procesos de selección de personal podemos encontrar ataques a la dignidad de los candidatos en diferentes supuestos²²⁹: cuando se le somete a pruebas ofensivas o denigrantes, en las que se le exijan comportamientos humillantes o inadecuados; cuando se le somete a la prueba del polígrafo o detector de mentiras; cuando, como hemos indicado, se realizan averiguaciones no directamente relacionadas con el puesto de trabajo a cubrir; cuando se producen menosprecios al candidato durante las entrevistas de trabajo, o si estas se desarrollan en un ambiente jocoso generalizado o bajo una fuerte presión.

La falta de información al candidato sobre las condiciones en que va a llevarse a cabo el proceso también se ha entendido como un ataque a su dignidad y un incumplimiento del deber de buena fe. Asimismo, deben respetarse los horarios establecidos y el orden de las diferentes pruebas, evitarse esperas desproporcionadas, etc. Al finalizar las diferentes partes del proceso de selección los informes valorativos de los candidatos deben redactarse de una manera considerada.

Como ya se ha comentado con anterioridad, a la hora de obtener informaciones profesionales (o privadas si el puesto lo requiere) sobre el candidato por parte de terceros, debemos solicitarle su consentimiento, pero además se debe informar de que se va a llevar a cabo este tipo de actuación al inicio del proceso, mejor incluso si se indica en el propio anuncio de la oferta de trabajo. A nuestro entender, debe incluirse una cláusula que indique que todos los datos aportados por el candidato serán verificados y ampliados mediante una investigación del mismo o solicitándose datos a terceras personas, todo ello con la finalidad de valorar correctamente su aptitud profesional para el puesto.

Siguiendo con la misma cuestión, los terceros que informen sobre el candidato deben hacerlo con el debido respeto y consideración, sin caer en descalificaciones o falsedades de ningún tipo, pues el art. 7.7 LO 1/1982 considera como intromisión ilegítima «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». A este respecto,

²²⁹ Seguimos en este punto a AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.): *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 225 y ss.

debemos señalar que la difusión de hechos relativos a la actividad profesional de una persona constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor solamente cuando exceda de la libre crítica a la labor profesional y la haga desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona, es decir, que se precisa la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional (STS de 21 de julio de 2008 (RJ\2008\4489). Por lo tanto «el no ser en la consideración de un tercero un buen profesional o el idóneo para realizar determinada actividad no siempre es un ataque contra el honor del así considerado» (SSTC 223/1992, de 14 de diciembre, 180/1999, de 11 de octubre y 282/2000, de 27 de noviembre).

4.2.- El acoso al candidato durante el proceso de selección.

El art. 4.2 e) ET establece el derecho de los trabajadores «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo». Si bien se habla de trabajadores, entendemos que quedan protegidos frente a cualquier tipo de acoso también los candidatos durante el proceso de selección de personal. Así resulta de la interpretación del art. 8.13 y 13 bis LISOS, cuando califica como infracción muy grave al acoso «cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial», facultades que incluyen la selección y contratación de trabajadores como hemos indicado anteriormente en el capítulo I. En cualquier caso en diversa normativa, a la hora de definir el acoso, se habla de un «entorno», sin especificar que este deba ser necesariamente de índole laboral²³⁰.

Existen diferentes tipologías de acoso que pueden incidir de forma diferente en la persona que opta a un puesto de trabajo.

²³⁰ Véase el art. 7 LOI y el art. 2 de la Directiva 2006/54/CE. Precisamente el Considerando Sexto de esta última norma afirma que el acoso se produce «no solo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto de acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción», y que, por consiguiente, debe ser prohibido y sancionado.

4.2.1.- El acoso sexual de intercambio o chantaje sexual.

Consiste la conducta en solicitar favores sexuales del candidato a cambio de que este obtenga ventajas durante el proceso de selección o directamente acceda al puesto de trabajo ofertado, es decir, se condiciona el acceso al empleo a la aceptación o realización de un acto de contenido sexual²³¹. No se nos escapa que un aspirante a un empleo se encuentra en una situación especialmente vulnerable frente a este tipo de acoso. El sujeto acosador puede ser el empresario o el seleccionador de personal, este último ya pertenezca a la propia empresa, ya a una empresa de selección o ETT²³². Este parece ser el tipo de acoso que más posibilidades tiene de producirse durante los estadios previos a la contratación del trabajador. El art. 7.4 LOI lo califica también como acto discriminatorio²³³.

4.2.2.- El acoso sexual ambiental.

Una segunda tipología de acoso sería el acoso sexual ambiental, más complejo que el anterior, consistente en «un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante» (STC 224/1999, de 13 de diciembre)²³⁴. Decimos que resulta más complejo porque la jurisprudencia citada ha entendido que debe contener los siguientes elementos: debe exteriorizarse una conducta por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado (en actos, gestos o palabras), comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en

²³¹ PEÑACOBIA RIVAS, E.: «Sobre la prueba de acoso sexual en procesos por despido», ref. BIB 2012\76, Westlaw-Aranzadi, p. 2. La STC 224/1999, de 13 de diciembre, habla de «acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario».

²³² El art. 8.13 LISOS habla de «cualquiera que sea el sujeto activo de la misma».

²³³ «El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

²³⁴ La Directiva 2006/54/CE define el acoso sexual en su art. 2 como «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». El art. 7.1 LOI lo define de forma similar como «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo».

elemento importante del concepto. Y se añade que «ese carácter hostil no puede depender tan solo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o solo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo».

En el caso de un proceso de selección el ambiente no es puramente laboral, pero entendemos que pueden llegar a crearse las condiciones para que podamos hablar de un ambiente hostil, desagradable u opresivo durante una simple entrevista de trabajo, durante el desarrollo de las pruebas de aptitud o en cualesquiera otras fases del proceso de selección si las hubiera. Pensemos en conductas como bromas y comentarios sobre la apariencia o condición sexual del candidato; preguntas de índole sexual durante la entrevista; contacto físico deliberado y no solicitado o un acercamiento físico excesivo o innecesario; comportamientos que busquen la vejación o humillación de la persona por su condición sexual; etc.²³⁵ Todas esas acciones (verbales, no verbales o físicas) pueden ser realizadas durante un proceso de selección de personal, aunque la gravedad de las mismas podrá ser mayor o menor. Destacar también que el rechazo de la conducta por parte de la víctima no tiene porque ser expresa y directa, sino que es suficiente que se infiera de los hechos que las atenciones sexuales no son deseadas por la víctima (STC 224/1999, de 13 de diciembre).

4.2.3.- El acoso discriminatorio.

Esta tipología se ha construido a partir de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, traspuestas en este punto al art. 4.2 e) ET y al art. 28 Ley 63/2003, que define el acoso discriminatorio como «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar

²³⁵ PEÑACOBIA RIVAS, E.: «Sobre la prueba...», op. cit., p. 3.

contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo». A las causas mencionadas debe añadirse el sexo en virtud del art. 2 Directiva 2006/54/CE, del art. 7.2 LOI y del art. 4.2 e) ET. Además dichas conductas se consideran siempre actos discriminatorios (art. 28.2 Ley 63/2003 y art. 7.3 LOI)²³⁶. En definitiva, se viene a formular una declaración legal de que el acoso, con independencia de que pudiera constituir una violación de un derecho fundamental relacionado con la dignidad de la persona del candidato (derecho al honor, derecho a la intimidad, derecho a la integridad moral, derecho a la no discriminación), es en sí mismo una forma de discriminación, por lo que se está estableciendo un nexo de conexión legal entre acoso y discriminación²³⁷.

Durante un proceso de selección puede darse este tipo de acoso, pues ya hemos visto que no faltan en este momentos propicios para intimidar, humillar u ofender a un candidato en atención a su sexo, raza, edad, discapacidad, etc.

4.2.4.- El acoso moral o psicológico.

Este tipo de acoso no se ha definido ni mencionado en la normativa laboral aunque sí se ha estipulado la protección frente a él en el art. 14 h) EBEP²³⁸, si bien sin aportar una definición concreta, como por el contrario hemos visto que sucede en el caso del acoso sexual o el acoso discriminatorio. Por acoso moral, psicológico o laboral (o *mobbing* en la terminología anglosajona) se entiende la «situación en la que una persona (o en raras ocasiones un grupo de personas) ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo»²³⁹. Una vez

²³⁶ La STC 224/1999, de 13 de diciembre, ya señaló que el acoso «también presenta con frecuencia un trasfondo de discriminación (normalmente, de la mujer) y, por tanto, una vulneración del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual».

²³⁷ RIVAS VALLEJO, M.P.: *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 57.

²³⁸ El empleado público tiene así derecho al «respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral» (art. 14 h) EBEP).

²³⁹ Definición de LEYMANN recogida por la Nota Técnica de Prevención nº 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y citada junto a otras por CAMAS RODA, F.: «Un empuje a la

determinado que nos encontramos ante conductas que se producen durante la relación laboral y que van ligadas a la organización del trabajo y la gestión de los conflictos por parte de los superiores²⁴⁰, pasamos a preguntarnos ¿cabe la posibilidad de que este tipo de acoso se produzca también durante un proceso de selección?

En principio, podríamos sustituir la finalidad mencionada de que un trabajador acosado abandone la empresa voluntariamente por el abandono del candidato, en este caso, de un proceso selectivo de personal. Es decir, se trataría de un supuesto en el que un seleccionador²⁴¹ u otro candidato, emplearan una violencia psicológica contra un aspirante, con el fin de que renunciara a continuar el proceso a causa de la presión ejercida sobre él²⁴².

Atendiendo a los criterios configuradores de este tipo de acoso, en especial al ámbito temporal (la frecuencia de la conducta acosadora), parece harto difícil que pueda llegar a producirse una situación de violencia psicológica hacia un candidato durante un proceso selectivo. Si tomamos como referencia la conducta acosadora reiterada una vez por semana durante al menos seis meses, llegamos a la conclusión de que no parece probable que un proceso de selección de personal se alargue tanto tiempo, o que se dé un número tan elevado de ocasiones en que los ataques contra el candidato puedan

protección completa del trabajador ante situaciones de acoso moral mediante la imposición a la empresa del recargo de prestaciones: un comentario a la Sentencia núm. 7682/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 15 de octubre de 2008», ref. BIB 2009\567, Westlaw-Aranzadi, p. 3. Para diferentes definiciones jurisprudenciales véase la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 20 de marzo de 2003 (AS\2003\2791), la STSJ de Aragón, de 30 junio de 2003 (AS\2003\2227), la STSJ de Castilla-La Mancha, de 22 de mayo de 2003 (JUR\2003\246250), la STSJ de Murcia de 23 de junio de 2003 (AS\2003\2129) y la STSJ del País vasco, de 14 de mayo de 2002 (AS\2002\2457), todas citadas por RIVAS VALLEJO, M.P.: *Violencia psicológica en...*, op. cit., p. 37-39.

²⁴⁰ Así lo ha indicado la Nota Técnica de Prevención nº 476, al señalar que «estas conductas se ven favorecidas en organizaciones con un método de trabajo y producción con una organización extremadamente pobre, con ausencia de interés y apoyo por parte de los superiores, con ausencia de relación con éstos, con la existencia de múltiples jerarquías, con cargas excesivas de trabajo debido a escasez de la plantilla o mala distribución de la misma, con una deficiente organización diaria del trabajo, con la existencia de líderes espontáneos no oficiales, con un trabajo con bajo contenido, con conflictos de rol, con flujos pobres de información, con estilos de dirección autoritarios, etc...». Disponible en http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp_476.pdf, consultado el 13/10/2012.

²⁴¹ Entendemos que el seleccionador no tiene la capacidad de decidir la contratación final del candidato, pues de ese modo no necesitaría emplear ningún tipo de violencia contra el aspirante: bastaría únicamente con excluirlo del proceso de selección en el momento en que lo decidiera. Estamos pensando más en seleccionadores que forman parte de un tribunal calificador o que llevan a cabo alguna parte del proceso como entrevistas, pruebas de aptitud, etc., pero que carecen de la facultad empresarial de contratar.

²⁴² Aunque las motivaciones del acosador pueden ser de lo más variadas: la simple antipatía, luchas de poder entre representantes de los trabajadores, represalias o la pura satisfacción de las inclinaciones psicópatas del acosador MARTÍN VALVERDE, A. et al: *Derecho del Trabajo*, 19ª ed, Tecnos, Madrid, 2010, p. 650.

llevarse a cabo. Pero de lo que no nos cabe duda es de que son perfectamente encuadrables dentro de un proceso de selección la mayoría de los comportamientos hostigadores tipificados por la doctrina más autorizada²⁴³: realización de comentarios injuriosos contra el candidato, ridiculizándolo o riéndose públicamente de él, de su aspecto físico, de sus gestos, de su voz...; encomendándole rellenar cuestionarios repetitivos con sus datos personales y profesionales; estableciendo pruebas de aptitud que resulten monótonas o inútiles, etc.; haciendo un uso hostil de la comunicación, tanto explícitamente (amenazándole, criticándole o reprendiéndole acerca de temas referentes a su vida privada o profesional) como implícitamente (no dirigiéndole la palabra, ignorando su presencia,...), etc. No obstante, y como bien ha indicado recientemente la STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2011 (AS\2011\1775), debe distinguirse entre lo que propiamente es el hostigamiento psicológico y el defectuoso ejercicio, por abusivo o arbitrario, de las facultades empresariales. En el primero se aprecia intención de perjudicar a la persona y en el segundo prima el interés (mal entendido) empresarial.

De este modo, los criterios objetivos de violencia psicológica extrema y los criterios subjetivos de intencionalidad que configuran el acoso moral o psicológico tienen cabida en una fase precontractual. Pero la falta del criterio temporal, entendido como una reiteración y frecuencia determinada de la conducta acosadora, hace muy difícil que pueda producirse esta tipología de acoso durante esta fase. En efecto, existe unanimidad en la doctrina judicial que apunta a la exclusión del concepto «acoso» cuando no puede observarse reiteración prolongada en el tiempo de actos que encierran esa finalidad hostigadora o que, concatenados, sean suficientemente indiciarios de que se ha perpetrado un plan predeterminado de hostigamiento contra una víctima²⁴⁴.

²⁴³ LEYMANN enumera hasta 45 actitudes y comportamientos hostigadores de diversa naturaleza. Véase al respecto la lista de la Nota Técnica de Prevención nº 476.

²⁴⁴ RIVAS VALLEJO, M. P.: *Violencia psicológica en...*, op. cit., p. 36-37.

CAPÍTULO III: VÍAS EXTERNAS DE SELECCIÓN DE PERSONAL

1.- Diferenciación entre colocación, intermediación y selección.

A la hora de estudiar las vías externas de las que se puede valer una empresa para seleccionar a sus trabajadores, debemos entrar necesariamente en la diferenciación de actividades que realizan ciertos sujetos, relacionadas en mayor o menor medida con la selección. Se trata de actuaciones similares e incluso complementarias a los procesos de selección de personal que pueden constituir la antesala del mismo o englobarlo en su interior. Podemos referirnos así a la colocación, la intermediación o la selección.

El término «colocación» define el fin y la totalidad del proceso por el que una persona obtiene un empleo y puede incluir labores informativas y de conexión con las ofertas empresariales existentes, la intervención de un tercero en dicha conexión, la formación y orientación profesional de desempleados, la selección de personal, etc.²⁴⁵ Así, el proceso de colocación finalizaría cuando el trabajador es efectivamente contratado²⁴⁶.

El término «intermediación», que a menudo ha sido utilizado como sinónimo de «colocación», ha sido definido recientemente por el art. 20.1 LE como «el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación». Continúa el precepto indicando que la finalidad de la intermediación es «proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades». Nótese que las palabras empleadas son casi las mismas que se utilizaron en la anterior Ley Básica de Empleo de 1980 para definir la política de colocación²⁴⁷, no en vano hemos indicado anteriormente la

²⁴⁵ AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.): *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 104.

²⁴⁶ El término colocación también se refiere al acto o momento puntual de acceso o ingreso en una empresa u organización de trabajo para la prestación en la misma de trabajo asalariado, SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 4, quien distingue a continuación entre el «proceso de colocación», la «política de colocación» y la «actividad de colocación».

²⁴⁷ Se definía en su art. 38 como «las acciones tendentes a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas».

confusión habitual de los términos intermediación-colocación. La intermediación forma parte del proceso de colocación y además es la fase a la que más importancia ha otorgado la diferente normativa, de ahí su mayor regulación y la consecuencia de que haya prevalecido su uso frente al término «colocación». La reforma laboral operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ha permitido que se considere también como intermediación laboral «la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación» (art. 20.2 LE). La intermediación puede realizarse únicamente mediante los servicios públicos de empleo, las entidades colaboradoras de los mismos, las agencias de colocación autorizadas y los servicios para los trabajadores en el exterior. En este sentido, la reciente Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha modificado la LETT permitiendo a las empresas de trabajo temporal «actuar como agencias de colocación cuando cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo» (art. 1 LETT)²⁴⁸.

Finalmente, la «selección» comprende una de las fases finales del proceso de colocación en la que se evalúa la aptitud profesional de los candidatos que se han presentado al puesto de trabajo ofertado por una empresa. Es esta «la única actividad que parece tener una entidad tal de hacer factible su presentación de modo autónomo y diferenciado»²⁴⁹. La actividad de selección queda entonces diferenciada de la actividad de colocación por cuanto la primera se despliega una vez se ha producido la conexión entre oferta y demanda de trabajo, situación que puede haberse producido a través de la actuación de un intermediario o por otros cauces. De este modo, podemos diferenciar también la selección de trabajadores de la intermediación en el mercado laboral, pues esta última se limita a presentar al empresario oferente, o a los seleccionadores que actúen en su nombre, las personas que, respondiendo a las directrices recibidas por el

²⁴⁸ En un principio el RDL 3/2012 únicamente les exigía la presentación de una declaración responsable mediante la cual manifestasen que cumplían con esos requisitos.

²⁴⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo», en AAVV (coord. MONEREO PÉREZ, J.L.): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y la salud laboral. XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Universidad de Granada, Granada, 1996, p. 232.

propio oferente, están interesadas en la oferta de trabajo²⁵⁰. Por lo tanto, puede darse el caso de que en la colocación no se produzca ni intermediación laboral ni selección de trabajadores o, por el contrario, producirse ambas actividades o una sola de ellas.

El proceso de selección de personal puede ser llevado a cabo por el propio empresario o, más frecuentemente, por los trabajadores que tiene destinados a estas funciones (miembros de los departamentos de recursos humanos, técnicos de selección, etc.). No obstante, muchos empresarios optan por externalizar este tipo de actividades mediante el uso de empresas especializadas en selección de personal, ya sea por motivos económicos o estructurales, o por la dificultad de encontrar personal adecuado a las características de la empresa. En este capítulo estudiaremos los diferentes tipos de empresas de las que se puede valer el empresario para seleccionar a sus trabajadores. En ocasiones, veremos que estos operadores realizan, además de la selección de trabajadores, actividades relacionadas, como por ejemplo: la intermediación, la recolocación, la publicación de ofertas de trabajo, la obtención de información sobre los candidatos, etc., conformando un auténtico «mercado de empleo caótico» y moviéndose algunos de ellos en el «cenagoso terreno de la anomia o la autorregulación»²⁵¹.

2.- Las agencias de colocación.

2.1.- De la intermediación a la selección.

Las agencias de colocación estuvieron proscritas en nuestro ordenamiento hasta la reforma del mercado de trabajo de 1994, siendo la actividad de intermediación hasta ese momento únicamente lícita cuando la ejercía el servicio público de empleo estatal²⁵². Con la nueva normativa se admitieron las agencias de colocación de carácter no lucrativo²⁵³, con obligación de someterse a una autorización administrativa y suscribir a su vez un convenio de colaboración, amén de otros requisitos y controles

²⁵⁰ AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.): *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 157.

²⁵¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El Derecho Social ante la crisis», AS, Vol. I, nº 19, 2009, p. 26.

²⁵² Sobre los abusos históricos que motivaron su prohibición véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «El proceso de colocación: intervencionalismo público e iniciativa privada», en AAVV (coord. ALARCÓN CARACUEL, M.R.): *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 15.

²⁵³ Paradójicamente, sin garantizar la gratuidad para el trabajador de las agencias privadas no lucrativas, y además, se suprimió la obligación legal de solicitar trabajadores en la oficina de empleo, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación», RL, Tomo I, 2011, p. 32.

regulados mediante el derogado RD 735/1995, de 5 de mayo. Precisamente la existencia de ese convenio de colaboración y el necesario carácter no lucrativo, es lo que ha impedido un funcionamiento autónomo y dinámico de estas agencias de colocación y ha sido la razón principal de su fracaso, según RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER²⁵⁴. Se llegó a afirmar rotundamente por la doctrina más autorizada que era «casi inexistente la concesión de autorizaciones para realizar la actividad de colocación bajo la fórmula jurídica de Agencias de Colocación sin fines lucrativos» por lo que, en la práctica, no se estaba aplicando el RD 735/1995 antes mencionado²⁵⁵. En efecto, los vehículos para casar oferta y demanda, con todas las imperfecciones que se quieran destacar, continuaron siendo las relaciones personales en primer lugar y los medios de comunicación, incluyendo Internet, en segundo término²⁵⁶. Aún es más: mientras la normativa prohibía las agencias de colocación con ánimo de lucro, el mercado de trabajo estaba plagado de entidades que, sin poderse denominar legalmente agencias de colocación, ejercían funciones pertenecientes a la actividad de la intermediación laboral, bajo la mirada cómplice, o al menos tolerante, del poder público²⁵⁷.

La reforma laboral llevada a cabo mediante la Ley 35/2010 ha permitido la entrada en la actividad de intermediación a las agencias de colocación con fines lucrativos, suprimiéndose así el monopolio de los servicios públicos de empleo²⁵⁸. Las modificaciones operadas en la LE incluyen un nuevo art. 21 bis que define a las agencias de colocación como «aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral (...) bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos». Estas agencias siguen estando sujetas a la autorización

²⁵⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El nuevo régimen...», op. cit., p. 32. Todo parece indicar que se trata de una «actividad empresarial escasamente atractiva y una vía de acceso al empleo exigua», PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La reforma de la intermediación laboral en España», AL, Tomo I, 2010, p. 525, quien ofrece algunos datos al respecto.

²⁵⁵ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 253.

²⁵⁶ GARCÍA NINET, J.I. y SALIDO BANÚS, J.L.: «Intermediación laboral y agencias de colocación y recolocación privadas», RGDTS, nº 24, 2011, p. 11. El papel desempeñado en la intermediación por los servicios públicos de empleo ha sido mínimo. Parece ser que los servicios públicos de empleo no generan confianza en los empresarios, pues solo un porcentaje muy reducido de ellos acude a ellos para ofertar sus puestos de trabajo vacantes, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La reforma de...», op. cit., p. 524.

²⁵⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma de la intermediación laboral», en AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.): *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, La Ley, Madrid, 2011, p. 200.

²⁵⁸ Se podría haber permitido la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro ya en la LE de 2003, pues España había ratificado el Convenio nº 181 OIT, sobre las agencias de empleo privadas, que las entendía como lícitas. Sobre esta cuestión véase SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de Colocación*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 310 y ss.

administrativa y al control por parte de los servicios públicos de empleo, regulándose estos aspectos mediante el nuevo RD 1796/2010, de 30 de diciembre.

Precisamente el art. 2.1 RD 1796/2010 establece el *modus operandi* de las agencias de colocación²⁵⁹ al indicar que «valorarán los perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales de las personas trabajadoras que requieran sus servicios para la búsqueda de empleo y los requerimientos y características de los puestos de trabajo ofertados». He aquí la manera en la que se desarrolla la actividad de intermediación, pues resulta difícil vincular ofertas y demandas de empleo sin analizar mínimamente las características del candidato con el fin de que se ajusten a los requisitos del puesto de trabajo vacante. Este tipo de agencias, por lo tanto, siempre han realizado una mínima actividad de selección, aunque haya sido muy somera y limitada a la observación de los datos profesionales que aporta el demandante de empleo mediante su *curriculum vitae* (titulaciones académicas, experiencia laboral, conocimiento de idiomas, etc.) y a una breve entrevista complementaria. Una vez realizada esa comprobación inicial, se remiten a la empresa oferente los candidatos para que seleccione de entre ellos al que más el convenga; en definitiva, se pone en contacto a los trabajadores que buscan un empleo con los empleadores que lo ofrecen.

Ahora bien, es con la reforma de la Ley 35/2010 cuando se les reconoce expresamente a las agencias de colocación la posibilidad de seleccionar personal, al señalarse que «podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal» (art. 2.1 bis LE y 2.1 RD 1796/2010)²⁶⁰. Las nuevas agencias de colocación son, pues, agencias de intermediación laboral en el sentido amplio del término, verdaderas agencias de empleo²⁶¹.

²⁵⁹ GARCÍA NINET, J.I. y SALIDO BANÚS, J.L.: «Intermediación laboral y...», op. cit., p. 18.

²⁶⁰ «Entendemos como acciones de orientación las que consisten en ayudar a personas desempleadas, o aquellas que quieran cambiar de empleo, a conseguir un puesto de trabajo. Esto se consigue proporcionando asesoramiento, información y entrenamiento que facilite su inserción profesional. La orientación persigue incrementar la empleabilidad de una persona formándola en técnicas de búsqueda de empleo como la elaboración de un Curriculum Vitae, la preparación de una entrevista de selección o la búsqueda de ofertas de empleo, así como desarrollando aquellos aspectos personales que la ayuden en la consecución de sus objetivos, como aumento de la autoestima, concienciación de que el control de su vida depende de ella misma, etc.», GARCÍA GIL, B.: «Mecanismos de intermediación laboral tras la reforma laboral de 2010: principales modificaciones», ref. BIB 2010\3267, Westlaw-Aranzadi, p. 4.

²⁶¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El nuevo régimen...», op. cit., p. 34.

Con la Ley 35/2010 se está reconociendo en el ET la tutela de diversos derechos fundamentales durante los procesos de selección de personal, al establecerse, por un lado, que las agencias de colocación deberán garantizar en su ámbito de actuación (intermediación laboral, orientación e información profesional, selección de personal) «el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate» (art. 16.2 ET). Y por otro lado, se reconoce por primera vez y refiriéndonos específicamente a los procesos de selección de personal, que «las agencias de colocación en sus actuaciones deberán respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores», además de «cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos» (art. 16.2 ET).

La referencia a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y a la no discriminación en las actividades de intermediación laboral ya venía dispuesta en la anterior redacción del art. 22.2 LE. En el actual redactado (art. 22.1 LE) se añade lo relativo a la protección de los datos de carácter personal. Al ampliarse las funciones de las agencias de colocación también a la selección de personal, automáticamente se está reconociendo en la normativa laboral el derecho a la intimidad y a la protección de datos de los candidatos, lo que resulta un avance significativo, al menos simbólico, pues anteriormente había que recurrir de forma directa al precepto constitucional. En cualquier caso, la actividad de selección de personal (y la de orientación y formación profesional), cuando la realiza una agencia de colocación, adquiere una función secundaria y accesorio (de ahí el uso del término «podrán» del art. 21 bis LE), por lo que parece entenderse que podrá ser desempeñada por entidades que no reúnan la condición de agencia de colocación²⁶².

²⁶² VALDÉS DAL-RE, F.: «La reforma de...», op. cit., p. 204.

2.2.- El principio de gratuidad.

El reconocimiento de esa función accesoria nos lleva a la cuestión de la gratuidad de los servicios prestados por las agencias de colocación. Antes de la reforma de 2010 se prohibían las agencias de colocación con fines lucrativos y además se establecía en el art. 22.4 LE la gratuidad de los servicios de intermediación para trabajadores y empresarios. No obstante, el anterior redactado del art. 16.2 ET permitía a las agencias cobrar al empresario y al trabajador exclusivamente los gastos ocasionados por los servicios prestados. Con la nueva normativa la gratuidad depende de la naturaleza de la agencia de colocación. Así, las agencias colaboradoras de los servicios públicos de empleo, es decir, las que hayan suscrito un convenio de colaboración en virtud del art. 21 bis. 5 LE, prestarán sus servicios de forma gratuita para trabajadores y empresarios²⁶³. Por su parte, las agencias de colocación autónomas, es decir, las que no hayan suscrito el convenio mencionado, deberán «garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a estos ninguna contraprestación por los mismos» (art. 22.4 LE). En este último supuesto cabe interpretar que el principio de gratuidad no se aplica a los empresarios, por lo que estas entidades les podrán requerir, por la prestación de sus servicios, todo tipo de contraprestaciones, sin limitación cuantitativa ni objetiva²⁶⁴. Y los trabajadores quedan en una situación más favorable que en la anterior normativa, pues actualmente el recurso a este tipo de agencias de colocación será siempre gratuito para ellos al prohibirse el pago de cualquier «contraprestación», lo que incluiría cualquier tipo de gasto o tarifa²⁶⁵.

A raíz de lo expuesto la pregunta sería: ¿la nueva actividad de selección de personal reconocida para estas agencias será gratuita para los empresarios? En principio,

²⁶³ Según la interpretación que realiza VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma de...», op. cit., p. 219-220, estas agencias colaboradoras siempre operarán sin ánimo de lucro.

²⁶⁴ «En este sentido, el legislador debería haber exigido la necesidad de que la colocación culmine exitosamente para poder proceder al pago por los servicios prestados. De forma que se evitase el pago por dicha asistencia independientemente de que la intermediación derive o no en la contratación del trabajador por el empresario, bien sea por falta de voluntad de alguno de ellos o de ambos, y también al margen de que tal contratación sea efímera por cualquier motivo (...) Lo lógico sería supeditar el derecho a devengar dichos gastos al éxito de la mediación, lo que además, estimularía la eficacia de la gestión de las agencias de colocación. Todavía más, pudiera considerarse la oportunidad de que la no superación del período de prueba produjese una reducción del coste del servicio a cargo de los usuarios», SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: «Régimen jurídico de las agencias de colocación», *Temas Laborales*, nº 110/2011, p. 64-65.

²⁶⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma de...», op. cit., p. 219.

al hablar de gratuidad, la normativa se refiere a la «intermediación laboral», sin tratar el resto de actividades que se les permite realizar a las agencias de colocación (selección de personal y orientación e información profesional). Ya podemos avanzar que, en el caso de las actividades de selección, no creemos que se pueda cobrar nada a los trabajadores pues el principal beneficiado de la misma es el empresario. Sin embargo, la cuestión no queda tan clara para el caso de los empresarios y no solamente por la falta de texto legal indicada, sino también por las consecuencias que podrían derivarse de una interpretación afirmativa o negativa. Pueden darse múltiples posibilidades en atención a si la agencia opta por prestar uno o ambos servicios y, en el caso de la segunda opción, cómo le afecta el hecho de que la selección se considere por la normativa como gratuita (interpretación amplia) o no (interpretación restrictiva).

Pero antes debemos hacer una breve reflexión: la actividad de selección, a priori, resulta más compleja de llevar a cabo que la función de puesta en contacto de ofertas y demandas de empleo. No es lo mismo poner en relación un *curriculum vitae* con los requisitos de un puesto de trabajo, que llevar a cabo una serie de pruebas selectivas y entrevistas con el fin de determinar la aptitud profesional de un candidato. La selección es una actividad que requiere más tiempo y en ocasiones también requiere de personal especializado, por ejemplo, psicólogos para la corrección de test psicotécnicos. Se puede concluir que la selección resulta más costosa económicamente que la intermediación laboral. Además, debemos tener en cuenta que la reforma laboral de 2010 ha permitido el ánimo de lucro en estas agencias porque se ha constatado el fracaso de las agencias de colocación con fines no lucrativos, tal y como hemos señalado anteriormente.

Apuntado la anterior, pasemos a evaluar las siguientes situaciones que pueden darse:

- a) La agencia de colocación opta por ofrecer únicamente la actividad de intermediación laboral.
- b) La agencia de colocación opta por ofrecer ambas actividades resultando la intermediación gratuita para los empresarios y la selección también, bien porque la agencia así lo decide, o bien porque se realiza una interpretación amplia de la normativa.

- c) La agencia de colocación opta por ofrecer ambas actividades resultando la intermediación gratuita para los empresarios pero la selección se les cobra, bien porque la agencia así lo decide, o bien porque se realiza una interpretación restrictiva de la normativa.
- d) La agencia de colocación opta por ofrecer ambas actividades cobrándolas a los empresarios, situación que solo puede darse en el caso de agencias de colocación autónomas, según los preceptos normativos antes analizados.

En el primer supuesto entendemos que es posible que la agencia de colocación se vea en desventaja frente a las que sí proporcionen la actividad accesoria de selección de personal. Recordemos que ese es uno de los motivos por los que, en muchas ocasiones, los empresarios han desestimado a las agencias de colocación en favor de las empresas de selección de personal que, *de facto*, y sin estar contempladas en la LE, venían ofreciendo servicios de intermediación laboral²⁶⁶, por ejemplo, al realizar la captación de candidatos mediante anuncios en medios de comunicación. Puede que el empresario gane tiempo o gestione mejor la situación acudiendo directamente a la empresa de selección pese a que esta opción le suponga un coste económico más elevado²⁶⁷. Parece que las agencias de colocación que se limiten únicamente a labores de intermediación se verán abocadas al fracaso.

En el segundo supuesto, el empresario se encuentra ante una situación muy ventajosa pero, tal y como hemos indicado, la selección de personal resulta más costosa económicamente para la agencia de colocación que la actividad de intermediación. Por ese motivo, parece poco conveniente que una agencia de colocación opte por ofrecer la gratuidad de ambos servicios. Incluso podría resultar contraria a la lógica la misma creación de la agencia si la interpretación de la normativa es que, de ofrecer ambas actividades, deba hacerlo sin percibir contraprestación a cambio por parte de las empresas. Si ya ha sido difícil que se creasen agencias de colocación sin ánimo de lucro

²⁶⁶ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicios públicos de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación», en AAVV (dir. MONTOYA MELGAR, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F.): *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 361.

²⁶⁷ «Como es lógico, si necesitamos la intervención de varias empresas e instituciones para desarrollar un proceso de selección, podemos alargar y encarecer este excesivamente», ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: Servicios Públicos de empleo y entidades afines*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 202.

cuando solo podían intermediar en el mercado de trabajo, más costará crearlas si no se les permite cobrar por realizar la selección de personal.

El tercer supuesto solucionaría el problema de los costes más elevados que provoca la actividad de selección de personal. La agencia realizaría la intermediación de forma gratuita y la empresa podría encargarle también la selección de los candidatos, que ya sería un servicio remunerado. La normativa podría ir por ese camino ya que señala expresamente la gratuidad de la intermediación pero no de la selección de personal. Incluso por lo analizado en los dos supuestos anteriores, parece que resulta más rentable si lo que se pretende es que las agencias de colocación se conviertan, de una vez por todas, en un instrumento eficaz para la creación de empleo.

El cuarto supuesto equipara las agencias de colocación a las empresas de selección de personal que ya operan de esta forma, sumando intermediación y selección, pese a que, como se ha apuntado, la normativa no lo permite. Estas agencias realizan así la misma función que las empresas de selección pero de forma totalmente ajustada a la legalidad, actuando como el operador que ofrece todos los servicios relacionados con la colocación. En próximos apartados trataremos este tipo de empresas con más profundidad.

2.3.- Los portales de empleo y su consideración como agencias de colocación.

Con la popularización del uso de Internet en todos los ámbitos de la vida, diferentes organizaciones no tardaron en utilizar la red como medio para informar sobre ofertas y demandas de empleo e incluso de realizar labores de intermediación laboral. El principal motivo de este uso no es otro que la reducción de costes y la agilización del servicio²⁶⁸, amén de la mayor capacidad de recepción de información, tanto para los que buscan un empleo como para los que buscan trabajadores adecuados para su actividad empresarial. De este modo, las agencias de colocación y multitud de entidades con fines de interés general (colegios profesionales, centros educativos, sindicatos, cámaras de comercio, fundaciones, etc.) utilizan Internet como una vía adicional para mostrar sus

²⁶⁸ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 301.

ofertas y demandas de trabajo mediante «bolsas de trabajo en Internet»²⁶⁹ o «bancos informáticos sobre ofertas y demandas de empleo»²⁷⁰. Por otro lado, también han proliferado en la red los conocidos «portales de empleo», con un claro fin lucrativo, que realizan también actividades de información e intermediación, y que a nuestro entender podrían llegar a operar como auténticos seleccionadores de personal. Todos estos sujetos pueden utilizar Internet de dos formas que pasamos a detallar.

Una primera forma de utilizar Internet en relación con la búsqueda de empleo es a modo de tablón de anuncios virtual donde empresarios y trabajadores pueden inscribir sus ofertas y demandas de empleo. Se trata de un procedimiento similar a los clásicos anuncios en prensa. En este caso, la entidad que permite la inserción del anuncio en su página web no actúa como intermediario, pues la conexión entre oferentes y demandantes se produce directamente al acceder ambos a las respectivas bases de datos, no actuando un tercero que vincule las ofertas con las demandas de trabajo²⁷¹. Las entidades que operan de este modo no pueden ser consideradas como intermediarios por lo que no cabría aplicarles la normativa reguladora de las agencias de colocación.

La segunda forma de usar Internet para la colocación de trabajadores es realizar una efectiva intermediación laboral. Los sujetos que más se dedican a esta actividad en la red no son las agencias de colocación como debería esperarse, sino los portales de empleo, cuya existencia se constató a finales de la década de los noventa. Estos portales trabajan generalmente de la siguiente manera, aunque con pequeñas variaciones entre ellos: en primer lugar, el usuario que busca un empleo se inscribe o registra aportando sus datos personales y profesionales²⁷², confeccionando así un perfil profesional que pasa a formar parte de la base de datos del portal de empleo. En ese momento, el usuario puede determinar si permite el acceso a su perfil a cualquier empresa que busque trabajadores o si lo restringe total o parcialmente mediante los criterios que él decida. También puede solicitar que se le envíen a su dirección de correo electrónico las

²⁶⁹ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 249.

²⁷⁰ LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, p.100.

²⁷¹ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 303. En el mismo sentido LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en...*, op. cit., p. 104 y SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 251.

²⁷² La mayoría de las veces debe rellenar un formulario estandarizado impuesto por el propio portal al que también se puede añadir una copia del *curriculum vitae* del usuario, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 303 y SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 250.

ofertas que cumplan los parámetros que haya establecido previamente, por ejemplo, que le lleguen únicamente las ofertas de determinado sector o categoría profesional, o de su zona geográfica cercana, etc. Asimismo, los empresarios que buscan trabajadores para contratar deben registrarse en el portal de empleo, habitualmente previo pago de una tarifa general o relacionada con el número de ofertas que publiquen, y de este modo pueden anunciar sus ofertas de empleo. A partir de este momento es cuando empieza la fase de intermediación laboral.

Los dos tipos de usuarios del portal (demandantes y empresas²⁷³) pueden usar los buscadores del mismo para encontrar ofertas de trabajo o candidatos a un puesto. Los primeros se inscriben en las ofertas que les interesan, tanto en las que localizan en la base de datos del portal, como en las que les llegan mediante el correo electrónico si así lo han dispuesto. Por su parte, las empresas pueden buscar entre los perfiles profesionales hasta escoger a una serie de candidatos que les interesen, o bien esperar a que el propio portal les envíe una lista mediante correo electrónico donde figuren todos los candidatos que están interesados y se ajustan al perfil exigido por la oferta. La empresa estudia los perfiles que le han suministrado y a partir de ahí contacta con los candidatos que le convengan para citarles personalmente y empezar un proceso de selección²⁷⁴. Nos encontramos pues ante un auténtico proceso de intermediación laboral porque se produce una atención personal para cada demandante u oferente de empleo a través del registro personal, llegándole las ofertas más adaptadas a su petición²⁷⁵.

Estos portales de empleo, y cualquier organización que utilizase Internet para esos mismos fines de intermediación laboral, estaban obligados a ceñirse a lo dispuesto en la anterior normativa reguladora de las agencias de colocación pues actuaban como tales. No obstante, no solo no solicitaban la autorización requerida al efecto, sino que los portales de empleo perseguían una finalidad lucrativa prohibida por la normativa, pues percibían ingresos procedentes de la publicidad que incluían en su página web²⁷⁶ de las empresas que insertaban sus ofertas de empleo e incluso de los demandantes de

²⁷³ No es extraño encontrar entre las empresas usuarias de este tipo de portales a las ETTs y a las empresas de selección.

²⁷⁴ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 304.

²⁷⁵ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 251.

²⁷⁶ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 309.

empleo, al ofrecerles la posibilidad de contratar una inscripción *premium*, que les permitía distinguirse de los demás²⁷⁷ y acceder a otro tipo de servicios.

Con la reforma operada mediante el art. 3.1 RD 1796/2010 se establece que «deberán solicitar autorización las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos. En este caso, la concesión de la autorización corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal». Parece que el legislador se ha percatado de las actividades ilícitas de este tipo de organizaciones y ha optado por aplicarles totalmente y expresamente la normativa sobre agencias de colocación. Así, se les permite el ánimo de lucro y quedan sometidos a un cierto control los portales de empleo y cualquier otro sujeto que actúe del mismo modo utilizando Internet u otro medio electrónico. El hecho de que la normativa utilice el término general de «medios electrónicos» resulta interesante respecto a las redes sociales virtuales, pues muchas de ellas están empezando a publicar ofertas de empleo e incluso a operar de manera similar a los portales de empleo y, en sentido contrario, los portales de empleo empiezan a ofrecer servicios similares a las redes sociales virtuales, mejorando la interacción entre empresas y candidatos, ya que el mercado así lo demanda («portales 2.0»)²⁷⁸.

En cuanto a la actividad de selección de personal, tengamos en cuenta que este tipo de portales incluyen cada vez más «herramientas específicas que le facilitan la evaluación de los candidatos que optan a cada puesto de trabajo publicado»²⁷⁹, por ejemplo, la posibilidad para las empresas de incorporar en sus ofertas unos pequeños cuestionarios a rellenar por el candidato (las denominadas, en el argot anglosajón, *killer questions*). Estos cuestionarios permiten clarificar aspectos del perfil profesional, facilitar el filtraje o criba de candidatos. En ocasiones no tienen nada que envidiar a los tradicionales cuestionarios físicos que se cumplimentan por parte de los candidatos en los procesos de selección. En ese sentido, algunos portales de empleo permiten cumplimentar, a través de su web, test de variada tipología (personalidad, inteligencia, motivación, actitud directiva, idiomas), pudiendo optar por recibir los resultados en un

²⁷⁷ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 250.

²⁷⁸ ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección 2.0. La nueva forma de encontrar talento*, Editorial UOC, Barcelona, 2010, p. 73 y ss.

²⁷⁹ AEPD: *Selección de personal a través de Internet*, 2005, disponible en www.agpd.es, p. 21.

buzón electrónico²⁸⁰. En general, la mayor parte de las pruebas de selección podrían llevarse a cabo a través de Internet, incluyendo las entrevistas personales mediante videoconferencia. En la actualidad nada impediría a este tipo de empresas realizar actividades de selección de personal al haber quedado asimiladas al régimen jurídico de las agencias de colocación.

2.4.- Las empresas de recolocación (*outplacement*).

Las empresas dedicadas a la actividad de recolocación (*outplacement* en terminología anglosajona)²⁸¹ han estado desempeñando su función en España desde mediados de los años ochenta²⁸². El *outplacement* puede definirse «como el conjunto de servicios prestados por una entidad privada a una determinada empresa que contrata sus servicios con el objetivo de asegurar la reorientación profesional bien de un trabajador individual o bien de varios trabajadores que han sido despedidos de forma colectiva, para hacer posible que las personas separadas de su empresa tengan posibilidades reales de encontrar rápidamente y en las mejores condiciones posibles un nuevo empleo»²⁸³, «reduciendo así los perjuicios económicos y psicológicos que genera toda situación de despido»²⁸⁴. Para llevar a cabo esta función se exige un conocimiento profundo del mercado de trabajo, de las necesidades específicas del mismo y, sobre todo, de los posibles nuevos yacimientos de empleo²⁸⁵.

Los servicios que ofrecen estas empresas se concretan en «diversas acciones de información, asesoramiento, formación y apoyo en la búsqueda de un nuevo trabajo (que puede ser también por cuenta propia)»²⁸⁶, además de ciertos «actos jurídicos de

²⁸⁰ AEPD: *Selección de personal...*, op. cit., p. 21. Un ejemplo que destaca por su carácter innovador sería el test de la herramienta «FindMe!» del portal de empleo Buscojobs, ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 77 y ss.

²⁸¹ Conocido también como «recolocación externa» o «recolocación en el exterior de la empresa», TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Algunas propuestas de reforma del derecho del trabajo como punto de partida para el diálogo social», ref. BIB 2009\664, Westlaw-Aranzadi, p. 26.

²⁸² LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en...*, op. cit., p. 89.

²⁸³ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 236.

²⁸⁴ CARAZO, J.A., citado por SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 277.

²⁸⁵ «El conocimiento de esta realidad supone para los trabajadores ampliar sus posibilidades de reingreso en el mercado de trabajo», GARCÍA GIL, B.: «Mecanismos de intermediación...», op. cit., p. 3.

²⁸⁶ SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones de las agencias de recolocación», *Temas Laborales*, n° 170/2010, p. 343.

diverso contenido como puede ser la negociación con los trabajadores o los tratos con los acreedores, entre otros»²⁸⁷.

Las ventajas que aporta esta actividad de recolocación son diversas²⁸⁸: para los directivos de la empresa que despide, supone una ayuda para llevar a cabo una medida difícil para la que no siempre se está preparado como gestor del personal; respecto de los trabajadores que permanecen en la empresa, a los que seguramente les invadirá la desconfianza, el miedo y la desmotivación, les proporciona una sensación de responsabilidad e interés en la empresa; respecto de los trabajadores afectados por el despido, obtienen una indudable ventaja en su reingreso en el mercado de trabajo. Por todo ello, la empresa en general ve como su imagen mejora, dado que su implicación al responsabilizarse de la trayectoria de los empleados despedidos la hace parecer más humana²⁸⁹. Finalmente, se empieza a apuntar que estamos ante una actividad empresarial que es objeto hoy «de un creciente interés desde diversas perspectivas, como son las propuestas de flexiseguridad para el mercado de trabajo, las orientaciones de gestión anticipada de los procesos de reestructuración empresarial, y las propuestas de desarrollo de la responsabilidad social corporativa»²⁹⁰.

El proceso de *outplacement* comienza con la firma de un contrato de naturaleza civil o mercantil entre la empresa cliente y la empresa dedicada a la recolocación, fijándose unos honorarios para esta última, ya sea en relación al salario recibido por el trabajador en el momento del despido, ya sea estableciendo una cuota fija por persona²⁹¹. No se admite que puedan acudir a este tipo de empresas los trabajadores afectados por iniciativa propia, ni tampoco las empresas con vacantes de mano de obra con intención de satisfacer sus necesidades²⁹².

La recolocación puede llevarse a cabo de forma individual o colectiva. En el primer supuesto, se aplica una metodología que se adapta a las características y

²⁸⁷ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 236.

²⁸⁸ Seguimos en este punto a RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y...», op. cit., p. 240.

²⁸⁹ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 278.

²⁹⁰ SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones...», op. cit., p. 339.

²⁹¹ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 236-237. «Contrato mercantil e innominado» según VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma de...», op. cit., p. 210.

²⁹² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y...», op. cit., p. 240. En similar sentido SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 238.

circunstancias de cada trabajador despedido, que habitualmente habrá ostentado un cargo directivo o de mando intermedio²⁹³. Mediante ejercicios psicotécnicos se elabora su historia profesional, su evaluación de carrera, su identificación de las realizaciones y competencias profesionales, su exploración de posibles opciones y su elección de objetivos de carrera²⁹⁴. Se trata de un «balance» en el que los consultores de la empresa de *outplacement* se encargan de descubrir e identificar las capacidades, habilidades y conocimientos del candidato y cómo puede desarrollarlas, así como sus ambiciones y motivaciones²⁹⁵. Destaca el apoyo psicológico que recibe el trabajador, que es valorado como «muy útil» para sobreponerse a la ansiedad que sigue al despido y de gran ayuda para desarrollar la autoconfianza²⁹⁶. A partir de ese análisis, se define una estrategia de búsqueda de empleo y se orienta al candidato para que consiga trabajo por sus propios medios²⁹⁷, mediante el asesoramiento periódico del consultor. En ocasiones, el consultor utiliza sus contactos con otras empresas para la celebración de entrevistas de trabajo o para obtener información sobre vacantes de empleo y comunicarlas a los participantes en el proceso de *outplacement*. Estas prácticas acercarían la actividad de este tipo de empresas a la intermediación laboral²⁹⁸.

En el caso de que la recolocación se realice de forma colectiva, se utilizará una única metodología dirigida al global de trabajadores despedidos, habitualmente de niveles inferiores (técnicos y obreros cualificados)²⁹⁹. No se produce aquí una atención individualizada para cada uno de los participantes³⁰⁰. Junto a la función de formación en técnicas de búsqueda de empleo y la de reorientación profesional, se crea en este supuesto una bolsa de trabajo («antena de empleo») limitada a los trabajadores despedidos, ocasional y no lucrativa, asesorada y dirigida por la empresa de

²⁹³ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 280.

²⁹⁴ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 280.

²⁹⁵ SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones...», op. cit., p. 344.

²⁹⁶ SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones...», op. cit., p. 348.

²⁹⁷ Las empresas de recolocación pretenderían alejarse así de la función de intermediación laboral, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en...*, op. cit., p. 94.

²⁹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y...», op. cit., p. 241;

SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 281.

²⁹⁹ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 282.

³⁰⁰ LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en...*, op. cit., p. 93.

*outplacement*³⁰¹. Por lo tanto, en el proceso de recolocación colectivo se están llevando a cabo plenamente actividades de intermediación laboral³⁰².

Hasta la reforma laboral de 2010 se había venido considerando a estas empresas en una situación de alegalidad e incluso ilegalidad, pues desarrollaban en ocasiones una actividad de intermediación laboral sin autorización y, al perseguir ánimo de lucro, estaban prohibidas por el ET³⁰³. La nueva redacción del art. 20.2 LE considera como intermediación laboral «la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación». Y el art. 21 bis indica que «las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad a que se refiere el artículo 20.2», por lo que «estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación» (art. 2.2 RD 1796/2010)³⁰⁴. Por lo tanto, se han regulado en nuestro país las empresas de recolocación asimilándolas a las agencias de colocación, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en la LE y en el RD 1796/2010 en cuanto a autorización administrativa³⁰⁵ y demás obligaciones³⁰⁶.

Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en la norma, parece que solamente se considerarán como agencias de colocación aquellas empresas de recolocación que se limiten única y exclusivamente a desempeñar esta labor en relación con los referidos procesos de reestructuración y mediante acuerdo social. En ese sentido, el art. 51.10 ET obliga a las empresas a ofrecer un plan de recolocación externa en el caso de que lleven

³⁰¹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «El proceso de...», op. cit., p. 25; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y...», op. cit., p. 241; SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 282-283.

³⁰² En el mismo sentido SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 283; ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: *La intermediación laboral...*, op. cit., p. 226; SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 238.

³⁰³ SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones...», op. cit., p. 341. Sobre los beneficios de las empresas de *outplacement* véase SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 285 y ss.

³⁰⁴ Sobre la regulación de las empresas de recolocación en algunos ordenamientos europeos pueden verse TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Algunas propuestas de...», op. cit., p. 26 y ss y SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones...», op. cit., p. 367 y ss.

³⁰⁵ «Un sistema de autorización en una razón imperiosa de interés general puede resultar más discutible por lo que tal vez se podría haber optado en relación con la prestación de la actividad de recolocación de los trabajadores por un control a posteriori a través de una declaración responsable y comunicación previa de la empresa», SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones...», op. cit., p. 354-355.

³⁰⁶ Así lo demandaba SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 282. En contra SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 239.

a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores. Y ese plan, que deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo, deberá realizarse a través de una agencia de recolocación autorizada, por un período mínimo de seis meses³⁰⁷. Parece que las empresas de recolocación que vayan más allá en su campo de actuación, proporcionando programas individuales de *outplacement* demandados por las empresas, o aquellos de la índole que sea contratados unilateralmente por el empresario, una vez más, se encontrarán en los límites de la anomia legal³⁰⁸.

Esta decisión del legislador nos lleva a preguntarnos si la asimilación es de tal entidad que puede permitirse a las empresas de recolocación desarrollar también actuaciones relacionadas con la selección de personal, tal y como se les reconoce actualmente a las agencias de colocación. En nuestra opinión parece que la normativa pretende que puedan ejercer actividades de intermediación laboral, de búsqueda de empleo y de selección de personal cuantos más operadores mejor. Reafirmaría nuestro argumento el hecho de que las ETT también puedan actuar como agencias de colocación en virtud de lo estipulado en la Ley 3/2012, de 6 de julio. La tendencia parece que va en la dirección de concentrar todos los aspectos o fases del proceso de colocación en cualquier organización de las que operan en el mercado de trabajo. Por lo tanto, entendemos que las empresas de recolocación pueden realizar las actividades para las que están en principio especializadas (orientación profesional, búsqueda de empleo, intermediación laboral mediante las «antenas de empleo»), y que ya venían realizando sin cobertura legal, aunque la normativa les autoriza igualmente a prestar servicios de selección de personal.

Pensemos que los servicios de recolocación ya los realizaban empresas o consultoras de recursos humanos³⁰⁹, el 90% de las cuales se dedican también a labores de selección, consultoría y formación³¹⁰. No resultaría descabellada la idea de un empresario que pretenda incorporar nuevos trabajadores procedentes de una empresa de

³⁰⁷ Véase también lo dispuesto en el art. 9 RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

³⁰⁸ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: «Régimen jurídico de...», op. cit., p. 53-54. En el mismo sentido SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones...», op. cit., p. 347.

³⁰⁹ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «La intermediación laboral...», op. cit., p. 281.

³¹⁰ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 281.

su mismo sector profesional que está pasando por un proceso de reestructuración, gestionado por una empresa de recolocación. El empresario podría dirigirse a la empresa de recolocación con el fin de que le seleccionara los trabajadores que necesita, tarea que en principio resultaría muy eficaz, pues ¿qué mejor seleccionador existe que quien conoce perfectamente a los candidatos por haberles evaluado sus capacidades y motivaciones, incluso mediante tests psicotécnicos y sesiones de terapia psicológica? Aquí entraría especialmente en juego el derecho a la intimidad de los candidatos y la normativa sobre protección de datos de carácter personal, en cuanto a cesión de datos se refiere. En ese sentido, con la regulación establecida por art. 21 bis LE ha quedado garantizado el sometimiento de la actuación de las empresas de recolocación a los principios de gratuidad de sus servicios para los trabajadores, y al respeto de los derechos fundamentales, concretamente el derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho a la intimidad y de protección de datos de carácter personal³¹¹. La situación resultaría extremadamente ventajosa para la empresa de recolocación, pues percibiría honorarios tanto de la empresa que reestructura la plantilla como por parte de la empresa que pretende aumentarla.

3.- Las empresas de selección de personal.

Por los nombres de empresas o agencias de selección de personal, gabinetes de selección o consultoras de recursos humanos se conocen aquellas empresas que realizan el proceso de selección de personal por cuenta de otra empresa comitente, buscando candidaturas externas a esta empresa cliente con el fin de cubrirle las vacantes de nueva creación³¹². Así, las empresas de selección desarrollan también las actividades tendentes a comprobar las aptitudes y características de los candidatos que se presenten a dichas vacantes³¹³, presentando en el tramo final del proceso a unos pocos candidatos finalistas (o directamente al escogido) para que el empresario cliente decida sobre su contratación.

³¹¹ SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones...», op. cit., p. 360. Aunque los códigos éticos autorreguladores de este tipo de empresas ya establecen el deber de confidencialidad de las informaciones tanto a la empresa y los candidatos como frente a terceros.

³¹² SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit. p. 219-220.

³¹³ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 130.

El proceso comienza cuando la empresa cliente emite una petición formal y escrita a la empresa de selección con el fin de requerirle sus servicios y esta envía una oferta de colaboración, explicando el proceso de selección a realizar en función del perfil del puesto que se pretende cubrir, para posteriormente formalizar un contrato de arrendamiento de servicios entre ambas³¹⁴. La empresa cliente, pues, establece el perfil y características que debe cumplir el candidato al puesto de trabajo vacante, por lo que la empresa de selección seguirá las directrices del empresario contratante, que al fin y al cabo es quien encarga los servicios. Este es el peligro más evidente que ha detectado nuestra doctrina respecto a este tipo de empresas: el interés de los empresarios en acudir a empresas de selección porque consienten con mayor facilidad que se les impongan condiciones de acceso al empleo discriminatorias, ajenas a las condiciones objetivas del puesto de trabajo a cubrir³¹⁵. Siguiendo determinadas órdenes puede ocurrir que la discriminación prohibida se produzca durante la criba de candidatos que realice la empresa de selección y al empresario le lleguen únicamente unos pocos candidatos finalistas cuyo perfil carezca de las condiciones personales (ideología, raza, sexo, edad, etc.) que a este no le interesen³¹⁶. Pero las «ventajas» para la empresa cliente no acaban aquí. Como bien señala SERRANO FALCÓN, en el supuesto de que el proceso finalice con la contratación del candidato, la empresa de selección se compromete a enviar a otro candidato en el caso de que el incorporado no cumpla objetivamente los requisitos especificados en la definición del perfil, o si el rendimiento del candidato no se ajusta a la dimensión del puesto o lo abandona por motivos no justificables de forma objetiva, siempre y cuando la empresa cliente haya efectuado el pago de los honorarios y ponga en conocimiento este hecho en un determinado período de tiempo³¹⁷.

La posible vulneración de los derechos a la intimidad y a la no discriminación que pueden cometer las empresas de selección de personal se acrecienta por la absoluta falta de regulación y de mecanismos de control de sus actividades. La única referencia a este tipo de empresas se encuentra en el art. 15 LISOS que considera como infracción

³¹⁴ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 221.

³¹⁵ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 80-81; DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 131.

³¹⁶ «Así, si para un determinado puesto de trabajo se requiere un determinado perfil no solo profesional sino también personal, por ejemplo podemos pensar en una edad, ideología, sexo, etc., y tras efectuar la selección solamente se eligen a aquellos que se adecuen al perfil personal exigido, no habiendo variedad en la selección, sería muy difícil pensar que la prueba ha sido objetiva». BURGOS GINER, M.A.: «Facultades empresariales de...», op. cit., p. 27.

³¹⁷ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 222.

grave «no informar las empresas de selección de las tareas al Servicio Público de Empleo», aunque este precepto queda vacío de contenido, pues ya no existe dicha obligación de informar³¹⁸. De este modo, no existe ninguna regulación sobre la licitud o aplicación correcta o no de los diferentes métodos de selección (entrevistas, cuestionarios, test psicotécnicos, comprobación de referencias, etc.) que emplean habitualmente este tipo de empresas³¹⁹, quedando como mecanismos de control únicamente los códigos deontológicos elaborados por las diferentes asociaciones que las integran.

Sin embargo, la ausencia de legislación no puede conducir a entender como ilícita su actividad debido a tres motivos: en primer lugar, el uso de este tipo de empresas para seleccionar trabajadores es hoy en día una práctica más que consolidada, reconocida incluso por nuestros tribunales³²⁰; en segundo lugar, estas empresas han sido admitidas por la jurisprudencia comunitaria, al entenderse que la prohibición de la actividad de las empresas privadas de asesoramiento en selección de personas es contraria al derecho a la libre competencia cuando el organismo público para el empleo no está manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda que presenta el mercado para este género de actividades³²¹; y en tercer lugar porque las empresas de selección están admitidas por el Convenio nº 181 OIT, ratificado por España, que las considera «agencias de empleo privadas» que prestan «servicios relacionados con la búsqueda de empleo (...) sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas»³²².

³¹⁸ Anteriormente existían referencias a las empresas de selección en la LBE (art. 40.2 y 44.3), en el ET (art. 16.2) y en la LISOS 88 (art. 26.3, 27.2 y 3), pero únicamente con finalidad de regular y sancionar, en caso de incumplimiento, las obligaciones de aquellas con el INEM, teniendo en cuenta que por lo general no se admitía la contratación directa. Estas empresas, actuando en representación de sus empresas clientes, tenían que acudir obligatoriamente al INEM para solicitar a los trabajadores, normalmente de un alto perfil cualificado, pero una vez que acudían y pasaban tres días sin haber encontrado candidato a través de esta vía, se les daba la posibilidad de publicitar su oferta a través de la prensa previo visado del INEM. También debían comunicar las pruebas objetivas que se realizaban a los candidatos, y en caso de no hacerlo, podían ser sancionadas según lo establecido en los citados preceptos de la LISOS 88. En la reforma de 1994 se derogaron los preceptos que disponían este tipo de obligaciones para las empresas de selección pues se admitió la contratación directa, y se eliminó toda referencia legal a las mismas, SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 218-219.

³¹⁹ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 131.

³²⁰ La SAP Madrid, de 30 de mayo (JUR\2005\173227) ha señalado que «la selección de personal de alta dirección es una actividad especialmente cualificada siendo esta la razón por la que las empresas contratan a consultores especializados»; más resoluciones sobre empresas de selección de personal en SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 229 y ss.

³²¹ SSTJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, asunto Macrotron, de 11 de diciembre de 1997, C-55/96, asunto Job Centre y de 8 de junio de 2000, C-258/98, asunto Giovanni Carra y otros.

³²² SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 296.

Así pues, la solución a las cuestiones suscitadas pasan por una regulación de estas empresas con el fin de establecer unas limitaciones mínimas en cuanto a los temas a investigar y métodos utilizados durante el proceso de selección, eliminándose los que sean discriminatorios o atentatorios contra la dignidad e intimidad de los candidatos³²³. También entendemos necesaria la implicación obligatoria de los representantes de los trabajadores en los procesos de selección, con el fin de garantizar la objetividad del mismo y los derechos fundamentales de los candidatos³²⁴. A estos efectos, los mecanismos de coordinación entre los representantes de los trabajadores y la empresa de selección deben quedar claramente establecidos.

En este sentido, aprovechando la reforma laboral operada por la Ley 35/2010, quizás hubiera sido adecuado que la norma obligase expresamente a las empresas de selección a constituirse como agencias de colocación autónomas³²⁵. Recordemos que, por su forma de funcionar, las empresas de selección realizan habitualmente actividades de intermediación laboral pues gestionan su propia bolsa de trabajo o base de datos con candidatos que previamente se han inscrito (presencialmente o vía página web), aunque también captan candidatos mediante anuncios insertados en prensa o en portales de empleo³²⁶. La asimilación al nuevo régimen jurídico de las agencias de colocación les permitiría actuar de forma legal como intermediarias e intervinientes en procesos de selección, pero a la vez también podrían actuar únicamente como empresas especializadas en selección de personal en el caso, por ejemplo, de que un empresario quisiera cubrir un puesto de trabajo y tuviera que escoger al trabajador más apto de entre un grupo de candidatos que ya pertenezcan a su propia empresa (no habría aquí

³²³ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 233. Otra solución casi inviable actualmente pasaría por encomendar las labores de selección de personal a los organismos públicos, GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 88 y SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 291.

³²⁴ En el mismo sentido DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 115; SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 233-234. Sobre los procesos de selección de personal en la negociación colectiva véase AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...» op. cit.

³²⁵ Esta opción ya la apuntó en su día SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 295. De hecho, la STJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, asunto Macrotron, considera a las empresas de selección de personal como intermediarios o, cuando menos, como agencias de colocación, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en...*, op. cit., p. 86. «Sin embargo, el nuevo régimen jurídico de las agencias de colocación parece no ser aplicable a las empresas de mera selección de personal», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El nuevo régimen...», op. cit., p. 35.

³²⁶ Esta asunción de ambas facetas, intermediación y selección, por parte de las empresas de selección simplifica el proceso de colocación, en tanto se ve reducida su duración y su coste económico, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en...*, op. cit., p. 88.

función de intermediación). En cualquier caso, nada impide que las empresas de selección que ya venían funcionando se constituyan ahora como agencia de colocación al haberse permitido el ánimo de lucro en estas entidades. Ese era precisamente un factor que dirigía el ánimo empresarial hacia la creación de empresas de selección, alejándolo de la constitución de agencias de colocación³²⁷. No obstante, quedaría pendiente una regulación mínima de los métodos o pruebas de selección en atención a proteger los derechos fundamentales de los candidatos.

4.- Las empresas de trabajo temporal (ETTs).

A diferencia de las empresas de selección, las ETTs sí se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT). Requieren para su constitución de una autorización administrativa, que se concede tras la acreditación por adelantado de que se cumplen los requisitos de solvencia y de estructura organizativa legalmente exigidos³²⁸. En el art. 1 LETT se define la ETT como aquella «cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados». Esa concreta actividad económica, la cesión temporal de trabajadores, consiste en un contrato mercantil, denominado de puesta a disposición, cuya función es ceder a la empresa usuaria un trabajador que previamente ha sido contratado de forma laboral por la ETT³²⁹. De esta manera la prohibición expresa de cesión temporal de trabajadores establecida por el art. 43 ET queda excepcionada exclusivamente para las ETTs.

Recientemente su ámbito de actuación ha sido ampliado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, que les ha permitido también «actuar como agencias de colocación cuando cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo». En cualquier caso era ya apuntado por nuestra doctrina científica que las ETTs actuaban habitualmente como intermediarias en el mercado de trabajo³³⁰, desarrollando incluso actividades de selección de personal,

³²⁷ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 297.

³²⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La reforma de...», op. cit., p. 522.

³²⁹ AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.): *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 146.

³³⁰ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «El proceso de...», op. cit., p. 26; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y...», op. cit., p. 237; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La

prestando así, mediante personal propio altamente especializado, «un servicio de determinación de aptitudes y características de los aspirantes o trabajadores que se presentan para un trabajo concreto»³³¹. La propia LETT reconoce en su art. 12.4 que las ETTs llevan a cabo operaciones selectivas de personal al reputarse como nula «toda cláusula del contrato de trabajo temporal que obligue al trabajador a pagar a la ETT cualquier cantidad a título de gasto de selección»³³².

No es de extrañar pues, que para poder ceder trabajadores de un modo rápido y eficaz a la empresa usuaria, las ETTs dispongan de un fondo de trabajadores previamente seleccionados cuya capacidad profesional les es ya conocida, convirtiéndose cada vez más en una especie de servicio descentralizado de selección de personal de las empresas usuarias³³³. Al contratar los servicios de una ETT, la empresa usuaria está obviando toda la fase preliminar del reclutamiento, selección, contratación y formación del trabajador, que correrán a cargo de su empleadora, la ETT³³⁴. En efecto, es habitual pensar en el ámbito empresarial que las ETTs se utilizan como auténticas empresas de selección de personal para puestos de trabajo menos cualificados, mientras que se utilizan las empresas de selección propiamente dichas para cubrir los puestos más especializados y cuando se pretende contratar directamente al trabajador³³⁵. Otra de las ventajas es que posteriormente se puede contratar al trabajador que previamente ha prestado servicios en la empresa a través de la ETT, por lo que se elude de esta manera el período de prueba y los riesgos de selección y experimentación de los contratos³³⁶.

reforma de...», op. cit., p. 522, quien indica además en la p. 525 que son las entidades que mayor número de colocaciones realizan en España.

³³¹ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 132. «Las ETT españolas están funcionando también como agencias de colocación, alternando sus servicios de puesta a disposición con los de selección y, a veces, de puesta en contacto de demandantes y ofertantes de empleo», RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y...», op. cit., p. 237. «No cabe duda de que las ETTs están siendo utilizadas como alternativa a los servicios de colocación y como Agencias de Selección de Personal, cumpliendo una función de inserción en el mercado de trabajo de determinados colectivos de trabajadores, particularmente de jóvenes», MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: «Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial», RMTAS, nº 48, 2004, p. 45.

³³² DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 134.

³³³ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos...», op. cit., p. 531.

³³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y...», op. cit., p. 237-238.

³³⁵ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 225.

³³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: «Las Empresas de...», op. cit., p. 45.

Nos encontramos entonces ante una alta regulación legal y control administrativo de las ETTs, tanto en su actividad de cesión temporal de trabajadores como en su posible nuevo papel como agencia de colocación. Pero en lo que se refiere a la actividad necesaria de selección que habitualmente realizan, estamos ante un vacío normativo idéntico al que hacíamos referencia en el anterior apartado sobre las empresas de selección de personal. Tal vacío normativo puede producir actuaciones que pudieran reputarse discriminatorias y lesivas del derecho a la intimidad de los candidatos, pues la ETT, al igual que en el caso de una empresa de selección de personal, se va a ver expuesta a la necesidad de atender, inexcusablemente, las sugerencias e imposición de condiciones discriminatorias de la empresa usuaria³³⁷. La solución, entendemos nosotros, pasa por aplicar las mismas medidas propuestas para las empresas de selección de personal. Así, resultaría recomendable asimilarlas obligatoriamente al régimen jurídico de las agencias de colocación, particularidad que actualmente resulta opcional para ellas.

Como se habrá podido deducir de lo expuesto en el presente y en anteriores apartados, parece que lo más aconsejable sería aprovechar estas últimas tendencias normativas (Ley 35/2010 y Ley 3/2012) y establecer un modelo o concepto amplio de agencia de colocación (o «agencia de empleo» en terminología de la OIT), que tenga por objeto la prestación de todos los servicios relacionados con la colocación: información y orientación profesional, intermediación laboral, selección de personal, cesión de trabajadores y recolocación³³⁸.

5.- Las empresas de *Head-hunting*.

Existe un tipo de empresa de selección de personal que se centra exclusivamente en la selección de personal directivo o altamente cualificado percibiendo por ello unos elevados honorarios³³⁹. Se trata de las empresas de *Head-hunting*, también conocidos

³³⁷ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 134.

³³⁸ En similar sentido PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La reforma de...», op. cit., p. 530.

³³⁹ En principio se calcula sobre un porcentaje del sueldo total de un año del trabajador finalmente contratado, SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 222 y SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 301.

por el nombre de empresas de cazatalentos³⁴⁰. Lo más característico de su actividad es que ofrecen los puestos de trabajo a trabajadores en activo y no a desempleados, ofreciéndoles así la oportunidad de cambiar de empleo para cubrir la vacante sobre la que trabajan³⁴¹. Por lo tanto, llevan a cabo una búsqueda directa (*executive search*) que obviamente les lleva a ejercer una labor de convencer al trabajador altamente cualificado para que deje su puesto de trabajo y empiece una nueva vida laboral en la empresa cliente que le ofrece mejores condiciones económicas y profesionales³⁴². No obstante, cada vez más este tipo de empresas están creando sus propias bases de datos de futuros candidatos³⁴³ y también unas bolsas de trabajo donde únicamente pueden inscribirse directivos que han perdido su empleo (generalmente por prejubilaciones)³⁴⁴.

Otra característica de este proceso de selección de personal es que no se realizan las tradicionales pruebas selectivas, sino que se establecen contactos confidenciales con los candidatos para sondear su posible interés en la empresa cliente. La información sobre el candidato se obtiene, en los primeros momentos, mediante una investigación exhaustiva, por lo que los datos no se obtienen directamente del mismo hasta que el proceso no ha llegado a la entrevista personal y a la fase de negociaciones. Pueden producirse diversas entrevistas entre los candidatos y el *head-hunter*, hasta que se decide presentarlos a la empresa cliente, por separado, mediante una reunión, junto con un informe detallado de cada uno de ellos³⁴⁵. Una vez entrevistado el candidato, es imprescindible verificar las referencias profesionales³⁴⁶. En realidad, pese a tratarse de empresas de selección, su actividad recuerda más a la de un intermediario y así la ha calificado la STJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, asunto Macrotron³⁴⁷.

Aunque las empresas de cazatalentos se centren en la selección de un determinado perfil de trabajador, no dejan de ser empresas de selección de personal, por

³⁴⁰ Sobre el discutido origen de este tipo de empresas véase LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en...*, op. cit., p. 69 y ss.

³⁴¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y...», op. cit., p. 242.

³⁴² SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 222.

³⁴³ LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en...*, op. cit., p. 72. «Admiten el *drop-in* o envío del currículum directamente por el directivo», SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 222.

³⁴⁴ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 299.

³⁴⁵ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de...*, op. cit., p. 300.

³⁴⁶ AAVV: *Factbook Recursos Humanos*, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 987-989.

³⁴⁷ LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en...*, op. cit., p. 86. En el mismo sentido RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «El proceso de...», op. cit., p. 24.

lo que, en cuanto a derechos fundamentales del candidato durante el proceso de selección se refiere, nos remitimos a lo expresado en apartados anteriores.

Debemos añadir, sin embargo, que a nuestro entender el procedimiento de trabajo de las empresas *head-hunting*, basado en su mayor parte en investigaciones de los candidatos, entra en las funciones que nuestra normativa prevé en exclusiva para los detectives privados, por lo que en principio no resultarían lícitas según explicaremos en el siguiente apartado.

6.- Detectives privados y selección de personal.

La actividad de los detectives privados viene regulada por la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada (LSP) y por el RD 2364/1994, de 9 de diciembre (RSP), que la desarrolla reglamentariamente³⁴⁸. Estos profesionales pueden, a solicitud de personas físicas o jurídicas, «obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados» (art. 19.1 a) LSP y 101.1 a) RSP), entendiéndose por «conductas o hechos privados los que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados» (101.2 RSP).

A efectos de selección de personal nos interesa la actividad de los detectives privados en cuanto a la aportación de información sobre hechos que afecten al ámbito laboral, económico, financiero y personal del candidato³⁴⁹. Los despachos de detectives privados incluyen entre sus servicios la realización de los denominados «informes prelaborales», que no son más que el acopio de información de diversa índole sobre los candidatos a un puesto de trabajo. Cuando anteriormente hemos tratado los posibles temas a investigar durante el proceso de selección, hemos mencionado algunos que sin duda precisan de una investigación más profunda que la llevada a cabo mediante las clásicas pruebas de selección, entrevistas personales, test psicotécnicos, e incluso mediante la verificación y comprobación de las referencias del candidato. Podríamos

³⁴⁸ Las primeras normas reguladoras de esta actividad en España fueron la OM (Gobernación) de 17 de enero de 1951 y posteriormente la OM (Interior) de 20 de enero de 1981.

³⁴⁹ Sobre el uso de estos profesionales en otros ámbitos de la empresa puede verse DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: «Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial», AL, nº 7, 2011.

citar por ejemplo, la vida privada del candidato cuando resulta de interés por la razonable relación que pueda tener con la prestación laboral, la verificación de su adhesión al ideario en las empresas de tendencia, el pasado emprendedor del candidato, su posible relación actual con empresas de la competencia, etc.

Esta serie de averiguaciones son, tal y como dictan los preceptos de la LSP citados, funciones que se reservan en exclusiva para los detectives privados, por lo que el resto de empresas que hemos tratado en este capítulo deben abstenerse de realizarlas. De incluirse este tipo de actuaciones en su actividad económica estaríamos ante un caso de intrusismo profesional que conllevaría la imposición de las correspondientes sanciones por carecer de la habilitación legal necesaria (art. 23.1 a) LSP y 151.1 c) y d) RSP). Únicamente podrían obtener dichas informaciones preguntando directamente al candidato durante las entrevistas personales o mediante las referencias que este les aporte (anteriores empleadores, etc.).

Si bien en el pasado la doctrina se ha mostrado reacia y hasta beligerante ante el uso de detectives privados durante los procesos de selección de personal³⁵⁰, la regulación legal de la actividad que establece unos límites en la actuación de estos profesionales entendemos que, a priori, no debe suponer su automática ilicitud. En primer lugar, porque para obtener la habilitación como detective privado se deben observar ciertos requisitos formativos y legales que alejan a esta profesión de turbias connotaciones con el mundo del espionaje³⁵¹. En segundo lugar, los detectives privados

³⁵⁰ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 74 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos...» op. cit., p. 524; SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad...», op. cit., p. 214.

³⁵¹ El aspirante a detective privado debe reunir, con carácter general, los siguientes requisitos (art. 53 RSP):

- a. Ser mayor de edad.
- b. Tener la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- c. Poseer la aptitud física y la capacidad psíquica necesarias para el ejercicio de las respectivas funciones sin padecer enfermedad que impida el ejercicio de las mismas.
- d. Carecer de antecedentes penales.
- e. No haber sido condenado por intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del secreto de las comunicaciones o de otros derechos fundamentales en los cinco años anteriores a la solicitud.
- f. No haber sido sancionado en los dos o cuatro años anteriores, respectivamente, por infracción grave o muy grave en materia de seguridad.
- g. No haber sido separado del servicio en las Fuerzas Armadas o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

no pueden en ningún caso «utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones» (art. 19.4 LSP), quedando además «obligados a guardar riguroso secreto de las investigaciones que realicen y no podrán facilitar datos sobre estas más que a las personas que se las encomienden y a los órganos judiciales y policiales competentes para el ejercicio de sus funciones» (art. 103 RSP). En tercer lugar el art. 265.1.5 LEC prevé que puedan aportarse en el proceso acompañando a las demandas «los informes, elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquellas apoyen sus pretensiones»³⁵². Finalmente, los detectives privados están sometidos a un registro inicial de sus actividades y a un control periódico de su actividad por parte del Cuerpo Nacional de Policía (art. 105 RSP y ss.).

Este respaldo legal y control administrativo es el que legitima la actuación exclusiva de los detectives en materia de investigaciones privadas según ha señalado la STS de 19 de febrero de 2008 (RJ\2008\1742), al indicar que los detectives privados son la «única figura que el legislador autoriza para la intervención en los diversos ámbitos materiales de la información e investigación privada», desautorizándose cualquier

-
- h. No haber ejercido funciones de control de las entidades, servicios o actuaciones de seguridad, vigilancia o investigación privadas, ni de su personal o medios, como miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los dos años anteriores a la solicitud.
 - i. Superar las pruebas que acrediten los conocimientos y la capacitación necesarios para el ejercicio de las respectivas funciones.

Y con carácter específico debe (art. 54.5 RSP):

- a. Estar en posesión del título de Bachiller, de Técnico Superior, de Técnico en las profesiones que se determinen, u otros equivalentes a efectos profesionales, o superiores.
- b. Estar en posesión de diploma de detective privado, reconocido a estos efectos en la forma que se determine por Orden del Ministerio del Interior y obtenido después de cursar las enseñanzas programadas y de superar las correspondientes pruebas.

³⁵² «Respecto a esta cuestión la jurisprudencia era reacia a la admisión y eficacia de este tipo de pruebas, aunque con anterioridad a la LEC 1/2000 ya se venían admitiendo y atribuyendo eficacia probatoria, calificando tales informes de prueba documental, pero se les privaba de eficacia probatoria si dichos informes no eran ratificados en el acto del juicio a través de la correspondiente prueba testifical; en la actualidad la jurisprudencia alude a este medio de prueba, bien como prueba documental al hacer referencia al informe escrito del detective, o testifical cuando se alude a las manifestaciones del detective en el acto del juicio, si bien lo verdaderamente importante es la relevancia probatoria que a dichos medios de prueba debe atribuirse». MORENO GARCÍA, J.A.: «Informes de los detectives privados y prueba en el proceso», Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº1, junio 2007, p. 6-7.

prestación de ese tipo servicios profesionales por parte del personal que no cuente con la habilitación o autorización administrativa correspondiente³⁵³.

Todo ello nos indica que, si se considera necesario, y siempre sobre los aspectos del candidato que tengan una relación objetiva con el puesto de trabajo a cubrir, pueden realizarse investigaciones mediante el uso de detectives privados siempre que se respeten los derechos fundamentales correspondientes.

³⁵³ Como indica la citada sentencia, la intención de la LSP era «proceder a la unificación -y reglamentar de forma uniforme- la única figura que debía subsistir en el ámbito de la investigación privada, como son los detectives privados» pues realizar dichas investigaciones sin ese respaldo legal constituiría la «aceptación de una situación al margen de los parámetros constitucionales establecidos en materias tales como la regulación de las carreras profesionales o la protección de los derechos fundamentales».

CAPÍTULO IV: DESARROLLO DEL PROCESO DE SELECCIÓN DE PERSONAL

El proceso de selección de personal se desarrolla, con mayor o menor grado de formalización, en una serie de fases cuyo objetivo es ir eliminando candidatos hasta determinar finalmente cuál es el más adecuado al puesto a cubrir³⁵⁴.

La primera fase se inicia con la determinación del perfil profesional, es decir, el conjunto de características o requisitos de diversa índole que debe poseer el trabajador que cubra la vacante existente en la empresa³⁵⁵. Esta fase, caracterizada por un complejo análisis del puesto mediante las técnicas más diversas, escapa al ámbito de esta obra, por lo que remitimos al lector a diferentes trabajos³⁵⁶.

Una vez la empresa ya sabe qué tipo de perfil de candidato precisa para cubrir el puesto de trabajo que ofrece, empieza la fase de reclutamiento, donde la difusión de la oferta de trabajo se convierte en la actividad central.

La tercera fase es la de selección propiamente dicha, donde se aplicarán diferentes instrumentos, técnicas y pruebas para obtener información sobre los candidatos, con el fin de valorar su aptitud profesional.

En la cuarta y última fase se evalúan las informaciones obtenidas en la fase anterior y se decide o no sobre la contratación de los diferentes candidatos.

³⁵⁴ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión*, Pirámide, Madrid, 1999, p. 290.

³⁵⁵ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo, reclutamiento y formación en España*, Pirámide, Madrid, 1996, p. 134.

³⁵⁶ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 134 y ss.; COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección. Marco de actuación para obtener el éxito*, Ediciones Paraninfo, Madrid, 2005, p. 29 y ss.; LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 251 y ss.; MONDY, R.W. y NOE, R.M.: *Administración de Recursos Humanos*, 6ª ed., Prentice Hall Hispanoamericana, México, 1997, p. 90 y ss.

1.- Fase de reclutamiento.

1.1.- Oferta de empleo y reclutamiento.

El proceso de selección de personal suele iniciarse con la publicación de una oferta de trabajo o de empleo, es decir, mediante «el anuncio de posibles contrataciones laborales dirigidas al público»³⁵⁷. En otras ocasiones el proceso de selección y contratación se inicia con una oferta no pública, mediante el comúnmente denominado «boca a boca», entre las personas cercanas al empresario (amigos, familiares, trabajadores, clientes, etc.)³⁵⁸.

Debemos señalar que la oferta de empleo publicada debe ajustarse a lo dispuesto en la legislación, y debe responder a las reales condiciones del puesto ofertado, de lo contrario será considerada infracción grave (art. 15.5 LISOS). Además, constituirá también infracción muy grave «solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado» (art. 16.2 LISOS)³⁵⁹. Pese a lo expuesto, y sobre este tema nos hemos extendido en el cap. II, no es extraño encontrar publicadas ofertas de empleo que encierran una preferencia sexual en su redacción, o que directamente van dirigidas a un sexo determinado³⁶⁰, siendo también común el establecimiento de una edad máxima o mínima para poder acceder al empleo³⁶¹.

³⁵⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Autonomía individual y...», op. cit., p. 44.

³⁵⁸ FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 87-88.

³⁵⁹ Un ejemplo lo constituye la STSJ de Cataluña, de 10 de noviembre de 2006 (JUR\2007\58878) que confirma la sanción administrativa de 3.000 euros impuesta por la Autoridad laboral a una empresa que había publicado una oferta de empleo en la que exigía a los candidatos, entre otros requisitos, una edad comprendida entre los 35 y los 45 años.

³⁶⁰ FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 89. Un ejemplo sería «Buscamos para nuestra empresa de distribución una colaboradora de la Dirección con experiencia», extraído de la STJUE de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto Draehmpaehl.

³⁶¹ Un ejemplo sería establecer como requisito para un puesto de trabajo «Edad entre 35-45 años», extraído de la STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2006 (JUR\2007\58878)

En ese sentido, se «considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar» y siempre se «considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico» (art. 22 bis LE).

En cuanto a la obligación de que la oferta de empleo deba responder a las «reales condiciones del puesto ofertado», hemos podido constatar que empieza a generalizarse, por parte de las empresas, la práctica de publicar ofertas falsas en portales de empleo virtuales, con la intención de que parezca que dichas empresas siguen contratando personal en tiempos de crisis económica. Se utiliza así la publicación de falsas ofertas de empleo como un intento de enmascarar la situación económica empresarial, dando a entender frente a la competencia y frente al público en general (consumidores, instituciones públicas, etc.) que la empresa sigue creando empleo y creciendo económicamente; en definitiva, que sigue viva en el mercado. Estas conductas no solo son sancionables en virtud del art. 15.5 LISOS, sino que también atentan contra el derecho a la protección de datos de carácter personal, al obtenerse datos de forma engañosa o fraudulenta (art. 43.4 LOPD) y sin someterse al criterio de pertinencia/racionalidad (art. 4.1 LOPD).

La oferta de trabajo, además de resultar veraz y no discriminatoria, es conveniente que contenga la siguiente información³⁶²:

- a) Datos referentes al puesto de trabajo vacante: nombre del puesto y funciones más relevantes, remuneración, lugar de prestación de servicios, tipo de jornada o contrato, etc.
- b) Requisitos exigidos al candidato: titulación académica, conocimientos específicos (idiomas, informática), experiencia profesional, etc.

³⁶² Seguimos en este punto a ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 191 y ss. Los datos más importantes que debe contener una oferta de empleo para atraer a los candidatos son la descripción del empleo, la mención del salario, las responsabilidades clave, las perspectivas de desarrollo y la fecha límite de respuesta a la oferta, COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 83.

- c) Información referente a la empresa: nombre de la empresa o sector de actividad en el que se encuadra³⁶³, plantilla, tiempo de implantación en el sector, productos y servicios ofrecidos, facturación, etc.
- d) Forma de contacto con la empresa: actualmente la más utilizada es la remisión del *curriculum vitae* del candidato a una cuenta de correo electrónico de la persona que realizará la selección de personal.

A nuestro entender, en la oferta publicada debería indicarse el lugar y el tipo de pruebas de selección que se realizarán, incluyendo la advertencia de que los datos aportados serán verificados y ampliados mediante una investigación de las referencias y antecedentes laborales del candidato, si es que finalmente se van a realizar dichas actividades. Además, la AEPD ha señalado que en la oferta de empleo debería indicarse también la información del art. 5 LOPD³⁶⁴, es decir, la «existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información».

La oferta puede publicarse en la prensa, en la página web de la propia empresa, en centros de formación, asociaciones, organizaciones empresariales o sindicales, en portales virtuales de empleo, redes sociales virtuales³⁶⁵, etc. Tal y como se indicó en el cap. III, pueden utilizarse intermediarios como las agencias de colocación o los servicios públicos de empleo. En este último caso, la LE establece, respecto a estas entidades intermediadoras, que si apreciasen carácter discriminatorio en las ofertas, lo comunicarán a quienes la hubiesen formulado, pues deben «velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo» (art. 22 bis LE).

³⁶³ Los motivos por los que la empresa decide omitir su nombre en la oferta de trabajo son diversos y en principio lícitos: se evitan recomendaciones y presiones en el proceso de selección, se evita suministrar información sensible a la competencia (apertura de nuevas sucursales, por ejemplo), etc. ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 196.

³⁶⁴ AEPD: *La protección de datos en las relaciones laborales*, disponible en www.agpd.es, p. 9.

³⁶⁵ Muchas empresas están realizando sus propios procesos de reclutamiento en las redes sociales para luego dejar en manos de especialistas el proceso de selección. De esta forma, se ahorran los costes de publicación y de búsqueda de perfiles idóneos, lo que representa un posible ahorro que va del 30% al 40% del proceso total de contratación, ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 18.

La máxima difusión de la oferta permitirá una máxima afluencia de candidatos, entre los que se podrá empezar a escoger al que ocupará finalmente el puesto de trabajo. Resulta necesario que el número de posibles candidatos que reúnan los requisitos, en principio idóneos, supere con abundancia las vacantes a cubrir; de lo contrario, la posibilidad de selección se desvanecerá o se reducirá a una mera contratación de quien se presente a la oferta³⁶⁶. A esta búsqueda inicial y obtención de candidatos interesados en el puesto de trabajo ofertado se la denomina reclutamiento³⁶⁷ y es una fase muy importante del proceso de selección. De hecho, se ha estimado que resulta más útil en términos de coste/beneficio realizar un buen reclutamiento y un método de selección pobre, que utilizar un reclutamiento pobre y aplicar posteriormente un método de selección bastante bueno³⁶⁸.

1.2.- Recepción y criba de *curriculum vitae*.

La respuesta de un candidato a la oferta de empleo de una empresa se produce en la mayoría de ocasiones haciéndole llegar su *curriculum vitae*. Se trata de un documento que elabora el propio candidato en el que constan sus datos personales, titulaciones académicas obtenidas, su experiencia laboral y profesional, conocimientos de idiomas, etc.³⁶⁹ Actualmente se suelen personalizar los *curriculum vitae* según la oferta a la que vayan dirigidos, ponderándose unos méritos por encima de otros.

Según la AEPD, si el candidato ha presentado su *curriculum vitae* «sin habersele solicitado deben fijarse procedimientos de información que supongan algún acuse o confirmación de conocer las condiciones en las que se desarrollará el tratamiento»³⁷⁰.

³⁶⁶ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión de los recursos humanos en las organizaciones*, 6ª ed., Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005, p. 134.

³⁶⁷ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 291.

³⁶⁸ COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 87.

³⁶⁹ Debido a las diferentes ventajas que obtienen los empresarios por la contratación de discapacitados, este tipo de candidatos indican en su *curriculum vitae* datos relativos a sus discapacidades (físicas o mentales), incluyendo tanto la especificación de la minusvalía concreta como el grado (o porcentaje) de incidencia en el desarrollo de las actividades diarias habituales. Debe tenerse en cuenta que dichos datos son considerados como especialmente protegidos, por lo que el afectado debe consentir expresamente su recogida y tratamiento (art. 7.3 LOPD), AEPD: *Selección de personal...*, op. cit., p. 26.

³⁷⁰ AEPD: *La protección de...*, op. cit., p. 10. Por ejemplo, si el candidato presentó el *curriculum vitae* en un mostrador u oficina de atención debería ser informado allí por cualquier medio que acredite el cumplimiento de este deber como por ejemplo carteles, documentos de acuse de recibo y en general cualquier medio que garantice y permita probar el cumplimiento del deber de información.

Sobre esta cuestión, es interesante destacar que en los casos en que el envío del *curriculum vitae* se realiza mediante correo electrónico o a través de Internet mediante la complementación de un formulario, la AEPD ha detectado incumplimientos relacionados con el art. 5 LOPD tanto en portales de empleo virtuales, como en páginas web de empresas de selección, de ETT's y de grandes compañías³⁷¹. Por eso la propia AEPD ha indicado que, en el caso de que el *curriculum vitae* se haya remitido por correo electrónico y se cuente con una dirección electrónica facilitada por el propio interesado, puede remitírsele información por ese medio solicitando confirmación de la recepción y condicionando el tratamiento de los datos al acuse de recibo³⁷².

En general, al consistir el proceso de selección en una recogida y tratamiento de datos de carácter personal, habrá que estar a lo comentado en anteriores capítulos en relación a esta cuestión, amén de lo concerniente al resto de derechos fundamentales que pueden verse vulnerados (derecho a la intimidad, a la no discriminación, etc.).

Mediante la lectura de los *curriculum vitae* presentados (o el tratamiento automatizado de los mismos³⁷³), el seleccionador podrá llevar a cabo una primera criba que valorará los requisitos básicos del perfil del candidato, reduciendo el número de personas que seguirán en el proceso de selección. Si hay más de una persona aceptando o desechando los *curriculum vitae*, deberá haber una coherencia entre ellos en lo que se refiere a los criterios que utilizan en sus juicios³⁷⁴.

2.- Aplicación de las pruebas de selección.

Una vez se ha obtenido un número de candidatos que cumplen los requisitos iniciales del puesto ofertado, se sigue el proceso sometiéndoles a las pruebas de valoración de la aptitud profesional que se consideran más adecuadas, que vengan impuestas por el convenio colectivo o que la empresa pueda permitirse económicamente³⁷⁵. Antes debe informárseles de todas las pruebas que se van llevar a

³⁷¹ AEPD: *Selección de personal...*, op. cit., p. 24.

³⁷² AEPD: *La protección de...*, op. cit., p. 10.

³⁷³ AEPD: *Selección de personal...*, op. cit., p. 21.

³⁷⁴ COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 91.

³⁷⁵ Sobre estos y otros criterios véase ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 205-206.

cabo, la fecha en que se realizarán, la duración previsible del proceso, incluyendo el aviso de que su *curriculum vitae* y sus antecedentes laborales van ser verificados e investigados.

Las pruebas de selección escogidas dependerán de las características del puesto de trabajo a ocupar. Estas tienen una orientación claramente predictiva, ya que intentan pronosticar la probabilidad de éxito que tendrían los sujetos en el desempeño del puesto de trabajo, «tanto desde el punto de vista técnico como social y de integración a la empresa»³⁷⁶.

Por este motivo las pruebas de selección deben cumplir dos condiciones: fiabilidad y validez. La primera significa que, si una técnica de selección es utilizada para medir el grado en el que un candidato cumple uno o varios requisitos definidos por la empresa, las mediciones que tal técnica suministre deben estar libres de error cada vez que se empleen sobre un mismo candidato, siempre y cuando los requisitos y características que se tratan de medir no hayan cambiado³⁷⁷. El diseño de las pruebas de selección resulta determinante a la hora de proporcionar fiabilidad a las mismas, pero en ocasiones la fiabilidad depende de la calidad de los juicios emitidos por un evaluador³⁷⁸, como veremos en el caso de la entrevista de selección o las técnicas de simulación.

Por su parte, la condición de validez de una prueba de selección se produce cuando esta mide efectivamente el requisito que se desea medir en el candidato, y a su vez permite predecir el rendimiento futuro del mismo³⁷⁹. Ambas condiciones, fiabilidad y validez, están estrechamente relacionadas en el siguiente sentido: si una prueba tiene poca fiabilidad, su validez predictora también será baja, aunque la existencia de fiabilidad en sí no garantiza su validez³⁸⁰.

³⁷⁶ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 296.

³⁷⁷ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 208.

³⁷⁸ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 212. Sobre esta cuestión véase COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 52.

³⁷⁹ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 212-213.

³⁸⁰ MONDY, R.W. y NOE, R.M.: *Administración de Recursos...*, op. cit., p. 193. Para profundizar en los tipos de validez puede verse COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 52 y ss.

2.1.- Cuestionarios biográficos.

El cuestionario biográfico es una versión estandarizada de lo que sería un *curriculum vitae*, es decir, contiene preguntas estructuradas sobre datos personales, profesionales y académicos del candidato. Así la empresa tiene ordenados ese tipo de datos de cada candidato y le es más fácil analizarlos y evaluarlos. Además permite obtener informaciones que el candidato puede haber omitido por desconocimiento en su *curriculum vitae*, pero que a la empresa le son de interés como, por ejemplo, el conocimiento de idiomas o programas informáticos, datos de anteriores empleadores con el fin de comprobar referencias, etc. El peligro de este tipo de cuestionarios es que pueden incluir preguntas intrascendentes a efectos de comprobar la capacidad profesional del candidato en relación con el puesto a ocupar y que se inmiscuyan en su esfera privada y moral³⁸¹. De producirse esa situación, la doctrina ha entendido que el candidato podría dar una respuesta incorrecta o falsa, al igual que si se produjera durante una entrevista oral³⁸², excepto si se trata de los supuestos especiales en que el empresario tiene derecho a conocer determinados datos privados del candidato, necesarios para valorar su idoneidad.

Un ejemplo de esto último lo constituiría la STS de 14 de noviembre de 1992 (RJ\1993\3738), que justifica el uso de un cuestionario³⁸³ que contiene preguntas de

³⁸¹ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 113. Preguntas referidas al estado civil, personas a cargo, responsabilidades asumidas fuera del trabajo, número de hijos, etc... FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 98-99. En ocasiones los portales de empleo virtuales permiten la posibilidad de que el seleccionador incluya cuestionarios de este tipo en las ofertas de empleo que publican. La AEPD también ha advertido del peligro que supone el hecho de que los mencionados portales de empleo generalmente «no realizan un control sobre el contenido de estos cuestionarios, a pesar de que las respuestas van a formar parte de un fichero del que son responsables los propios portales, pudiendo ocurrir que entre estos datos figuren algunos cuya recogida pueda vulnerar los derechos de los candidatos, por no respetar los requisitos de adecuación, pertinencia y no exceso previstos en el artículo 4.1 de la LOPD o, incluso, por constituir datos de los que el artículo 7 de la LOPD considera especialmente protegidos», AEPD: *Selección de personal...*, op. cit., p. 20.

³⁸² GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 90-91; DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 114; AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 4; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a...*, op. cit., p. 51.

³⁸³ La sentencia lo denomina «test» y entiende que sirve para evaluar la personalidad y el carácter del candidato, aunque creemos que lo confunde con un test o prueba psicotécnica ya que esos aspectos se evalúan mejor mediante esas técnicas. No obstante, si en los cuestionarios biográficos se incluyen preguntas que permiten evaluar constructos psicológicos, pueden servir como emulación de un test de

índole personal durante los procesos de selección de trabajadores de las empresas ejecutoras de contratos públicos «cuando el desempeño de tales trabajos, implique el conocimiento o acceso a cuestiones u objetos relacionados con la defensa nacional o la seguridad del Estado». El cuestionario debe ceñirse a «los estrictos fines de prevenir la mejor salvaguarda de las cuestiones atinentes a la seguridad nacional o del Estado», por lo que «en ningún caso puede implicar ningún gravamen o perjuicio en la promoción profesional del trabajador» ni «ninguna pregunta o “ítem” puede suponer la vulneración del núcleo o contenido esencial de ninguno de los derechos fundamentales proclamados como tales en nuestra Constitución».

Podemos observar que es posible aplicar en estos casos la doctrina de la proporcionalidad, al indicarse que «tales respuestas han de ser valoradas, única y exclusivamente a los preventivos fines de la debida salvaguarda de la seguridad del Estado, no existiendo ninguna vulneración de derechos de libertad ideológica, o de la intimidad personal, siempre que se guarde la debida proporcionalidad entre la afectación del derecho fundamental respecto a la garantía constitucional de la seguridad del Estado». Según la Sala serían lícitas las preguntas formuladas a un ciudadano extranjero «sobre fecha y lugar de las anteriores entradas, en España, con la ruta de los viajes y su finalidad, así como que explique por qué no ha solicitado la nacionalidad española»; preguntas sobre «la relación de los lugares de residencia desde la mayoría de edad, los países extranjeros visitados, o el nombre y apellidos de los padres, cónyuge, hijos y hermanos mayores»; el requerimiento de «identificar a cinco personas que puedan dar referencias del interrogado e indicar si ha tenido relaciones con gobiernos extranjeros», ya que la pregunta «es perfectamente adecuada a los fines perseguidos, sobre la capacidad de no revelar secretos o cuestiones afectantes a la seguridad nacional». Todas estas cuestiones guardan una «justa y evidente relación de proporcionalidad entre la posible leve restricción de esos derechos y la seguridad del Estado». Únicamente resultan ilícitas dos preguntas del cuestionario: una primera, sobre la indicación de organizaciones o asociaciones con las que tiene o ha tenido relación el candidato, se estima que vulnera el derecho contenido en el art. 16.2 CE «puesto que la pertenencia a una Agrupación o Asociación política, o sindical o religiosa, o cultural determina y presupone de hecho, una concreta ideología, religión o creencias» que el candidato «se

ve coaccionado a declarar»; la segunda pregunta ilícita versa sobre las posibles sanciones impuestas por autoridades civiles o militares y se considera «un ataque al honor o intimidad personal, grave y directo, garantizado en el art. 18.1 de la CE, y al derecho a la presunción de inocencia y a no confesarse culpable, del art. 24 del mismo cuerpo legal».

2.2.- Pruebas profesionales.

Las pruebas profesionales sirven para medir lo que el candidato conoce y ha aprendido³⁸⁴. Se trata de ejercicios que intentan reproducir las condiciones de trabajo que se va a encontrar el candidato en su futuro trabajo, por ejemplo, encargar a un administrativo que mecanografié un texto, o a un mecánico que repare alguna pieza de un vehículo o maquinaria. Las pruebas profesionales se utilizan para puestos en los que el trabajo está claramente definido y es fácil de comprobar, por lo que no se recomienda para la selección de directivos, pues estos llevan a cabo funciones que por su variedad, complejidad e indefinición, se resisten a ser probadas y resultan de difícil evaluación³⁸⁵.

Este tipo de pruebas las debe supervisar un trabajador o mando de la empresa experto en la materia (los seleccionadores es muy posible que no puedan evaluar correctamente la prueba) y es conveniente que se realicen en el futuro puesto de trabajo, con los medios técnicos idénticos a los que en la realidad debería utilizar el candidato³⁸⁶. Si se llevan a cabo siguiendo estas premisas las pruebas profesionales son los factores más válidos para predecir el rendimiento global en el trabajo³⁸⁷.

Ciertas pruebas profesionales tienen el inconveniente de resultar caras, tanto en diseño como en desarrollo³⁸⁸, y las de tipo mecánico pueden provocar pérdidas económicas importantes a causa de una mala operación por parte del candidato, e

³⁸⁴ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de captación y selección de personal*, 2ª ed., Gestión 2000, Barcelona, 2001, p. 121.

³⁸⁵ PUCHOL, L.: *Dirección y gestión de recursos humanos*, 6ª ed., Díez de Santos, Madrid, 2005, p. 83.

³⁸⁶ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 158.

³⁸⁷ COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 113.

³⁸⁸ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 230; COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 113.

incluso entrañar riesgo de accidente³⁸⁹. Debe tenerse en cuenta la normativa de prevención de riesgos laborales en estos supuestos.

2.3.- Pruebas o exámenes de conocimientos.

Este tipo de pruebas consisten en la realización de exámenes (similares a los académicos) sobre conocimientos teóricos de diversas materias, evaluando así el grado de conocimientos y habilidades adquiridos por el candidato a través del estudio o de la práctica. Pueden llevarse a cabo de forma individual o colectiva, oralmente o por escrito, y versar sobre áreas del conocimiento general o específicas del puesto de trabajo a cubrir³⁹⁰. Los exámenes escritos que requieren respuestas más o menos extensas o desarrolladas, también permiten evaluar la capacidad de expresión, de análisis, de sistematización y de síntesis del candidato³⁹¹.

Los exámenes de conocimientos, especialmente cuando adoptan la forma de «test de respuestas múltiples», suelen ser muy utilizados cuando nos encontramos ante un número elevado de candidatos porque facilitan en gran medida la tarea de valoración de los mismos³⁹².

Para FABREGAT MONFORT constituyen el sistema de selección más beneficioso en pro de la igualdad sustancial de oportunidades en el acceso al empleo, habida cuenta de que la objetividad que debe caracterizar su valoración o puntuación, puede permitir detectar cualquier discriminación, por ejemplo sexual, que con su imposición se pretenda realizar³⁹³.

Respecto al dominio de idiomas, conviene no conformarse con la aportación por parte del candidato de títulos o certificados, ya que con el paso del tiempo estos conocimientos se pueden perder. Lo más efectivo es realizar un examen escrito de traducción inversa (traducir un texto al idioma cuyo conocimiento se pretende evaluar),

³⁸⁹ PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 83.

³⁹⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 5.

³⁹¹ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 228.

³⁹² ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 228.

³⁹³ FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 97-98.

un examen oral con un profesor acreditado, o bien puede realizarse una parte o la totalidad de la entrevista de selección en el idioma en cuestión³⁹⁴.

2.4.- Técnicas de simulación y *assessment center*.

Las técnicas de simulación se usan predominantemente para cubrir puestos de nivel directivo y consisten en la realización de una serie de ejercicios relacionados con el puesto que los candidatos van a desempeñar, en los que son evaluados por un grupo de psicólogos profesionales y directivos con experiencia³⁹⁵. Se trataría de una versión más compleja de las anteriormente mencionadas pruebas profesionales, pues para evaluarlas resulta necesario contar con un equipo especializado de expertos y trabajar mediante un procedimiento estructurado denominado *assessment center* (centro de evaluación). Estas pruebas parecen ser estimadores válidos del rendimiento en un puesto directivo³⁹⁶, aunque cada vez se están extendiendo más hacia cualquier tipo de puesto, porque estas técnicas permiten valorar, además de los conocimientos profesionales, la capacidad de trabajo en grupo, las habilidades comunicativas y organizativas, etc.

El inconveniente de este tipo de evaluación es su alto coste económico y de tiempo, ya que a pesar de estar evaluando a la vez a varias personas (lo habitual son grupos de máximo seis o siete candidatos), la duración de este proceso completo suele ser de dos días y previamente ha habido un período de formación de los evaluadores y un diseño de las pruebas³⁹⁷. En cualquier caso, algunas técnicas pueden fácilmente adaptarse a las necesidades de la empresa, como sería el caso de los juegos de rol o de las dinámicas de grupo, por lo que cada vez más se están llevando a cabo fuera de un procedimiento de *assessment center*.

Existen diferentes variantes de técnicas de simulación, individuales y grupales, que veremos a continuación. Antes debemos señalar que, a nuestro juicio, este tipo de

³⁹⁴ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 121.

³⁹⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 7.

³⁹⁶ GÓMEZ-MEJÍA, L.R., BALKIN, D.B. y CARDY, L.R.: *Dirección y gestión de recursos humanos*, 3ª ed., Prentice Hall, Madrid, 2001, p. 199.

³⁹⁷ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 122. El motivo de realizar evaluaciones que duren varios días es que se tiene la idea de que en ellas al candidato le resultará más difícil «engañar» a sus evaluadores, COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 114.

pruebas en ocasiones pueden atentar contra la dignidad del candidato, por obligarle a realizar tareas humillantes, vejatorias o con un exceso de tensión no admisible.

2.4.1.- Prueba de bandeja o *in basket*.

En esta prueba, que se realiza de forma individual, se parte de la ficción de que el candidato ha sido nombrado director de un departamento y se encuentra en la bandeja de asuntos pendientes de la mesa de su despacho (de ahí la denominación *in-basket*) una serie de documentos (informes, planes, notas, cartas, etc.)³⁹⁸. El candidato debe trabajar con esta documentación como si estuviera realmente ocupando el puesto de trabajo, lo que significa que no debe mencionar lo que haría, sino hacerlo efectivamente, es decir, debe escribir cartas e informes, preparar una agenda para reuniones, preparar notas y delegar asuntos, entre otras muchas cuestiones³⁹⁹.

Los evaluadores observarán las acciones del candidato, lo que les permitirá evaluar la capacidad de planificación y organización del candidato, la iniciativa, la capacidad de asumir riesgos, la innovación y la capacidad de decisión⁴⁰⁰. La valoración de la prueba no comprenderá solamente el resultado que alcance el ejercicio, sino también cómo se ha desarrollado la prueba⁴⁰¹.

La prueba de bandeja presenta el inconveniente de que las condiciones situacionales en las que se realiza son, por lo general, muy distintas a las que se encuentran en el puesto de trabajo real; en principio porque muchas decisiones diarias se toman verbalmente y en combinación con otros, mientras que el ejercicio en bandeja suele requerir una respuesta escrita y no oral. Para evitar este problema, se recomienda registrar respuestas verbales y escritas e intentar que las condiciones situacionales sean lo más realistas posibles⁴⁰².

³⁹⁸ PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 84.

³⁹⁹ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 229.

⁴⁰⁰ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 122.

⁴⁰¹ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 150.

⁴⁰² COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 116-117.

2.4.2.- Ejercicios de análisis y presentación.

Este tipo de prueba se realiza individualmente para cada candidato, al que se le entrega una documentación que debe analizar en un tiempo predeterminado y sobre la cual deberá basar una posterior presentación, exponiendo sus conclusiones o decisiones de manera clara y convincente⁴⁰³. Esta técnica resulta útil para evaluar la capacidad de organización y planificación, la comunicación, la capacidad de toma de decisiones y la iniciativa de los candidatos⁴⁰⁴.

2.4.3.- Juego de rol o *role-play*.

Estos ejercicios simulan una situación interactiva entre dos profesionales, como por ejemplo la venta de un producto o una negociación de cualquier tipo, y requieren la presencia de tres personas: el candidato, el actor y el evaluador⁴⁰⁵. El actor interactúa con el candidato y, por el rol que desempeña, permite observar determinadas competencias como la capacidad de negociación, de comunicación oral, la flexibilidad y la asertividad⁴⁰⁶.

2.4.4.- Dinámicas de grupo.

En este ejercicio se solicita a un grupo de candidatos que discutan sobre un determinado asunto o problema relacionado con el puesto de trabajo, durante un período de tiempo (máximo una hora), debiendo adoptar una decisión final⁴⁰⁷. Se puede realizar con hasta seis candidatos y dos evaluadores, o bien con hasta cuatro candidatos y un evaluador. Esta técnica, debido a su fuerte componente de interacción entre personas, ha acabado utilizándose en procesos de selección para cubrir puestos de trabajo que impliquen un mínimo de trabajo en equipo o de comunicación con terceros, ya sean trabajadores o clientes de la empresa.

⁴⁰³ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...» op. cit., p. 7.

⁴⁰⁴ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 122.

⁴⁰⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...» op. cit., p. 7.

⁴⁰⁶ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 122.

⁴⁰⁷ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 229.

La dinámica de grupo puede realizarse de dos formas: la primera es asignando un rol a cada participante, por lo que deberán representar un papel dentro del grupo para defender el problema planteado; en la segunda modalidad no se asignan roles y se observa cómo se posiciona cada candidato para llegar a la solución del problema⁴⁰⁸.

Con este tipo de prueba se evalúa tanto la calidad de las aportaciones personales como la habilidad para trabajar en equipo, para negociar, la capacidad de liderazgo, la expresión oral, la iniciativa personal, etc.⁴⁰⁹

En determinadas circunstancias se puede crear un clima de tensión, por la propia discusión del caso planteado. En ese caso debe evitarse cualquier ataque a la dignidad de los candidatos en forma de faltas de respeto, acoso de cualquier tipo, etc. Si el caso a debatir no guarda relación con el puesto de trabajo a ocupar, a nuestro entender se puede vulnerar el derecho a la intimidad de los candidatos porque pueden abordarse temas morales o privados. Piénsese que la participación resulta clave en este tipo de pruebas, por lo que un candidato que, para evitar exponer aspectos de su vida privada o de su ideología participa mucho menos que otros que sí los exponen, puede verse en desventaja frente a los mismos y estar sufriendo una discriminación.

2.5.- Test psicométricos/psicotécnicos o examen psicológico.

Los test psicométricos o psicotécnicos son pruebas estandarizadas (aplicadas antes a un grupo normativo, el cual sirve de pauta para comparar con los futuros candidatos) cuyo objetivo es pronosticar el grado de aproximación del candidato al puesto a cubrir, al permitir describir, clasificar y explicar su comportamiento, sus habilidades y sus capacidades⁴¹⁰. Pero al igual que este método sirve para medir las aptitudes del candidato también «permite indagar sobre ciertos rasgos específicos de la personalidad, que, en ocasiones, se adentran demasiado en la intimidad de la persona (inteligencia, grado de conflictividad, sociabilidad, emotividad, madurez...), quedando,

⁴⁰⁸ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 122.

⁴⁰⁹ PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 84.

⁴¹⁰ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 150. Para conocer el origen de los test psicotécnicos véase ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 231 y ss.

a veces, injustificado el conocimiento de esos factores en relación con el puesto de trabajo a desempeñar»⁴¹¹.

Otra crítica a los test psicotécnicos es que su validez puede estar influida: de una parte, por la situación de tensión o estrés en la que se encuentren los candidatos; y de otra, por el grado de experiencia de estos en la realización de las pruebas, pues muchas se han comercializado en forma de libros y además han proliferado academias donde se adiestra para superarlas exitosamente⁴¹².

Las pruebas psicométricas deben ser utilizadas por personal especializado (psicólogos) pero hay que tomarlas «como un elemento más en el proceso de selección, nunca el único, y ayudan, cuanto menos, para eliminar candidatos si se combinan con los demás instrumentos de selección»⁴¹³.

Existen tres tipos de test que pueden utilizarse en los procesos de selección de personal con el fin de medir diferentes aspectos del individuo, siendo, dos de ellos, los más respetuosos con el derecho a la intimidad de los candidatos y un tercero que resulta más criticable desde la tutela de los derechos fundamentales.

2.5.1.- Test psicométricos que no vulneran la esfera privada del candidato.

En primer lugar podemos referirnos a los test de inteligencia, los cuales inciden en los aspectos lógicos analíticos, deductivos, de abstracción, asociación, razonamiento, juicio y ponderación de la inteligencia humana⁴¹⁴. Estos test se realizan en un tiempo limitado y se anima al candidato a obtener la mayor puntuación posible⁴¹⁵. Este tipo de prueba no plantea problemas en relación con el derecho a la intimidad del candidato, siempre que el conocimiento de esta información sea imprescindible, según criterios

⁴¹¹ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 115.

⁴¹² ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 235; PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 84; PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 150. Sobre los efectos de la práctica y el entrenamiento de este tipo de pruebas véase CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la selección de personal*, TEA Ediciones, Madrid, 2010, p. 173 y ss.

⁴¹³ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 150.

⁴¹⁴ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...* op. cit. p. 297.

⁴¹⁵ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 232.

objetivos, para el desarrollo del puesto de trabajo a cubrir⁴¹⁶. Algunos autores indican que las personas con una elevada inteligencia o habilidad cognitiva general pueden aprender más y más deprisa, y que pueden adaptarse más rápidamente a condiciones cambiantes, por lo que serían mejores trabajadores⁴¹⁷. Actualmente se ha incidido también en la capacidad para identificar y gestionar las emociones propias y las de los demás como indicador de éxito laboral, la denominada «inteligencia emocional», que en realidad es un tipo de rasgo de la personalidad (rasgo IE)⁴¹⁸. Esta habilidad produce «inclinación hacia la motivación, el entusiasmo y la satisfacción, así como habilidades sociales (facilidad para la comunicación, resolución de conflictos, etc.) y, especialmente, la empatía (capacidad de experimentar cómo se encuentra otra persona intuyendo sus sentimientos), todo ello, muy conveniente para relacionarse con otras personas (clientes, proveedores, grupos, equipos de trabajo, etc.)»⁴¹⁹.

En segundo lugar tenemos los test de aptitudes, los cuales hacen hincapié en aquellas capacidades necesarias para la realización de tareas concretas y específicas, midiendo la predisposición innata o adquirida para hacer algo. Se pueden medir las aptitudes mecánicas, administrativas, psicomotoras, psicosensores, espaciales, etc.,⁴²⁰ por lo que según el puesto de trabajo a ocupar se utilizarán unos test de aptitudes u otros⁴²¹. Son el tipo de test que, entendemos, es más respetuoso con la esfera privada del candidato, aunque deben aplicarse únicamente los que sean necesarios para evaluar la aptitud profesional concreta requerida para el puesto de trabajo ofertado.

2.5.2.- Test psicométricos que pueden vulnerar la esfera privada del candidato.

Los test de personalidad son los que mayores críticas y menor admisibilidad merecen porque aportan información detallada sobre los aspectos más recónditos y

⁴¹⁶ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 94.

⁴¹⁷ GÓMEZ-MEJÍA, L.R., BALKIN, D.B. y CARDY, L.R.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 193. En el mismo sentido COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 129. Un análisis en profundidad sobre esta cuestión puede verse en CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 168 y ss.

⁴¹⁸ CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 230 y ss.

⁴¹⁹ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 150.

⁴²⁰ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 297. En el mismo sentido OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 117.

⁴²¹ Algunos ejemplos de uso en PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 150.

profundos del ser humano⁴²² que no tienen relevancia objetiva para la mayoría de puestos de trabajo, «y sobre cuyos resultados y utilización de la información el candidato carece de cualquier garantía»⁴²³. La personalidad podría ser definida en palabras llanas como «lo que hace que la conducta de la persona sea similar en contextos diversos y al mismo tiempo lo que hace que sea una conducta distinta de la de otras personas»⁴²⁴; de ahí la importancia como factor predictivo que se le ha otorgado en la selección de personal.

Este tipo de pruebas suelen tomar la forma de cuestionarios en los que el candidato debe elegir entre dos o más respuestas alternativas. No se le anima a obtener la mayor puntuación posible, porque lo que se pretende es que el candidato proporcione una información veraz sobre sí mismo, o sobre las cuestiones que se le plantean, o simplemente que se muestre tal como es⁴²⁵.

La clave de la intrusión en la intimidad del candidato es precisamente que los cuestionarios «consisten en listas de preguntas y afirmaciones referentes al comportamiento, los sentimientos, las actitudes y opiniones, los gustos y orientación cultural del sujeto frente a circunstancias determinadas»⁴²⁶. De este modo, además de medir la estabilidad emocional, la iniciativa, la responsabilidad, la sinceridad, la lealtad, la agresividad, la independencia, la autonomía, etc.⁴²⁷, se pueden obtener informaciones realmente privadas no relacionadas en absoluto con el desempeño del puesto de trabajo.

⁴²² GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 95.

⁴²³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a...*, op. cit., p. 11.

⁴²⁴ CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 187.

⁴²⁵ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 233.

⁴²⁶ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 150. Puede observarse lo indicado con el siguiente ejemplo de test con afirmaciones para determinar si un candidato es apto para trabajar en equipo (el candidato debe manifestar si está de acuerdo o no con la afirmación): «Cuando viajo en tren o en avión hablo siempre con mis compañeros de viaje»; «Me encantaría tener una casa con un gran salón para poder recibir visitas a menudo»; «Si veo a unos niños peleándose no intervengo. Siempre puede escaparse algún golpe»; «La costumbre de desear un Feliz Año nuevo es muy importante porque permite mantener o cultivar las relaciones»; «Hay gente que dice no estar enferma nunca. Me parece que trabajar es la enfermedad de algunos. Yo, personalmente, si estoy cansado voy al médico y me pido la baja», CARABIN, T.M.: *Test de aptitudes profesionales*, Editorial De Vecchi, Barcelona, 1998, p. 50 y ss.

⁴²⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 6. Mediante los test de personalidad también pueden detectarse enfermedades y disfunciones psicológicas cuyo conocimiento puede estar justificado para determinadas actividades, como piloto de líneas aéreas o patronos de buques; mientras que en otros casos, «salvo problemas graves fácilmente detectables, no parece tener ningún sentido», BLASCO PELLICER, A.: «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador», en AAVV (dir. BORRAJO DACRUZ, E.): *Trabajo y libertades públicas*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, p. 258.

2.5.3.- La postura doctrinal y jurisprudencial frente a los test psicométricos.

Al respecto de la utilización de test psicométricos que contengan preguntas que invadan la esfera privada del candidato, incluidas algunas que incidan «en planos tan esenciales como es la vida afectiva y sexual», la STSJ de Castilla y León de 3 de diciembre de 1996 (AS\1996/3998) ha establecido dos requisitos que deben reunir dichas pruebas para respetar el derecho a la intimidad del candidato: en primer lugar, el candidato debe manifestar su conformidad a someterse al test⁴²⁸, «sin que la mera sugerencia o indicación de la empresa de colaboración o actitud positiva y no meramente omisiva, pueda considerarse como agresión del derecho personal»; en segundo lugar, la finalidad de realización del test debe ser la protección de otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, la preservación de la integridad física del propio trabajador y de sus compañeros, ya que el puesto a ocupar consiste en el manejo de maquinaria pesada.

Parece que, al igual que sucedía con el cuestionario biográfico de la STS de 14 de noviembre de 1992 (RJ\1993\3738), mencionado en apartados anteriores, se justifican las preguntas de índole personal en atención al necesario respeto a derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física o la garantía constitucional de la seguridad nacional. Nótese que nos encontramos ante empleos que requieren un nivel de responsabilidad elevado en su desempeño al guardar una estrecha relación con diversos derechos y garantías constitucionales, por lo que a priori podría entenderse que, a mayor responsabilidad requerida por el puesto, mayor puede ser también el nivel de intrusismo en la esfera privada del candidato.

En ese sentido, el ATC de 3 de diciembre de 1998 (RTC\1998\272 AUTO) estima como razonable y necesario, por la propia naturaleza del puesto de trabajo a ocupar, «el obtener información sobre el perfil psicológico y humano de las personas que opten al desempeño de un puesto de trabajo como el control del tráfico aéreo». Y

⁴²⁸ Requisito irrelevante por la situación de debilidad económica y jurídica del candidato frente al empresario según DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 116, GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 92, AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 7 y BLASCO PELLICER, A.: «El deber empresarial...», op. cit., p. 259.

por esa misma razón, la inclusión en el proceso de selección de personal de una prueba psicotécnica «no supone tampoco una infracción del derecho a la intimidad, derecho que, como otros derechos fundamentales, no es de carácter absoluto, de modo que puede ceder "ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel derecho haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado para alcanzarlo, y en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho" (SSTC 57/1994 y 143/1994)».

En este caso la evaluación psicológica se realizó mediante pruebas eliminatorias: primero se llevaron a cabo test, cuestionarios y pruebas objetivas, y posteriormente se efectuó una entrevista personal con preguntas estandarizadas, cuyo resultado desfavorable propició la reclamación de la candidata. Durante el desarrollo de la entrevista, y con el fin de valorar «la personalidad y madurez, la sociabilidad y la facilidad de trabajo en grupo» de la aspirante, se le realizaron preguntas como: «colegio en el que cursó los estudios de bachillerato, si se costeó o no con su trabajo los estudios universitarios, profesión de los padres y hermanos, tipo de ambiente en el que vivía su familia, actividad que había empleado en el último fin de semana, en cuántas casas había vivido y si éstas eran propias o de alquiler, en qué organizaciones y asociaciones estaba comprometida , etc».

Pues bien, el órgano resolutorio no encuentra desproporcionados esos contenidos y preguntas respecto de la finalidad de la prueba, quizás por la explicación que daremos a continuación.

En general, se ha considerado por la doctrina que, los únicos profesionales habilitados para realizar este tipo de pruebas de evaluación psicológica, son los psicólogos debidamente colegiados. Estos expertos están obligados a guardar secreto respecto a las manifestaciones, datos psicotécnicos u otras observaciones del candidato y solamente pueden informar al empresario de los datos obtenidos del candidato que sean necesarios para el desarrollo del puesto de trabajo al que aspira⁴²⁹. Incluso, en ocasiones, la corrección del test se realiza mediante una clave o código, por lo que ni siquiera el psicólogo conoce la respuesta exacta del candidato a las preguntas de índole

⁴²⁹ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 118.

privada, sino que tan solo obtiene unos resultados evaluativos codificados en forma numérica. De esta manera, se cumplen los requisitos para que el candidato pueda preservar su derecho a la intimidad, a la vez que se obtiene el perfil de su personalidad, requerido por las especiales características del puesto a ocupar.

Un último apunte relacionado con la discriminación por razón de sexo: parte de la doctrina ha considerado que la validez predictiva de muchos de estos test de personalidad queda a veces en entredicho, pues a menudo las mujeres puntúan «peor» que los hombres, por ser efectuados los baremos únicamente con muestras de varones. Por lo tanto, para garantizar la no discriminación en este tipo de pruebas, se debe valorar si los baremos que en las mismas se establecen, no parten de una visión estereotipada, así como si las preguntas de los test tienen en cuenta la influencia de factores culturales que pueden producir una respuesta diferente en hombres y mujeres⁴³⁰.

2.6.- Pruebas grafológicas.

Las pruebas grafológicas consisten en el análisis pormenorizado de la escritura manuscrita del candidato, basándose en la suposición de que los rasgos básicos de la personalidad de quien escribe se verán reflejados en su escritura manual⁴³¹. A partir de la obtención de esos datos de personalidad se pueden extraer conclusiones sobre el comportamiento que el candidato tendrá en el trabajo⁴³². Se trata de una prueba que, en general, suele utilizarse como complementaria de otras pruebas psicotécnicas, aunque su uso en España en la selección de personal no está muy extendido⁴³³. Como indica DE VICENTE PACHÉS «lo criticable de este método de indagación psicológica es que permite conocer toda la personalidad del aspirante, sin limitación alguna a lo que interesa a efectos laborales»⁴³⁴.

⁴³⁰ FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 98.

⁴³¹ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 150.

⁴³² COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 150.

⁴³³ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 232. El uso predominante de la grafología en los procesos de selección de personal se da en Francia, COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 150 y CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 19.

⁴³⁴ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 120.

Aún así, nosotros consideramos que la grafología no es útil para seleccionar futuros trabajadores pues, no solo no es capaz de estimar válidamente el rendimiento laboral, sino que incluso se duda de que sea un método viable para evaluar el carácter, la personalidad y las capacidades de una persona. Nos apoyamos en los numerosos estudios científicos que así lo han demostrado⁴³⁵.

2.7.- Entrevista de selección.

La entrevista es el método de selección más utilizado y sus resultados suelen ser determinantes a la hora de tomar la decisión de contratación del candidato. Por más sencillo o complejo que sea un proceso de selección, éste siempre incluirá una entrevista final, más o menos breve, con el candidato⁴³⁶. Este método permite obtener, como consecuencia del trato directo con el candidato, la mayor información deseada sobre el mismo, tanto en su esfera profesional como personal, constatando verdaderamente la forma de ser, actuar y pensar del aspirante⁴³⁷.

Las finalidades de una entrevista de selección son⁴³⁸:

- a) Presentar en profundidad el puesto de trabajo y la empresa si no se han realizado pruebas anteriores, pues en este último caso las características del puesto entendemos que ya deben haberse descrito a los candidatos. Lo contrario implicaría una falta de información, al mismo tiempo que vulneraría el deber de buena fe.
- b) Obtener información para evaluar la idoneidad del candidato respecto al puesto de trabajo.

⁴³⁵ Un resumen de los mismos puede verse en COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 152-153 y CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 25-28.

⁴³⁶ «La entrevista de empleo es especialmente significativa porque se considera que los solicitantes que llegan a esta etapa son los candidatos más prometedores (...) y han tenido calificaciones satisfactorias en las pruebas de selección», MONDY, R.W. y NOE, R.M.: *Administración de Recursos...*, op. cit., p. 200. Las entrevistas llevan empleándose en el ámbito de la selección de personal desde hace más de 200 años, por ejemplo, en la Marina Real británica, CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 53.

⁴³⁷ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 109.

⁴³⁸ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 299; PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 158. En similares términos ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236.

- c) Suscitar un sentimiento de buena voluntad del candidato hacia su futura posible empresa, es decir, transmitir una buena imagen de la misma aunque posteriormente se desestime al candidato.

2.7.1.- Tipos de entrevistas de selección.

Existen variadas tipologías de entrevistas de selección en atención a diferentes criterios: según la forma en la que se realizan las preguntas, según el número de personas que intervienen o según el grado de tensión que se introduzca durante el desarrollo de la misma.

2.7.1.1.- Según la forma en la que el entrevistador realiza las preguntas.

Según este criterio podemos encontrarnos ante tres tipos de entrevistas.

En primer lugar hablaríamos de la entrevista estructurada, también denominada estandarizada, planificada o dirigida. Se caracteriza porque el entrevistador, con anterioridad al desarrollo de la entrevista, elabora un cuestionario o lista de preguntas, que se realizarán, sin grandes cambios, a todos los candidatos⁴³⁹. Este tipo de entrevista no permite la flexibilidad por parte del entrevistador, impidiéndole profundizar sobre las respuestas y, por otra parte, al entrevistado tampoco se le permite extenderse en sus respuestas⁴⁴⁰. Se pretende así que el candidato dé respuestas concisas y concretas, sin dar lugar a divagaciones o explicaciones, por lo que se busca únicamente información objetiva⁴⁴¹, y además se pueden valorar y comparar por igual las respuestas de todos los candidatos⁴⁴². Se ha afirmado que este tipo de entrevistas, por las características mencionadas, son «estimadores válidos del rendimiento laboral»⁴⁴³, aunque no es

⁴³⁹ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236.

⁴⁴⁰ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 158.

⁴⁴¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 3.

⁴⁴² ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236.

⁴⁴³ «Una serie de factores son probablemente los responsables de esta elevada validez. En primer lugar, el contenido de la entrevista estructurada está, por su diseño, limitado a los factores relacionados con el trabajo. Segundo, las preguntas que se plantean se hacen a todos los entrevistados. Tercero, todas las respuestas se puntúan de la misma manera. Finalmente, puesto que normalmente hay un grupo de entrevistadores que lleva a cabo las entrevistas estructuradas, se limita el efecto de la idiosincrasia y el sesgo de cada entrevistador», GÓMEZ-MEJÍA, L.R., BALKIN, D.B. y CARDY, L.R.: *Dirección y*

menos cierto que puede resultar incómoda por el carácter de interrogatorio que presenta⁴⁴⁴.

En segundo lugar, y como contraposición al primer tipo, encontramos la entrevista no estructurada, también denominada libre o no dirigida. En este tipo de entrevistas se identifican previamente unos temas generales sobre los que se va a tratar y se realizan preguntas abiertas que normalmente requieren de una respuesta amplia por parte del candidato⁴⁴⁵. Esta modalidad se orienta principalmente a la obtención de datos subjetivos, como el carácter o la personalidad del candidato⁴⁴⁶.

En tercer lugar hallamos la entrevista mixta o semiestructurada, combinación de las dos anteriores, en las que, si bien se ha trazado previamente una planificación de las preguntas a formular, existirá la libertad de desarrollarlas y de pedir más información por parte del entrevistador: por una parte, preguntando sobre detalles de cada respuesta y, por la otra, pudiendo ampliar las respuestas de forma que siempre se cubran los campos más importantes⁴⁴⁷.

Las dos últimas tipologías presentan un peligro de invasión de la esfera privada del candidato, pues durante el transcurso de la entrevista se puede derivar hacia temas que vulneren el derecho a la intimidad o a la no discriminación. Ante las preguntas intrusivas se puede dar una respuesta falsa, como ya hemos señalado en anteriores ocasiones, al ser la única forma posible en ese momento de defender un derecho fundamental⁴⁴⁸.

En otro sentido, las entrevistas de selección poco estructuradas presentan menos fiabilidad y validez, ya que en las mismas interviene fuertemente la subjetividad del

gestión..., op. cit., p. 195. En el mismo sentido COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 99 y ss.

⁴⁴⁴ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 110.

⁴⁴⁵ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236.

⁴⁴⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 3; LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 300.

⁴⁴⁷ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 158.

⁴⁴⁸ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a...*, op. cit., p. 90-91; DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 113; AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 4; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a...*, op. cit., p. 51.

entrevistador, por lo que el éxito de esta técnica depende en gran medida de la experiencia y profesionalidad de la persona que la conduce⁴⁴⁹.

2.7.1.2.- Según el número de participantes en la entrevista.

Según el número de entrevistadores y de candidatos podemos encontrarnos ante los siguientes tipos de entrevistas.

La entrevista individual es la más común y en ella participan un entrevistador y un candidato, buscándose así un adecuado clima de confianza que favorezca la comunicación⁴⁵⁰ y que redunde en la espontaneidad de la entrevista⁴⁵¹.

En segundo lugar tenemos la denominada entrevista de panel (*panel interviews*), donde cada candidato es entrevistado por un grupo de entrevistadores, normalmente entre tres y seis⁴⁵². Esta modalidad permite contrastar opiniones sobre los entrevistados⁴⁵³ y su uso resulta muy común durante los procesos selectivos de las administraciones públicas, o cuando la negociación colectiva impone la presencia de los representantes de los trabajadores en este ámbito. Se ha estimado que un equipo de entrevistadores bien seleccionados, bien capacitados y con una buena capacidad de percepción realizará evaluaciones más precisas y fiables⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236. «El entrevistador es un ser humano y, por tanto, es susceptible de sufrir una serie de influencias que sesgan sus juicios sobre el candidato y, además, socavan la fiabilidad de la entrevista y su validez predictiva», DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 111-112. Pueden verse los errores más comunes en los que puede caer un entrevistador en LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit. p. 300 y PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 85. «Para realizar un estudio de fiabilidad de la entrevista habría que contar con varios entrevistadores cualificados, grupos de candidatos que reuniesen unos requisitos comunes, unos puestos de trabajo perfectamente definidos, una situación estable del mercado de trabajo, etc., lo cual complica extraordinariamente la realización de estudios de fiabilidad y validez», OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 76.

⁴⁵⁰ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236.

⁴⁵¹ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 300.

⁴⁵² ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236.

⁴⁵³ Aunque somete al candidato a una «fuerte tensión emocional», LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 300. En el mismo sentido ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236 y AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 3.

⁴⁵⁴ CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 72.

En tercer lugar mencionaríamos las entrevistas sucesivas o compartimentadas, que no son más que una serie de entrevistas individuales que realiza un candidato con diferentes entrevistadores, cada uno experto en alguna materia relacionada con el puesto de trabajo a cubrir. En principio intervienen un seleccionador de personal que analiza preferentemente los aspectos de personalidad, siendo los restantes entrevistadores miembros de la empresa, que valorarán las capacidades profesionales del candidato. Cada uno de ellos emite su voto, positivo o negativo, por separado, y el candidato solamente es seleccionado si es aceptado por unanimidad⁴⁵⁵.

Por último tenemos las entrevistas de grupo, poco utilizadas en selección de personal, en las que dos o más candidatos son entrevistados por uno o varios entrevistadores⁴⁵⁶, por lo que pueden confundirse fácilmente con la técnica de la dinámica de grupo, anteriormente explicada. Tienen el inconveniente de que es difícil diferenciar los aspectos individuales, aunque permite apreciar cómo se comporta el candidato en grupo⁴⁵⁷.

Como conclusión a este apartado, podemos indicar que las entrevistas en las que únicamente participa un candidato presentan el problema de su difícil reconstrucción, si se quisiera utilizar esta como medio de prueba para demostrar la intrusión en la esfera privada y moral del candidato y las posibles discriminaciones ilícitas⁴⁵⁸.

2.7.1.3.- Según el grado de tensión durante la entrevista.

En ocasiones durante la entrevista deliberadamente se introducen elementos que pueden producir tensión emocional o estrés en los candidatos, tales como frecuentes interrupciones durante la entrevista, preguntas agresivas, dudas acerca de la capacidad del candidato, etc. Se abandona en este caso la idea de que la entrevista debe lograr un cierto clima de confianza para facilitar el intercambio de la información, buscándose la valoración de las reacciones del candidato a ese grado de tensión, por la sencilla razón

⁴⁵⁵ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit. p. 300 y PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 85.

⁴⁵⁶ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236.

⁴⁵⁷ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 300 y PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 85.

⁴⁵⁸ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 112.

de que en el puesto de trabajo a ocupar se producirán frecuentemente este tipo de situaciones⁴⁵⁹. Distinguimos entonces entre entrevistas normales o entrevistas de tensión o ansiógenas, con las que se pretende «comprobar el nivel de autocontrol del candidato en situaciones extremas»⁴⁶⁰.

A nuestro juicio, y en atención a la dignidad del candidato, las entrevistas deben llevarse a cabo en un tono adecuado y respetuoso, sin menosprecios hacia las características del candidato, en un ambiente sin tensión provocada por el entrevistador, etc. Entendemos que existen métodos anteriormente expuestos (los test psicotécnicos o las técnicas de simulación, por ejemplo) que permiten observar estas características de los candidatos, sin necesidad de hacerle pasar por situaciones ofensivas que pueden vulnerar su dignidad. Es más, algunos profesionales de los recursos humanos consideran que el intercambio de información en un ambiente tenso a menudo conduce a la distorsión y a la mala interpretación, por lo que «los datos obtenidos no son el tipo de información sobre la que se puede basar una decisión de selección»⁴⁶¹.

3.- Verificación y ampliación de la información sobre el candidato.

Entre la fase de pruebas de selección y la decisión final, pueden llevarse a cabo otras actividades con la finalidad de verificar o ampliar las informaciones que ha suministrado el candidato en su currículum o en las entrevistas realizadas⁴⁶². La característica principal de estos métodos de selección, y su diferencia con las anteriores, es que la información sobre el candidato se obtiene de otras fuentes y no de él mismo.

3.1.- Finalidades de la fase de verificación/ampliación de información sobre los candidatos.

Se estima que en Estados Unidos alrededor del 95% de las empresas verifican y comprueban las referencias y los antecedentes de los candidatos que participan en los

⁴⁵⁹ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 236.

⁴⁶⁰ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 300 y PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 85.

⁴⁶¹ MONDY, R.W. y NOE, R.M.: *Administración de Recursos...*, op. cit., p. 205.

⁴⁶² AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 8.

procesos de selección⁴⁶³. El porcentaje en nuestro país es mucho menor pues apenas llega al 55% según datos de 1994⁴⁶⁴, y ello se debe, en nuestra opinión, a las diferentes finalidades que se persiguen al utilizar esos métodos de obtención de información.

3.1.1.- Verificar la información aportada por el candidato.

El primero de los motivos que se esgrimen para estudiar los antecedentes laborales del candidato es comprobar que la información que ha aportado durante el proceso de selección sobre su aptitud profesional es verídica⁴⁶⁵.

Pensemos que el proceso de selección de personal es un acto colectivo en el que concurren una serie de candidatos para optar a un puesto de trabajo. Por ello debe garantizarse la objetividad del mismo, y eso implica una diligencia a la hora de comprobar que la información que facilitan los candidatos sobre sí mismos es veraz.

Ello se fundamenta en la observancia del deber de buena fe, que debe estar presente durante todo el proceso de selección. Tal deber no solamente obliga al empresario, sino que también obliga a los candidatos, como partes que pretenden concluir un contrato, a aportar información «veraz, clara y sin ambages» en orden a «contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo»⁴⁶⁶. Pero además, si uno de los candidatos miente durante el proceso (a no ser que la mentira esté justificada para preservar su derecho a la intimidad, como hemos visto anteriormente) adjudicándose, por ejemplo, méritos que no posee, se está desequilibrando fraudulentamente a su favor el proceso de selección, perjudicando al resto de partícipes que sí se están comportando con arreglo al principio de buena fe⁴⁶⁷.

⁴⁶³ DESSLER, G.: *Administración de personal*, 8ª ed, Pearson Educación, México, 2001, p. 190. Las también elevadas cifras sobre el uso de referencias en Reino Unido pueden verse en COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 155.

⁴⁶⁴ Véase la tabla de CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 83.

⁴⁶⁵ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 239; DESSLER, G.: *Administración de personal*, op. cit., p. 190; MONDY, R.W. y NOE, R.M.: *Administración de Recursos...*, op. cit., p. 209; OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 125; COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 154.

⁴⁶⁶ CONDE MARÍN, E.: *La buena fe...*, op. cit., p.162.

⁴⁶⁷ «Algunos convenios colectivos declaran nulos los contratos de trabajo en los que el trabajador haya incluido datos falsos» y se citan varios ejemplos en AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 4-5.

No obstante, tradicionalmente se ha aceptado que el candidato matice al alza sus cualidades profesionales y personales, al igual que el empresario muestre la mejor imagen posible de la empresa. Sin embargo, tales actos no deben implicar, en ningún caso, la emisión de información no ajustada a la realidad en diversas formas: afirmaciones falsas, engañosas por no ser completas; actuaciones sibilinas o que causen impresiones equivocadas induciendo a error al receptor; prácticas de reserva mental, de ambigüedad calculada, reticencia fraudulenta o, simplemente, el silencio. Todas esas conductas atentan contra el deber de buena fe⁴⁶⁸.

3.1.2.- Ampliar la información sobre el candidato.

Cuando se solicita información del candidato a los anteriores empresarios, además de poder verificar los datos que dicho candidato ha aportado durante las fases anteriores del proceso de selección, se pueden obtener elementos de juicio adicionales para valorar su aptitud profesional y mejorar así la decisión de contratación⁴⁶⁹. De este modo, se pueden ampliar los datos que se habían obtenido, sobretodo en lo referente a la duración de la relación laboral, los puestos ocupados o la categoría profesional, la retribución percibida⁴⁷⁰, la capacidad para trabajar en equipo⁴⁷¹, el comportamiento y las relaciones en el puesto de trabajo⁴⁷².

Esta forma de proceder se fundamenta en dos principios: el primero afirma que el rendimiento del candidato en los puestos que ha ocupado anteriormente es la mejor forma de predecir su futura valía⁴⁷³; el segundo indica que las personas que mejor

⁴⁶⁸ CONDE MARÍN, E.: *La buena fe...*, op. cit., p. 147.

⁴⁶⁹ MONDY, R.W. y NOE, R.M.: *Administración de recursos...*, op. cit., p. 209; RIESGO MÉNGUEZ, L.: *Selección de personal*, 2ª ed., Paraninfo, Madrid, 1990, p. 190.

⁴⁷⁰ MONDY, R.W. y NOE, R.M.: *Administración de recursos...*, op. cit., p. 209; RIESGO MÉNGUEZ, L.: *Selección de personal...*, op. cit., p. 191; OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 126; PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 170; PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 102.

⁴⁷¹ DESSLER, G.: *Administración de personal...*, op. cit., p. 191.

⁴⁷² «Dado que el trabajador por cuenta ajena no se desarrolla de forma individualizada sino inserto en el engranaje empresarial que supone una integración social de las personas que lo conforman». BURGOS GINER, M.A.: «Facultades empresariales de...», op. cit., p. 25.

⁴⁷³ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 239; LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 305; PUCHOL, L.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 102; COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 154.

conocen al candidato son las que mejor información pueden proporcionar sobre él⁴⁷⁴. Sin embargo, hay que señalar que estos principios no son infalibles. El paso del tiempo y los cambios de puesto de trabajo o sector profesional pueden provocar un peor desempeño en trabajadores que anteriormente se desarrollaron con éxito en otras empresas⁴⁷⁵.

3.1.3.- Evitar responsabilidades civiles.

3.1.3.1.- El caso estadounidense.

En Estados Unidos, uno de los principales motivos para estudiar los antecedentes laborales en los procesos de selección es evitar la responsabilidad civil por negligencia en la contratación⁴⁷⁶. La jurisprudencia norteamericana ha venido a establecer que el deber del empresario respecto de no ser negligente en la contratación se infringe «solo cuando el empresario conoce, o debiera conocer, elementos de hecho que alertarían a una persona razonable de que la contratación de un trabajador presenta riesgos indebidos de lesionar a terceras personas a la luz del específico tipo de trabajo que se le va a encomendar»⁴⁷⁷. La negligencia, y la posterior responsabilidad civil derivada de ella, se evitan investigando los antecedentes del candidato y comprobando que no suponen un riesgo para terceros, ya sean clientes u otros trabajadores⁴⁷⁸; o dicho

⁴⁷⁴ COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 154.

⁴⁷⁵ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 305.

⁴⁷⁶ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 95.

⁴⁷⁷ AGUSTINA SANLLHEÍ, J.R.: «Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa. A propósito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad (ex artículo 197 CP)», Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 2, 2009, p. 17. Ejemplos de la jurisprudencia estadounidense sobre el tema son *Petrik v. New Hampshire Ins. Co.*, 379 So.2d 1287 (Fla 1st DCA 1979); *Texas Skaggs, Inc. v. Joannides*, 372 So.2d 985 (Fla 2d DCA 1979); *Abbott v. Payne*, 457 So.2d 1156 (Fla 4th DCA 1984); *Garcia v. Duffy*, 492 So.2d 435 (Fla 2d DCA 1986).

⁴⁷⁸ Alguna normativa así lo establece, como por ejemplo el *Florida Statute*:

«768.096 Employer presumption against negligent hiring:

(1) In a civil action for the death of, or injury or damage to, a third person caused by the intentional tort of an employee, such employee's employer is presumed not to have been negligent in hiring such employee if, before hiring the employee, the employer conducted a background investigation of the prospective employee and the investigation did not reveal any information that reasonably demonstrated the unsuitability of the prospective employee for the particular work to be performed or for the employment in general. A background investigation under this section must include:

(a) Obtaining a criminal background investigation on the prospective employee under subsection (2);

(b) Making a reasonable effort to contact references and former employers of the prospective employee concerning the suitability of the prospective employee for employment;

(c) Requiring the prospective employee to complete a job application form that includes questions concerning whether he or she has ever been convicted of a crime, including details concerning the type of crime, the date of conviction and the penalty imposed, and whether the prospective employee has ever

en otras palabras, si el proceso de selección ha sido realizado de forma eficaz, comprobando la aptitud profesional del candidato mediante las diferentes pruebas y verificando las referencias de sus anteriores empresas.

La intensidad de la investigación dependerá del puesto a cubrir. Será más elevada para puestos que impliquen que los trabajadores van a tener que acceder a hogares o propiedades para desarrollar la prestación laboral (conserjes, lectores de contadores, vigilantes de seguridad, exterminadores, etc.). Otras profesiones que exigen un mayor grado de indagación incluyen a los transportistas, taxistas, trabajadores del ámbito sanitario, etc.⁴⁷⁹

3.1.3.2.- El caso español.

En nuestro ordenamiento, la responsabilidad civil del empresario por ilícitos civiles cometidos por sus dependientes, constituye un supuesto de la denominada responsabilidad por hecho ajeno, en la que quien ocasiona el daño de forma directa o inmediata (el dependiente) no es quien está obligado a repararlo, sino una persona distinta, de la que aquel debe responder (el empresario)⁴⁸⁰. Este tipo de responsabilidad viene regulada en el apartado cuarto del art. 1.903 CC, mientras que en el apartado sexto se exonera de tal obligación al empresario cuando pruebe que empleó «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». Así, nos encontramos ante una presunción de la concurrencia de alguna de las formas de culpa⁴⁸¹, que se denominan *in eligendo*, es decir, por falta de cuidado en la elección del trabajador que

been a defendant in a civil action for intentional tort, including the nature of the intentional tort and the disposition of the action;

(d) Obtaining, with written authorization from the prospective employee, a check of the driver's license record of the prospective employee if such a check is relevant to the work the employee will be performing and if the record can reasonably be obtained; or

(e) Interviewing the prospective employee.

(2) To satisfy the criminal-background-investigation requirement of this section, an employer must request and obtain from the Department of Law Enforcement a check of the information as reported and reflected in the Florida Crime Information Center system as of the date of the request.

(3) The election by an employer not to conduct the investigation specified in subsection (1) does not raise any presumption that the employer failed to use reasonable care in hiring an employee».

⁴⁷⁹ MONDY, R.W. y NOE, R.M.: *Administración de recursos...*, op. cit., p. 211.

⁴⁸⁰ GÓMEZ CALLE, E.: «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno» en *Tratado de responsabilidad civil*, (coord. REGLERO CAMPOS, L.F.), Aranzadi, Navarra, 2002, p. 424.

⁴⁸¹ Además de la presunción de culpa del empresario se presume también el nexo de causalidad entre esa culpa y el daño del que es autor inmediato el dependiente. BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p.184.

produjo el daño; o bien, *in vigilando*, es decir, por falta de control del trabajador cuya custodia tiene encomendada el responsable, en este caso el empresario⁴⁸².

Esta oportunidad de poder probar la diligencia debida con el fin de evitar la responsabilidad parece similar a la aplicada en Estados Unidos, por lo que, en principio, el interés del empresario en elegir correctamente a sus trabajadores podría reforzarse por la existencia de tal precepto normativo. Parece desprenderse la idea de que realizando un exhaustivo proceso de selección de personal, incluyendo la verificación y averiguación de informaciones sobre los candidatos por parte de terceros, se podría probar la diligencia exigida para evitar la obligación de reparar los posibles daños causados por los candidatos finalmente contratados. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha tomado caminos diferentes a la hora de valorar la prueba de la diligencia del empresario. De hecho, esta posibilidad «no ha sido nunca aplicada por la jurisprudencia, que es muy restrictiva a la hora de apreciar causas de exoneración»⁴⁸³, y así los empresarios son sistemáticamente condenados a reparar los daños causados por sus trabajadores precisamente porque los tribunales nunca estiman aportada la prueba exoneradora que contempla el apartado sexto del art. 1.903 CC⁴⁸⁴.

El motivo de esta interpretación jurisprudencial es la tendencia a impregnar este tipo de responsabilidad de un indudable matiz objetivista o «cuasiobjetivista»⁴⁸⁵, con el fin de ser coherentes con el principio *pro damnato*; es decir, se otorga más importancia al resarcimiento a toda costa de la víctima del daño «por razones de convivencia social»⁴⁸⁶, ya que la empresa está en mejor situación de resarcir el daño que el causante directo del mismo, seguramente insolvente⁴⁸⁷. También la jurisprudencia ha utilizado otros argumentos para justificar la no aplicación en su totalidad del fundamento culpabilístico, por ejemplo señalando que es lógico que quien obtiene un beneficio de una actividad que puede crear riesgos, asuma las consecuencias dañosas de esa actividad («teoría de la creación del riesgo»)⁴⁸⁸.

⁴⁸² ROCA Y TRÍAS, E.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 137.

⁴⁸³ ROCA Y TRÍAS, E.: *Derecho de daños...*, op. cit., p. 147.

⁴⁸⁴ GÓMEZ CALLE, E.: «Los sujetos de...», op. cit., p. 426.

⁴⁸⁵ SSTs de 29 de marzo de 1996 (RJ\1996\2203) y de 19 de junio de 2000 (RJ\2000\5291), entre otras.

⁴⁸⁶ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del...*, op. cit., p. 186.

⁴⁸⁷ ROCA Y TRÍAS, E.: *Derecho de daños...*, op. cit., p. 148.

⁴⁸⁸ STS de 31 de diciembre de 2003 (RJ\2004\367).

De manera que la única opción que le queda a un empresario para evitar la responsabilidad civil por ilícitos cometidos por sus trabajadores es demostrar la falta de alguno de los presupuestos específicos, como, por ejemplo, la ausencia de dependencia entre empleador y causante del daño, o de la conexión entre el daño y las funciones que realizaba el trabajador. Asimismo, podemos efectuar una remisión a los principios generales que informan el Derecho de daños, como demostrar que el daño no se ha producido, la culpa exclusiva del perjudicado, la interrupción del nexo causal por intervención de un tercero, etc.⁴⁸⁹.

Así pues, hemos visto que, según la práctica jurisprudencial, una cuidadosa selección de los trabajadores no evita la obligación para el empresario de reparar los daños que estos causen. De todas formas, en nuestra opinión, un exhaustivo y eficaz proceso de selección permite contratar al candidato más idóneo o más profesional, que en principio es el que tiene menos posibilidades de causar daños en el desempeño de sus funciones. Más razón aún si tenemos en cuenta que el art. 120.4º CP establece para el empresario una responsabilidad civil subsidiaria por hechos de sus dependientes o empleados derivada de infracción penal. En este caso sí que la propia normativa impone una responsabilidad de carácter objetivo al no preverse exoneración posible por la debida diligencia, como en el caso del art. 1.903 CC. No cabe aquí esperar una postura jurisprudencial que se base en la culpa *in eligendo*.

3.2.- Formas de verificar y ampliar los datos del candidato.

Existen cuatro formas de verificar y ampliar las informaciones del candidato: desde las más sencillas al alcance de cualquier empresario o seleccionador, hasta la más compleja que precisa recurrir a profesionales de la investigación.

3.2.1.- El estudio de la documentación del candidato.

En las fases finales del proceso de selección puede requerirse al candidato que presente ciertos documentos necesarios para el puesto a cubrir. En determinados casos la tenencia de dichos documentos resulta imprescindible, por imperativo legal, para

⁴⁸⁹ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del...*, op. cit., p. 188.

poder desempeñar el puesto de trabajo. Sería el caso de las autorizaciones de trabajo para los trabajadores extracomunitarios; las habilitaciones profesionales para el personal de seguridad privada y los controladores de accesos en determinadas Comunidades Autónomas; los diferentes permisos de conducir en el caso de los transportistas; carnets profesionales para diversos oficios técnicos; la titulación académica para graduados sociales, abogados, médicos, etc.⁴⁹⁰ En otros casos es el propio convenio colectivo el que exige estar en posesión de ciertas titulaciones para acceder (o priorizar el acceso) a las diferentes categorías profesionales⁴⁹¹.

Finalmente, las características del propio puesto de trabajo pueden requerir el dominio de idiomas o de programas informáticos, la posesión de determinados conocimientos o la experiencia laboral adquirida, que podrán justificarse presentando títulos o certificados de la más diversa índole⁴⁹². Entre ellos destacamos el certificado acreditativo de la formación o experiencia adquirida, que el empresario está obligado a expedir al trabajador que finaliza un contrato de prácticas. Dicho certificado ha de contener la duración, el puesto o puestos de trabajo desempeñados y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos⁴⁹³. En el caso de que el candidato hubiera concertado un contrato para la formación con una empresa anterior, la formación adquirida podrá acreditarse mediante un certificado de profesionalidad y sus correspondientes acreditaciones parciales acumulables⁴⁹⁴.

3.2.2.- La verificación de las referencias proporcionadas por el candidato.

Empieza a ser habitual que, en el proceso de selección para cubrir determinados puestos de trabajo, se le pida al candidato que indique los nombres de sus empleadores anteriores con el fin de pedirles referencias sobre él. Es preferible que las personas a quienes se les soliciten las referencias sean los superiores inmediatos que tuvo el

⁴⁹⁰ Sobre la solicitud de un certificado de antecedentes penales nos remitimos a lo señalado en el cap. II.

⁴⁹¹ BURGOS GINER, M.A.: «Facultades empresariales de...», op. cit., p. 22.

⁴⁹² Sobre la acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación puede verse la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

⁴⁹³ Art. 4 Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

⁴⁹⁴ Art. 11.1 Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

candidato⁴⁹⁵ o los responsables de recursos humanos de las empresas donde trabajó⁴⁹⁶. Los primeros serán los que mejor información podrán aportar, mientras que los segundos suelen ser los más proclives a colaborar, siempre que se lo solicite un colega de profesión debidamente identificado, pues les inspira más confianza. Sin embargo, como hemos visto en el cap. II, el respeto a la legislación actual sobre protección de datos personales implica que los datos archivados en una empresa se encuentran a cargo de un responsable de fichero, que debe encargarse de garantizar la seguridad, evitando su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado (art. 9 LOPD). Por lo tanto, en lo que se refiere a informaciones que puedan estar contenidas en ficheros (informáticos o no), como la duración del contrato o la categoría profesional, los seleccionadores deben dirigirse al responsable del fichero. No obstante, respecto a las informaciones sobre la capacidad profesional del candidato, al no ser habitual que se archiven en fichero alguno (salvo excepciones por motivos de evaluación del desempeño o rendimiento), pueden ser requeridas a cualquiera que no ostente la condición de responsable del mismo, como, por ejemplo, quien mejor conoce el desempeño del candidato, tal y como hemos indicado anteriormente.

No resulta imprescindible solicitar referencias de todos los puestos que ocupó el candidato a lo largo de su vida laboral. No es necesario remontarse a épocas muy lejanas porque se estima que los superiores de las empresas donde el candidato trabajó entre los cinco y diez últimos años son los que aportarán la información de mejor calidad, ya que recordarán más fielmente los hechos relacionados con él⁴⁹⁷. Por lo tanto, para obtener la información más útil tampoco resulta muy eficaz solicitar referencias de empresas donde el candidato prestó sus servicios durante poco tiempo, o que pertenezcan a sectores que no tengan mucha relación con el puesto al que está optando en el actual proceso de selección⁴⁹⁸.

En este punto debemos recordar lo indicado en el cap. II respecto a la cancelación de datos de carácter personal una vez hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que hubieran sido recabados o registrados (art. 4.5

⁴⁹⁵ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 126; RIESGO MÉNGUEZ, L.: *Selección de personal...*, op. cit., p. 192.

⁴⁹⁶ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 170.

⁴⁹⁷ RIESGO MÉNGUEZ, L.: *Selección de personal...*, op. cit., p. 191.

⁴⁹⁸ Si el candidato no posee aún experiencia laboral, se puede solicitar información sobre su capacidad a los docentes de los centros donde ha cursado sus estudios académicos.

LOPD). Eso significa que los datos archivados del candidato a los que antes hemos hecho referencia (categoría profesional, duración de contrato, retribución, etc.) posiblemente ya no se encuentren en la empresa al haberse extinguido la relación laboral, salvo las excepciones que ya se comentaron en el cap. II (por ejemplo, la cesión a una autoridad pública en cumplimiento de alguna obligación legal (art. 11.2 a) LOPD).

Esta petición al candidato, de los nombres de sus anteriores empleadores, se realiza, o bien durante las entrevistas personales, o bien al inicio del proceso de selección cuando se cumplimenta un cuestionario o una solicitud de empleo (las ETTs suelen usar este último método)⁴⁹⁹. En el momento de la petición es requisito imprescindible, como ya se indicó, que el candidato exprese su consentimiento, porque de lo contrario la empresa anterior no podrá comunicar los datos al seleccionador (art. 11.1 LOPD). Asimismo se le deberá informar de que se le pide consentimiento con la finalidad de que las empresas donde ha prestado servicios anteriormente faciliten datos sobre él, para verificar y ampliar las informaciones necesarias para el proceso de selección de personal (art. 11.3 LOPD)⁵⁰⁰.

Una vez el seleccionador conoce los datos de las personas a quién debe dirigirse para que le den las referencias, puede hacerlo de diversos modos:

- a) Por escrito: el seleccionador envía una carta, fax o correo electrónico a los anteriores empleadores, donde solicita la información sobre el candidato, normalmente mediante preguntas estructuradas que facilitan una respuesta ordenada. Se debe adjuntar el documento donde consta el consentimiento del candidato. Si bien esta forma de contacto fue muy habitual en épocas pasadas, en la actualidad se considera de eficacia relativa, porque en muchas ocasiones las informaciones obtenidas han resultado ser insinceras⁵⁰¹ y llenas

⁴⁹⁹ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 126.

⁵⁰⁰ Según la AEPD «no siempre se informa adecuadamente al candidato de la posibilidad de que la información obtenida por esta vía sea tratada o incluso incorporada a un fichero. Por otra parte, el responsable del fichero no siempre es consciente de que si, a través del candidato, se recaban datos personales relativos a contactos (como pueden ser nombre, apellidos y cargo en una determinada entidad), sería de aplicación la obligación de informar dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de tales datos, de conformidad con lo establecido por el artículo 5.4 de la LOPD», AEPD: *Selección de personal...*, op. cit., p. 21.

⁵⁰¹ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 170.

de generalidades poco clarificadoras⁵⁰², al no poder matizarse tanto como en un cambio verbal de impresiones, además de que suele ser lenta en su tramitación⁵⁰³.

- b) Por teléfono: esta es la opción preferida por los seleccionadores para obtener las referencias del candidato⁵⁰⁴. Es un método muy rápido y las respuestas que da el interlocutor resultan más espontáneas, matizadas y permiten un intercambio más personal. Su principal inconveniente es la resistencia a facilitar datos por la dificultad de identificar al solicitante⁵⁰⁵ y la falta de justificación del consentimiento del candidato.

- c) Mediante visitas personales: este método es el que exige más tiempo y, en ocasiones, es difícil conseguir que el seleccionador sea recibido⁵⁰⁶. Sin embargo, es el que aporta una mayor calidad y precisión en la recogida de información⁵⁰⁷.

Pese a que el uso de referencias se encuentra muy extendido entre las empresas del mundo anglosajón, se han descrito varios inconvenientes relacionados con su baja fiabilidad y validez.

El primero de ellos es que las referencias acostumbran a ser opiniones o valoraciones subjetivas sobre un candidato. Por lo tanto, para que sea un método fiable, debería darse la condición de que diferentes personas ofrezcan el mismo tipo de información sobre un mismo candidato. Pues bien, estudios realizados al respecto indican que dicha condición no se cumple, existiendo «más probabilidades de que haya más acuerdo en la forma en que la misma persona describa a distintos candidatos que entre diversos evaluadores que califiquen al mismo candidato»⁵⁰⁸. La subjetividad

⁵⁰² LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 306.

⁵⁰³ RIESGO MÉNGUEZ, L.: *Selección de personal...*, op. cit., p. 191.

⁵⁰⁴ Un 72% de los seleccionadores prefieren este sistema según DESSLER, G.: *Administración de personal...*, op. cit., p. 192.

⁵⁰⁵ RIESGO MÉNGUEZ, L.: *Selección de personal...*, op. cit., p. 192.

⁵⁰⁶ OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 127.

⁵⁰⁷ LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano...*, op. cit., p. 306.

⁵⁰⁸ COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 156. Véanse también los resultados de los diferentes estudios en CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 84 y ss.

aumenta también porque la empresa que selecciona tiene un alto grado de libertad de decisión a la hora de evaluar y ponderar el significado de la información recibida⁵⁰⁹.

El segundo inconveniente es que los candidatos suelen facilitar únicamente datos de antiguos empleadores que saben que darán buenas referencias de ellos, incluso pueden haber quedado de acuerdo entre ellos para este fin⁵¹⁰.

El tercer inconveniente, también denominado «efecto indulgencia», y relacionado parcialmente con el anterior, implica que las informaciones facilitadas por terceros sobre un candidato se realizan de modo tan neutro que no le favorecen ni le perjudican⁵¹¹. En general, se evita proporcionar valoraciones negativas o duras sobre el candidato; incluso, en ocasiones, se opta directamente por no responder a la solicitud de referencias que realiza el seleccionador de personal⁵¹².

Para evitar estos inconvenientes, se ha propuesto que las referencias se soliciten mediante un formato estructurado⁵¹³, es decir, mediante preguntas cerradas de opción múltiple, ítems de elección forzada, escalas comparativas del candidato con el resto de trabajadores, incluir ejemplos concretos para explicar cómo se valoran los atributos de los candidatos, etc.⁵¹⁴

3.2.3.- Las redes sociales virtuales.

Se estima que alrededor del 68% de los españoles que se conectan a Internet utilizan a diario alguna red social virtual⁵¹⁵. Estos novedosos servicios prestados a través de Internet permiten a los usuarios generar un perfil, desde el que hacer públicos

⁵⁰⁹ COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 155.

⁵¹⁰ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 240. Como bien han indicado los expertos «No tiene ningún sentido nombrar a alguien que ofrezca unas malas referencias», COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 157.

⁵¹¹ ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo...*, op. cit., p. 240; COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 157; CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p.87-88.

⁵¹² CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p.87-88.

⁵¹³ COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 156.

⁵¹⁴ CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la...*, op. cit., p. 89 y ss.

⁵¹⁵ Según la 14ª Encuesta a Usuarios de Internet realizada a finales de 2011 por la AIMC, disponible en <http://www.aimc.es/-Navegantes-en-la-Red-.html>.

datos e información personal y les proporcionan herramientas para permitirles interactuar con otros usuarios y localizarlos en función de las características publicadas en sus perfiles⁵¹⁶.

La posibilidad de publicar gran cantidad de datos por los usuarios en las redes sociales y demás plataformas similares como blogs, foros, etc.⁵¹⁷, ha provocado que los encargados de realizar procesos de selección de personal busquen o verifiquen información sobre los candidatos mediante estas vías, esperando encontrar datos complementarios que ayuden a tomar la decisión respecto a quién vaya a ser el sujeto elegido para obtener un empleo⁵¹⁸. Esa información toma formas muy variadas: datos personales, profesionales, académicos, archivos, imágenes, vídeos, opiniones y referencias de otros usuarios, intervenciones en foros de opinión, datos que describen las acciones e interacciones con otras personas, adscripción a grupos determinados, etc. Todo ello permite crear un perfil preciso de los intereses, personalidad y actividades del usuario; datos personales que, en definitiva, pueden ser utilizados por terceros con fines absolutamente distintos, e incluso contrarios a aquellos para los que se proporcionó, inicialmente, la información⁵¹⁹.

Las redes sociales son el instrumento virtual que, en principio, más información puede suministrar sobre un candidato. Pueden distinguirse dos tipos de redes sociales: las generalistas o de ocio, que tiene como finalidad facilitar y potenciar las relaciones personales entre los usuarios que la componen⁵²⁰; y las redes profesionales, creadas y diseñadas con la finalidad de poner en contacto y mantener la relación a nivel profesional con diferentes sujetos que tengan interés para el usuario⁵²¹. Estas últimas son, por su propia finalidad, las que deberían utilizarse para contactar con posibles

⁵¹⁶ INTECO y AEPD: *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, 2009, disponible en www.inteco.es y www.agpd.es, p. 38.

⁵¹⁷ Se ha pasado de una etapa en que la que el usuario era un mero consumidor de contenidos creados por terceros con conocimientos de programación (la denominada Web 1.0), a una nueva etapa (Web 2.0) donde ya es posible la participación del usuario en Internet mediante herramientas o aplicaciones como las redes sociales, los foros, los blogs y los sitios webs que permiten compartir vídeos, imágenes, enlaces, etc. Sobre esta evolución véase ACED, C.: *Perfiles profesionales 2.0*, Editorial UOC, Barcelona, 2010, p. 15 y ss.

⁵¹⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de Internet», RTSS CEF, nº 340, 2011, p. 142.

⁵¹⁹ CARDONA RUBERT, M.B.: “La utilización de redes sociales en el ámbito de la empresa”, RDS, nº 52, 2010, p. 70.

⁵²⁰ INTECO y AEPD: *Estudio sobre la...*, op. cit., p. 40.

⁵²¹ INTECO y AEPD: *Estudio sobre la...*, op. cit., p. 43.

candidatos o para complementar la información sobre la aptitud profesional de los que ya estén inmersos en un proceso de selección. Para el candidato o trabajador suponen así la mejora en «la búsqueda de nuevas oportunidades de empleo, el establecimiento de nuevos contactos profesionales o la promoción laboral»⁵²².

Sin embargo, pese a las ventajas que ofrecen las redes sociales para los diferentes tipos de usuarios, se han identificado una serie de peligros o riesgos que conlleva su uso, riesgos que se sitúan en la «órbita de la intimidad y la privacidad»⁵²³.

En primer lugar, y pese a que, en última instancia, es el propio usuario el que tiene la facultad de determinar y acotar la información personal que quiere mostrar y a quién quiere mostrársela (público general o solo a sus contactos autorizados), el usuario medio acaba publicando en la red social mucha más información y de carácter más sensible de lo que es consciente, como por ejemplo el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, afiliación sindical, datos relativos a su salud, vida sexual, etc.⁵²⁴ Se ha indicado acertadamente por parte de la doctrina que «el fenómeno de las redes sociales viene a suponer una especie de renuncia más o menos tácita a la intimidad y la privacidad personales»⁵²⁵. A esta relajación del propio derecho a la intimidad personal, hay que sumarle la posibilidad de que se añada a las redes sociales información sobre terceros que en modo alguno han consentido tal incorporación y que quedan así expuestos a intromisiones en su intimidad, ni queridas ni conocidas⁵²⁶.

⁵²² Le permite también «entrar en contacto con otros profesionales de su sector a través de conocidos comunes de confianza, ayudando a mejorar las conexiones con otras personas que, en circunstancias habituales, serían inaccesibles debido a su cargo o responsabilidad», INTECO y AEPD: *Estudio sobre la...*, op. cit., p. 43. En similares términos, ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 119.

⁵²³ TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano...», op. cit., p. 131. Véase también CALVO GALLEGU, F.J.: «TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales», ref. BIB 2012\56, Westlaw-Aranzadi.

⁵²⁴ CARDONA RUBERT, M.B.: «La utilización de...», op. cit., p. 71.

⁵²⁵ TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano...», op. cit., p. 132. En este sentido, la plataforma de *microblogging* Twitter, que basa su servicio en la actualización constante de los perfiles de los usuarios mediante pequeños mensajes de texto, permite poner a disposición del resto de usuarios información clara, concisa, sencilla y rápida sobre las actividades que se están realizando en ese momento, impresiones, pensamientos, publicaciones, etc. Pese a que esta herramienta no puede considerarse como red social porque no conlleva una interacción entre los usuarios de la misma, en nuestra opinión, resulta un claro ejemplo de cómo se fomenta y anima constantemente a divulgar todo tipo de información personal en Internet.

⁵²⁶ TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano...», op. cit., p. 134. En el mismo sentido CARDONA RUBERT, M.B.: «La utilización de...», op. cit., p. 71, quien hace hincapié en la indefensión que generan estas prácticas, puesto que en muchas ocasiones las personas son desconocedoras de que existe información disponible sobre ellas en la red, especialmente si no son usuarias de dicha red social. En tal caso ni siquiera les es posible utilizar el sistema de denuncias internas que la propia red social habilita

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con el anterior peligro, existe la posibilidad de que el candidato pierda el control de la información que él mismo ha incorporado a las redes sociales virtuales, vulnerándose así el derecho a la protección de datos de carácter personal. Constituye un error muy común que el usuario no establezca adecuadamente su perfil de privacidad en el momento de su registro en la red social, bien por desconocimiento o bien porque la propia red no disponga de estas opciones de configuración. Súmese a todo esto que, con frecuencia, esta opción de privacidad se encuentra activada por defecto en la plataforma en la modalidad que permite el máximo de publicidad⁵²⁷. Por lo tanto, los datos del candidato pueden quedar accesibles al público en general y no solo a quien el usuario pretendía autorizar, perdiendo así el control sobre la información. Y aun proporcionando esa información únicamente a sus contactos, o eliminándola poco después al percibir la gran publicidad de las informaciones, existe la posibilidad de que los datos hayan sido copiados o descargados en soportes sobre los que el candidato no tenga ningún control. Darse de baja del servicio de la red social puede que tampoco sea la solución para preservar la privacidad, pues a pesar de la cancelación de la cuenta, en ocasiones la información íntima del usuario puede «continuar publicada y ser accesible desde los perfiles de otros usuarios, además de indexada y almacenada en la caché de los distintos buscadores existentes en Internet»⁵²⁸.

En tercer lugar, existe la posibilidad de que se publique en las redes sociales información falsa, errónea o desactualizada, lo que puede llevar a elaborar juicios totalmente subjetivos y carentes de fiabilidad sobre una persona, sin contar con la posible vulneración del derecho al honor. La posibilidad de encontrar datos desactualizados, debido a la perennidad de la información que aparece en Internet, ha

para solicitar a su administrador la retirada de un determinado comentario, vídeo o imagen que atente contra su derecho a la intimidad, honor y propia imagen. Sobre las medidas empleadas para proteger los mencionado derechos véase INTECO y AEPD: *Estudio sobre la...*, op. cit., p. 78 y ss.

⁵²⁷ INTECO y AEPD: *Estudio sobre la...*, op. cit., p. 74. «La configuración que ofrece el proveedor del servicio debería ser, por defecto, la más proteccionista con la privacidad del usuario así como facilitar la eliminación de manera sencilla de los datos contenidos en el perfil, si así lo desea el usuario», PANIZA FULLANA, M.A.: «Redes sociales, derechos de los usuarios y privacidad», Datospersonales.org, La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 41, 2009, p. 1.

⁵²⁸ INTECO y AEPD: *Estudio sobre la...*, op. cit., p. 75. Como ejemplo de la gran capacidad de indexación de la red social Facebook, esta es una de las primeras referencias que aparecen en la herramienta de búsqueda Google al teclear un nombre y apellidos de un usuario de dicha red. Por ese motivo es utilizada por los profesionales de la selección de personal para ver información sobre los candidatos, ALASTRUEY, R.: *Empleo 2.0*, Editorial UOC, Barcelona, 2009, p. 75.

propiciado el interés doctrinal en el denominado «derecho al olvido digital» que podría definirse como «un derecho que exige que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; como un derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene». Se trata de una manifestación del «derecho de la ciudadanía a cancelar y oponerse al tratamiento de sus datos personales, cuando estos han dejado de ser útiles o necesarios para el propósito con el que fueron recabados o publicados»⁵²⁹.

Precisamente este último punto sobre la baja fiabilidad de determinadas informaciones que aparecen en las redes sociales, es el que hace recelar a los expertos en selección de personal sobre si es conveniente usar los datos obtenidos en esos medios para decidir sobre la contratación o no de un candidato. Por ejemplo, la red social Facebook, la más consultada por seleccionadores de personal en Estados Unidos⁵³⁰, permite encontrar más información con tintes negativos que positivos de una persona, hablando directamente de información posiblemente manipulada y no verificada⁵³¹. Aun así, cerca del 91% de los seleccionadores en Estados Unidos utilizan este sistema para analizar a posibles candidatos y el 47% de los mismos lo lleva a cabo antes de la primera entrevista con el candidato. Sobre la decisión final de contratación, un 69% de los seleccionadores han rechazado a un candidato en función de contenidos de redes sociales calificados como inapropiados: mentiras sobre la cualificación académica, comentarios discriminatorios, comentarios negativos sobre anteriores empleadores, pobres habilidades comunicativas, contenido relacionado con alcohol o drogas y compartir información confidencial de anteriores empresas. Por el contrario, casi el mismo número de seleccionadores, un 68%, han basado su decisión de contratar a un candidato en el contenido sobre él que han observado en las redes sociales. Dicho contenido permitió a los evaluadores obtener una positiva impresión de la personalidad y la verificación de la cualificación profesional del candidato, amén de poder observar

⁵²⁹ SIMÓN CASTELLANO, P.: «El encaje constitucional del derecho al olvido digital en perspectiva comparada», Datospersonales.org, La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 54, 2012, p. 1 y ss. Sobre el derecho al olvido puede verse también TERWANGNE, C.: «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», Revista de Internet, Derecho y Política, nº 13, 2012.

⁵³⁰ Según datos de un estudio realizado por la empresa Reppler a finales de 2011, mediante entrevistas a trescientos seleccionadores de personal, disponible en <http://blog.reppler.com/2011/09/27/managing-your-online-image-across-social-networks/>, consultado el 13/10/2012. Todos los datos mostrados a continuación se han extraído del citado estudio.

⁵³¹ ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 59-60.

buenas referencias publicadas por terceros y premios recibidos, mostrando el perfil creatividad y sólidas habilidades comunicativas.

En principio, las redes sociales profesionales y las páginas webs de los candidatos son los medios virtuales más fiables para evaluar determinados aspectos, habilidades y competencias de los candidatos. Así, existen profesiones, algunas de muy reciente creación, en las que la presencia en Internet y la denominada «reputación online»⁵³², son claves a la hora de obtener un empleo. Estamos hablando de *community managers*, responsables de comunicación 2.0 y de marketing *online*, gestores de contenidos digitales, arquitectos de la información digital, expertos en usabilidad, diseñadores de webs, programadores, publicitarios, etc.⁵³³ Todos ellos muestran sus trabajos, proyectos, intervenciones, opiniones, etc., en los medios virtuales, por lo que pueden ser evaluados por seleccionadores de forma mucho más eficaz que mediante las tradicionales pruebas de selección de personal⁵³⁴.

Podemos afirmar, visto lo anterior, que no toda la información que se visualiza en las redes sociales está relacionada con la habilidad o capacidad profesional del candidato, encontrándose indisolublemente mezclados datos que pueden tener relevancia profesional con otros de corte estrictamente personal, por lo que resultará harto difícil determinar si un empresario ha discriminado a un candidato por circunstancias no relacionadas directamente con el puesto de trabajo a ocupar⁵³⁵. En ese sentido, el conocimiento de la información que presentan las redes sociales virtuales le es útil a la empresa que está interesada en discriminar a candidatos por razón de estado civil, número de hijos, ideas políticas o religiosas, orientación sexual y demás discriminaciones prohibidas por nuestro ordenamiento. Al empresario con ánimo discriminador ya no le sería necesario preguntar directamente al candidato durante la entrevista de selección, pues podría acceder al perfil de la red social, incluso utilizando

⁵³² Sobre el término véase ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 99 y ss.

⁵³³ Una descripción detallada de estas profesiones puede verse en ACED, C.: *Perfiles profesionales 2.0*, op. cit. p. 30 y ss.

⁵³⁴ En palabras de un seleccionador «Estas webs personales se convierten en unas herramientas muy útiles, no solo para los candidatos, sino también para los que buscamos talento en la red, ya que nos permiten mirar en el interior de los candidatos, mientras revisamos y analizamos sus proyectos, fotografías, contactos, contenidos y otros perfiles en red», ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 81.

⁵³⁵ TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano...», op. cit., p. 140.

un «perfil-tapadera»⁵³⁶, con la finalidad de entrar en el círculo cerrado de contactos del candidato.

Usar un seudónimo en Internet puede ser una solución para evitar estas intromisiones en la intimidad y los riesgos de discriminación en el acceso al empleo. No obstante, esa actitud puede perjudicar a determinados candidatos que pretenden promocionar sus aptitudes profesionales mediante las herramientas virtuales, y además puede darse el caso de que el candidato sea juzgado negativamente para ocupar según qué puestos precisamente por tener poca presencia (o no tener ninguna) en las redes sociales más importantes⁵³⁷.

Finalmente, debemos señalar que la normativa general sobre protección de datos de carácter personal vigente es la que resulta de aplicación a todas aquellas operaciones llevadas a cabo en las redes sociales virtuales, siendo necesario el consentimiento del afectado para la recogida y tratamiento de los datos, puesto que Internet no se ha considerado como «fuente accesible al público»⁵³⁸. TASCÓN LÓPEZ ya ha señalado con buen criterio que «la realidad fuerza a reconocer que controlar el cumplimiento de tan sutil obligación resulta poco menos que imposible»⁵³⁹ y que, en ocasiones, la aplicación de la LOPD puede no resultar suficiente porque no se producirá un tratamiento de datos sino su mera consulta o visualización, lo cual puede ya de por sí comprometer la privacidad del candidato⁵⁴⁰. A nuestro entender, caben dos soluciones al respecto de esta situación: la primera es solicitar el consentimiento del candidato, de igual manera que si se tratase de la comprobación de referencias comentada en el anterior epígrafe; la segunda es que el empresario renuncie a consultar los perfiles de los candidatos en las

⁵³⁶ TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano...», op. cit., p. 135.

⁵³⁷ Como ejemplo de puestos de trabajo en los que se exige como requisito esta presencia virtual podemos citar el caso de una empresa estadounidense que, para cubrir una vacante de Director de Mercadotecnia en Medios Emergentes, solicitaba, además de los requisitos más habituales (formación, etc.), tener un mínimo de 250 seguidores o *followers* en Twitter y un año de experiencia demostrable como usuario activo de *blogs*, ALASTRUEY, R.: *Empleo 2.0...*, op. cit. p. 102.

⁵³⁸ Fuentes accesibles al público son «aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación» (art. 3 j) LOPD). En ese sentido se ha pronunciado la AEPD en su Informe 398/2008, disponible en www.agpd.es y en AEPD: *Selección de personal...*, op. cit., p. 20.

⁵³⁹ TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano...», op. cit., p. 133.

⁵⁴⁰ TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano...», op. cit., p. 136.

redes sociales⁵⁴¹. Esta última opción puede incluso publicitarse por parte de las empresas como una actitud de transparencia o de buenas prácticas bajo el prisma de la responsabilidad social empresarial⁵⁴².

3.2.4.- El informe prelaboral (*background check* o *pre-employment screening*).

En ocasiones, debido a las características del puesto de trabajo que se desea cubrir, hemos indicado que es lícito realizar averiguaciones sobre aspectos privados del trabajador (comportamientos, adhesión a unas ideologías o creencias, etc.). En otros casos, una tradicional comprobación de referencias no puede verificar o ampliar adecuadamente los datos profesionales del candidato; por ejemplo, al no haber trabajado con anterioridad o haberlo hecho por cuenta propia, o porque los anteriores empleadores se nieguen a facilitar información pese al consentimiento del candidato.

Ante estos supuestos, las empresas pueden optar por recurrir a profesionales de la investigación que consigan obtener esos datos sobre el candidato, elaborando lo que se ha venido a denominar informes prelaborales, en terminología anglosajona *background check* o *pre-employment screening*. En nuestro país, como ya indicamos en el cap. III, los únicos profesionales autorizados legalmente a prestar este tipo de servicios son los detectives privados, en virtud de la LSP y el RSP. El resto de empresas dedicadas a la selección de personal deben conformarse con llevar a cabo las pruebas tradicionales de selección y las comprobaciones de referencias antes explicadas.

Para realizar un informe prelaboral los detectives pueden investigar la vida profesional anterior del candidato: las empresas que fundó y cómo las gestionó, sus vínculos actuales con otras empresas, la valoración profesional que hacen de él sus antiguos socios, proveedores y clientes, etc. Este tipo de investigación, pese a encuadrarse en el ámbito laboral, tiene muchísimas similitudes con las investigaciones comerciales, terreno de exclusiva potestad investigadora para los detectives privados, según se ha indicado en la STS de 19 de febrero de 2008 (RJ\2008\1742).

⁵⁴¹ TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano...», op. cit., p. 145-146.

⁵⁴² Sobre esta materia puede verse PURCALLA BONILLA, M.A.: «Responsabilidad social de las empresas. Del mito (o la moda) a las primeras realidades normativas», RGDTS, nº 24, 2011.

Obviamente, también podrán realizar sus investigaciones utilizando las técnicas de comprobación de referencias o la navegación por Internet que vimos anteriormente, con las ventajas e inconvenientes de las mismas. Incluso pueden estudiar los documentos aportados por los candidatos para comprobar su autenticidad, pues las actividades de documentoscopia y pericia caligráfica a menudo están disponibles en su amplio abanico de servicios profesionales. El aspecto más polémico de este tipo de informes es el uso ilícito que pudiera hacerse de ellos. Así, podría darse el caso de empresarios que pretendieran obtener datos del candidato pertenecientes a su esfera privada (afiliación sindical, por ejemplo)⁵⁴³, encomendando la investigación a un detective privado. Como se ha indicado en el cap. III, las funciones de este tipo de profesionales incluyen «obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados» (arts. 19.1 a) LSP y 101.1 a) RSP), entendiéndose por «conductas o hechos privados los que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados» (art. 101.2 RSP). No obstante, si hemos señalado a lo largo de este trabajo que el empresario únicamente está legitimado para informarse de las características profesionales del candidato directamente relacionadas con el puesto de trabajo a cubrir, no entendemos que pueda recurrir a un detective privado con objeto de burlar el derecho del candidato a su intimidad. De hecho, los detectives privados tienen prohibido «utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones» (arts. 19.4 LSP y 102.2 RSP). Por lo tanto, un detective privado se expondría a recibir una sanción⁵⁴⁴ por infracción muy grave si aceptase este tipo de proposiciones por parte de un empresario, en virtud del art. 23.1 c) LSP, además de las correspondientes responsabilidades civiles y penales tanto para el empresario como para el propio detective⁵⁴⁵.

⁵⁴³ En marzo de 2009 apareció en la prensa un caso en Reino Unido de una empresa de detectives que proporcionaba datos sindicales y personales de candidatos a puestos de trabajo en empresas del sector de la construcción. Se habían obtenido datos correspondientes a unos 3.000 trabajadores de dicho sector que cubrían un período de 15 años. Todo ello sin el conocimiento de los afectados. http://www.heraldo.es/noticias/eventos/detectives_privados_para_contratar_obreros.html, consultado el 13/10/2012.

⁵⁴⁴ Multas de 3.005,07 hasta 30.050,61 euros y retirada definitiva de la habilitación administrativa para ejercer como detective privado (art. 27.1 LSP).

⁵⁴⁵ SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad...», op. cit., p. 214.

No obstante lo dicho, podemos afirmar que las investigaciones de un detective sobre algunos comportamientos privados de un candidato resultarían lícitas, siempre que se tratase de un puesto de trabajo que se caracterizara por un elemento fiduciario, como sería el caso de empresas ideológicas o de tendencia y demás supuestos que hemos señalado en el cap. II. También debería limitarse a conductas realizadas fuera del domicilio o lugares reservados (art. 101.2 RSP). En resumen, debería estarse a lo que hemos dispuesto anteriormente al tratar los temas a investigar sobre el candidato. En principio, debido al elevado coste de estos servicios⁵⁴⁶, los informes prelaborales suelen utilizarse para seleccionar personal directivo y para cubrir puestos de alta responsabilidad o en entornos donde la seguridad resulta un factor clave (banca, centrales nucleares, etc.).

En nuestra opinión, es requisito impuesto por el deber de buena fe informar al candidato al inicio del proceso de selección de que, durante el mismo, se va a llevar a cabo este tipo de investigaciones, tanto las que puedan entrar dentro de su esfera privada, como las que se limiten a su aptitud profesional.

4.- Evaluación y decisión de contratación.

En esta última fase los encargados de la selección evalúan y analizan toda la información que les ha proporcionado cada candidato con el fin de escoger a los que van a ocupar las vacantes. Los resultados de las diversas pruebas se habrán ido documentando en diferentes soportes y se integrarán habitualmente en un documento final o informe de selección. De este modo podrá jerarquizarse la lista de candidatos, poniendo en los primeros lugares a los más adecuados al perfil requerido por el puesto de trabajo a cubrir y así podrá presentarse ante el empresario (u otro órgano decisor) una terna de candidatos finalistas⁵⁴⁷ junto con los informes de selección correspondientes. Esos candidatos finalistas suelen pasar una última entrevista breve con la persona que posee la autoridad para contratar, con el fin de aclarar y puntualizar detalles por ambas

⁵⁴⁶ Un informe prelaboral de los más completos puede llegar a costar un mínimo de 800 euros.

⁵⁴⁷ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 167. «La toma de decisiones supone comparar las cualidades de cada candidato finalista con las competencias que se formularon en la descripción del puesto, para determinar su grado de adecuación», OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 107.

partes y de este modo poder determinar el candidato que deberá ser elegido para ocupar el puesto, ya con el máximo de elementos de juicio⁵⁴⁸.

En el caso de que un solo seleccionador haya participado en las diversas pruebas su criterio será el único determinante. Por el contrario, si más de un seleccionador ha intervenido en el proceso selectivo, resulta sumamente interesante mantener una reunión conjunta para intercambiar los puntos de vista sobre las informaciones de cada candidato y llegar a conclusiones consensuadas.

Finalmente, debemos destacar en este punto que los candidatos «tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad» (art. 13.1 LOPD), lo que resulta plenamente aplicable en el caso de una decisión de contratación («decisión privada» según el art. 13.2 LOPD) tras la realización de un proceso de selección de personal⁵⁴⁹. Este precepto hace referencia, por ejemplo, a la posible decisión de contratar basada exclusivamente en los resultados de un test de personalidad, sin tener en cuenta la entrevista u otras técnicas de selección. Se protege así al candidato de la fría e inhumana decisión, atentatoria contra la dignidad personal, que podría provocar el tratamiento de datos realizado mediante un programa informático dedicado a la selección de personal⁵⁵⁰. De ahí lo previsto en el art. 13.3 LOPD: «el afectado tendrá derecho a obtener información del responsable del fichero sobre los criterios de valoración y el programa utilizados en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto».

4.1.- El informe de selección y otra documentación del proceso de selección.

Como se acaba de indicar, si la decisión de contratar la va a tomar una persona que no ha participado en las anteriores fases del proceso de selección, algo que suele ser

⁵⁴⁸ PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión...*, op. cit., p. 171.

⁵⁴⁹ En el mismo sentido AEPD: *Selección de personal...*, op. cit., p. 4.

⁵⁵⁰ Existen herramientas informáticas basadas en tecnología semántica que permiten la interpretación del currículum vitae de un candidato, identificando la experiencia y habilidades, y ofreciendo información inédita. Esa información se puede cruzar con datos recogidos de todo Internet y la ponderación resultante proporciona una estimación inicial del valor del perfil del candidato en el mercado laboral, ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit., p. 83.

habitual en el caso de que se haya externalizado el proceso de selección, se suelen elaborar unos informes de selección con un resumen de los datos de los candidatos finalistas, para facilitar dicha decisión.

En general, un proceso de selección de personal generará una serie de documentos de diversa índole e importancia, principalmente resultados de pruebas y valoraciones realizadas por los seleccionadores. Como mínimo tendremos el *curriculum vitae* del candidato y un impreso con el resumen de la entrevista de selección⁵⁵¹. Si el proceso ha sido más complejo y se han realizado exámenes de conocimientos, tendremos unos resultados de los que, en ocasiones, se habrá entregado una copia al propio candidato, caso habitual en el acceso a la función pública. Si se han llevado a cabo test psicotécnicos, debemos tener en cuenta que determinada información privada del candidato debe quedar en poder del psicólogo y solo puede pasar al informe de selección la información relacionada estrictamente con el desempeño requerido por el puesto de trabajo. Esta última idea es la que debe presidir el contenido del informe final de selección: no se incluirá ningún dato que no sea relevante para demostrar la aptitud profesional del candidato.

El candidato siempre tendrá la potestad de acceso a la documentación generada respecto a él durante un proceso de selección en virtud del art. 15 LOPD, pues no dejan de ser «datos de carácter personal sometidos a tratamiento». En ese aspecto, el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 ha argumentado que «se pueden encontrar datos personales en evaluaciones y juicios subjetivos que, en realidad, podrían incluir elementos específicos de la identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social de los interesados. Esto sucede igualmente si un juicio o evaluación se resume en una puntuación o clasificación, o si se expresa mediante otros criterios de evaluación»⁵⁵². Por lo tanto, el candidato tiene derecho a conocer, previa solicitud, «todos los datos de base del afectado, los resultantes de cualquier elaboración o proceso informático, así como la información disponible sobre el origen de los datos, los cesionarios de los mismos y la especificación de los concretos usos y finalidades para

⁵⁵¹ «Se suele emplear un impreso que permita ser cumplimentado en un corto espacio de tiempo, con los aspectos más importantes del candidato y el juicio que merece al entrevistador. En los procesos de selección en que intervienen varios entrevistadores, todos y cada uno de ellos deberían cumplimentar dicho impreso», OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de...*, op. cit., p. 106.

⁵⁵² Recomendación 1/2001, de 22 de marzo, sobre los datos de evaluación de los trabajadores.

los que se almacenaron los datos» (art. 29.3 RPD). El responsable del fichero tendría así el plazo máximo de un mes, a contar desde la recepción de la solicitud, para facilitar esos datos o indicar que no los tiene (art. 29.1 RPD).

Sobre este particular ha resuelto la STJUE de 19 de abril de 2012, C-415/10, asunto Meister, que trata sobre la pretensión de una candidata para que la empresa que la desestimó durante un proceso de selección, le pague una indemnización derivada de discriminación por razón de sexo, edad y origen étnico; y en segundo lugar, que presente el expediente del candidato seleccionado, lo que le permitiría demostrar que está más cualificada que él. Al TJUE le llegaron las cuestiones: en caso de no ser seleccionado, al trabajador que acredite cumplir los requisitos para un puesto ofrecido por un empresario, ¿se le debe conceder el derecho a ser informado sobre si este contrató a otro candidato? ; y, en caso afirmativo, ¿con arreglo a qué criterios se realizó dicha contratación?. Como puede verse, estamos ante un caso en el que un candidato desea conocer qué información o criterios ha utilizado una empresa para seleccionar y contratar a un trabajador, con el fin de poder demostrar que ha sido víctima de una discriminación prohibida en el acceso al empleo. Y esa petición de información la extiende la demandante también al expediente del candidato que finalmente ocupó el puesto vacante, lo cual, en nuestra opinión, ya no vendría amparado por el derecho de acceso del art. 15 LOPD. El tribunal concluye que «un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada» no tiene derecho a «acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato». Sin embargo, «no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta»⁵⁵³.

A nuestro parecer, el tribunal ha centrado su argumentación en el régimen de la carga de la prueba en supuestos de discriminación cuando podría haber acudido al derecho a la protección de datos de carácter personal y, en concreto, al derecho de

⁵⁵³ «Incumbe al tribunal remitente verificar si así sucede en el asunto principal, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio del que conoce».

acceso⁵⁵⁴. De ser así, habría llegado a la conclusión de que la candidata puede acceder a los datos que obran en poder de la empresa demandada, incluidos los resultantes del tratamiento de datos, que en este caso podrían constituirlos las evaluaciones de su *curriculum vitae* y su comparación con los de los demás candidatos, al no haber sido requerida la candidata para someterse a ninguna prueba de selección ni entrevista personal. Por otro lado, en ningún caso puede acceder al expediente o información del candidato seleccionado, ya que no forma parte ese contenido de los datos de carácter personal de la candidata demandante. En cualquier caso, los datos facilitados por el responsable del fichero no tienen por que contener los motivos o decisiones finales de contratación del empresario, ya que quizás el candidato que solicita el acceso a sus datos no llegase a esa fase final del proceso de selección.

4.2.- El control de la selección en la negociación colectiva. Especial referencia a los planes de igualdad.

La presencia activa de representantes de los trabajadores durante todas las fases de los procesos de selección ha sido una de las soluciones que la doctrina ha propuesto con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los candidatos, en especial el derecho a la intimidad y a no ser discriminados por razones prohibidas⁵⁵⁵. Al fin y al cabo tienen capacidad legal para vigilar «el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo» (art. 64.7 a) ET). Dicha presencia puede establecerse mediante los convenios colectivos, instrumento idóneo para tal fin por dos razones: por un lado, los negociadores sociales ostentan suficiente legitimación para perfilar o concretar los términos en los que va a ejercerse el poder directivo empresarial en lo que acceso al empleo se refiere; por otro lado, tanto trabajadores como empresarios consideran al convenio colectivo como la norma que más tiene en cuenta su realidad laboral y la que, en consecuencia, resulta más fácilmente aplicable⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Art. 12 Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁵⁵⁵ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 114; SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 233-234; FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 181-182.

⁵⁵⁶ FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 135.

Hablamos de presencia activa de los representantes en el proceso de selección pues en la mayoría de ocasiones la negociación colectiva, o bien no contiene cláusulas al respecto, o, si las incluye, se limitan a enunciar derechos de información a los representantes o declaraciones de intenciones en cuanto a principios de igualdad, mérito, capacidad que rigen el proceso de selección. En definitiva, sigue siendo «el criterio empresarial el determinante a la hora de diseñar, confeccionar y baremar el procedimiento de selección»⁵⁵⁷. La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso de selección de personal puede darse en diferentes momentos del mismo y de diferentes formas. Por eso, según se lleve a cabo de uno u otro modo, esa participación será más o menos efectiva para proteger los derechos fundamentales de los candidatos⁵⁵⁸.

En primer lugar, la presencia de los representantes de los trabajadores puede estar prevista en la fase de diseño del proceso de selección, estableciendo el procedimiento que va a seguirse, determinando las pruebas que van a llevarse a cabo y controlando los requisitos reales del puesto a cubrir, que en muchas ocasiones ya vienen establecidos parcialmente por convenio colectivo. Con esta última medida se evitarían las posibles discriminaciones indirectas que tratamos en el cap. II, por ejemplo, al exigirse títulos académicos no requeridos por el puesto que provocan un impacto adverso en determinados colectivos (mujeres, grupos étnicos, etc.).

En segundo lugar, pueden intervenir también en la fase de reclutamiento mediante las siguientes acciones: la elaboración de las ofertas de empleo, en especial, diseñándolas o controlando⁵⁵⁹ que se ajustan a la normativa vigente, es decir, que responden a las reales condiciones del puesto ofertado y que no tienen carácter discriminatorio por razón de sexo, edad, etc.; la participación en la criba inicial de *curriculum vitae* para garantizar de algún modo que no se descarta a candidatos por

⁵⁵⁷ FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 141.

⁵⁵⁸ En el cap. I hemos citado convenios colectivos que contienen cláusulas sobre procesos de selección de personal. En general, dichas cláusulas no suelen aplicarse en el caso de puestos de trabajo «que exigen una especial confianza, que dependen directamente de cargos de responsabilidad o que conllevan un especial grado de confidencialidad y reserva. Estos puestos se consideran de libre designación por la dirección de la empresa», AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 15.

⁵⁵⁹ En el mismo sentido FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 180 y *Los planes de...*, op. cit., p. 57, quien además incluye la emisión de un informe escrito sobre el carácter discriminatorio o no de aquellas ofertas que se realicen o vayan a realizarse.

motivos únicamente discriminatorios; la comprobación de que a los candidatos se les informa de los derechos contenidos en el art. 5 LOPD.

En tercer lugar, los representantes de los trabajadores pueden intervenir en el diseño y desarrollo de las pruebas de selección: los cuestionarios biográficos que se hacen cumplimentar a los candidatos pueden ser comprobados por la representación legal de los trabajadores con el fin de rechazar las preguntas impertinentes o consideradas ilícitas, por ser vulneradoras de derechos fundamentales, comprobación que puede extenderse también a los resultados obtenidos y la valoración que de los mismos se ha hecho tras las respuestas de los candidatos⁵⁶⁰; pueden realizar entrevistas junto con los seleccionadores, lo que reduciría las posibles preguntas intrusivas en la esfera privada de los candidatos, tan habituales en estas circunstancias, o un posible acoso sexual de intercambio, o cualquier menoscabo de la dignidad de los participantes⁵⁶¹; al igual que sucede habitualmente en el acceso a la función pública, pueden formar parte de los tribunales, corregir los exámenes de conocimientos o evaluar las pruebas profesionales⁵⁶²; también pueden garantizar que las pruebas psicotécnicas son llevadas a cabo por psicólogos colegiados sometidos al secreto profesional; en general, pueden estar presentes en el desarrollo de cualquiera de las pruebas de selección, e incluso pactar con el empresario la imparcialidad y objetividad en lo referente a las pruebas a desarrollar y a los criterios de evaluación de candidatos⁵⁶³.

En cuanto a la fase final de decisión y contratación, los representantes de los trabajadores pueden ser oídos (sin carácter vinculante) o emitir su voto al respecto, formando parte, en mayor o menor medida, de tribunales calificadores⁵⁶⁴. Pueden proponer una parte o la totalidad de la terna de candidatos finales para que el empresario decida entre ellos, o incluso puede pactarse en la negociación colectiva condicionar la contratación de los trabajadores a la efectiva superación de las pruebas, es decir, que el candidato que finalmente se contrate sea realmente aquel al que le corresponde ser

⁵⁶⁰ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del...*, op. cit., p. 114.

⁵⁶¹ De hecho, el art. 48.2 LOI les impone el deber de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo informando a la dirección de la empresa de «las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos».

⁵⁶² Si la realización de la prueba profesional implica adoptar medidas de prevención de riesgos laborales, podría intervenir al respecto también un delegado de prevención de la empresa.

⁵⁶³ Todo ello con el fin de limitar al máximo la discrecionalidad empresarial en la materia, FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 180 y *Los planes de...*, op. cit., p. 57.

⁵⁶⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 11-12.

contratado, según la evaluación que se ha realizado de sus aptitudes profesionales⁵⁶⁵. También es posible su intervención en caso de reclamación por parte de algún candidato que considere que debe revisarse su participación en el proceso selectivo, por lo que tendrían acceso a toda la documentación que se haya generado al respecto.

En el caso de que la selección se lleve a cabo mediante una entidad externa (agencia de colocación, empresa de selección de personal, etc.) pueden establecerse protocolos de coordinación con los representantes de los trabajadores para poder intervenir en los aspectos anteriormente señalados. En cualquier caso, este tipo de empresas dedicadas a la selección de personal, deben observar la negociación colectiva aplicable a la empresa en donde se va a proceder a la contratación, con el fin de que se realice el proceso de selección respetando los compromisos establecidos en la negociación colectiva⁵⁶⁶.

Para esta labor de intervención activa de la representación legal de los trabajadores durante los procesos de selección de personal, pueden resultar de utilidad los planes de igualdad dispuestos en la LOI. Dichos planes de igualdad son de obligada elaboración para las empresas de más de 250 trabajadores (art. 45.2 LOI), para las empresas cuyo convenio colectivo aplicable así lo establezca (art. 45.3 LOI)⁵⁶⁷ y queda como una opción voluntaria para las empresas que así lo deseen, en este caso previa consulta con los representantes de los trabajadores (art. 45.5 LOI)⁵⁶⁸. Los planes de igualdad consisten en «un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo» (art. 46.1 LOI). Para conseguir esta finalidad «los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer,

⁵⁶⁵ FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 182 y *Los planes de...*, op. cit., p. 59.

⁵⁶⁶ SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo...*, op. cit., p. 234.

⁵⁶⁷ Esta concreta disposición puede plantear problemas en las empresas que no cuenten con representación legal de los trabajadores, pudiéndose articular soluciones al respecto como las que se proponen en FABREGAT MONFORT, G.: *Los planes de...*, op. cit., p. 25-26.

⁵⁶⁸ «Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo» (art. 45.4 LOI).

en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo» (art. 46.2 LOI)⁵⁶⁹. Es en la primera de las materias enumeradas en la que nos interesa centrar nuestra atención.

Así, determinadas empresas que deban o puedan elaborar un plan de igualdad, podrán establecer, mediante negociación colectiva, diferentes medidas en relación al acceso al empleo, es decir, en la fase inicial de selección y contratación de trabajadores, con el fin de alcanzar la igualdad de trato y la eliminación de la discriminación por razón de sexo⁵⁷⁰. Las medidas pueden ser muy diversas dependiendo del diagnóstico de la situación realizado previamente y de los objetivos que se fijen. Diferentes convenios colectivos estatales han propuesto las siguientes⁵⁷¹: a) Promover procesos de selección y promoción en igualdad que eviten la segregación vertical y horizontal, consistente en el mantenimiento, en su caso, de situaciones de actividad laboral y profesional distribuidas por razón de sexo, o de ocupación en mayor medida de puestos de responsabilidad por parte de los hombres en detrimento de las mujeres, así como evitar la utilización de lenguaje sexista. Con ello se pretenderá asegurar procedimientos de selección transparente para el ingreso en la empresa mediante la redacción y difusión no discriminatoria de las ofertas de empleo y el establecimiento de pruebas objetivas y

⁵⁶⁹ «A tenor de la definición legal de plan de igualdad y del contenido del mismo, se pueden destacar diversas notas o rasgos característicos que presentan los planes de igualdad. En primer lugar, los planes de igualdad, salvo excepciones, tienen carácter voluntario, puesto que su elaboración e implantación es el resultado de una decisión libremente adoptada por la empresa. En segundo lugar, los planes han de ser sistemáticos puesto que, tal y como dispone el artículo 46.1 de la LOI, los mismos son “un conjunto ordenado de medidas”. En tercer lugar, los planes de igualdad han de ser viables y realizables, en el sentido de que los mismos han de ponerse en práctica, puesto que de nada sirve un plan de igualdad que carezca de medios para ser implantado y aplicado. Otra nota característica es que los planes de igualdad han de ser flexibles, lo que significa que cada empresa tiene que realizar su propio plan, en función de sus necesidades y posibilidades. El quinto rasgo definidor de los planes de igualdad, en estrecha relación con la nota cuarta, consiste en que dichos planes han de ser dinámicos, en el sentido de que han de ir adaptándose a las nuevas realidades y necesidades, hallándose, pues, en progresivo cambio. Un verdadero plan de igualdad, que, efectivamente, sea aplicado en la empresa, ha de ser temporal, puesto que el mismo ha de finalizar cuando se haya logrado la igualdad real entre mujeres y hombres. Finalmente, los planes de igualdad han de ser de carácter colectivo, puesto que han de incidir de forma positiva en toda la plantilla y no solo en la situación de las mujeres, y de carácter transversal, en el sentido de que la elaboración e implantación de un plan de igualdad implica a todas las áreas de gestión de la empresa», ARENAS VIRUEZ, M.: «El estado de la negociación colectiva en materia de planes de igualdad», ref. BIB 2010\368, Westlaw-Aranzadi, p. 11.

⁵⁷⁰ FABREGAT MONFORT, G.: *Los planes de...*, op. cit., p. 55-56, considera que la materia de acceso al empleo debe ser siempre una materia a abordar en los planes de igualdad si de verdad quieren ser efectivos, pese a que la LOI en ningún momento obliga al tratamiento de ninguna materia sino que tan solo las enumera a modo de pistas sobre lo que puede ser abordado o tratado en los planes de igualdad.

⁵⁷¹ Art. 103 XV Convenio colectivo de la industria química (BOE 29 de agosto de 2007) y D.A. 6ª III Convenio colectivo estatal de la madera (BOE de 7 de diciembre de 2007).

adecuadas a los requerimientos del puesto ofertado, relacionadas exclusivamente con la valoración de aptitudes y capacidades individuales; b) Promover la inclusión de mujeres en puestos que impliquen mando o responsabilidad; c) Establecer programas específicos para la selección y promoción de mujeres en puestos en los que estén subrepresentadas; d) Revisar la incidencia de las formas de contratación atípicas (contratos a tiempo parcial y modalidades de contratación temporal) en el colectivo de trabajadoras con relación al de trabajadores y adoptar medidas correctoras en caso de mayor incidencia sobre estas, de tales formas de contratación.

Algunas de estas medidas ya las mencionamos anteriormente, al tratar sobre la intervención de los representantes de los trabajadores durante el proceso de selección de personal. Especialmente interesante nos resulta traer a colación la que pretende el «establecimiento de pruebas objetivas y adecuadas a los requerimientos del puesto ofertado, relacionadas exclusivamente con la valoración de aptitudes y capacidades individuales». Dicha medida, pese a que en principio está encaminada a evitar la discriminación por razón de sexo durante el proceso de selección de personal, en realidad beneficia también a cualquier candidato, porque no admite que se valoren otros aspectos más allá de su aptitud y capacidad para desarrollar el puesto de trabajo a cubrir. En ese sentido, se está limitando enormemente la capacidad discrecional del empresario para seleccionar y contratar a sus trabajadores. Vemos pues que los planes de igualdad pueden ser utilizados como un auténtico «caballo de Troya» para implantar sistemas de selección de personal objetivos, libres de discriminaciones de cualquier tipo y no solamente por razón de sexo, como era su intención inicial. De hecho, parece más sencillo que se incluyan este tipo de cláusulas en un plan de igualdad que en un convenio colectivo. En ese sentido, nada impide que en el plan de igualdad se pacten algunas de las formas de intervención de los representantes de los trabajadores que hemos enumerado, como medida para garantizar ese sistema de selección de personal objetivo, ya que de nada sirve establecer dicho sistema objetivo si después la empresa no lo quiere cumplir⁵⁷².

⁵⁷² FABREGAT MONFORT, G.: *Los planes de...*, op. cit., p. 58. En cualquier caso no debe olvidarse que la intervención de la representación legal de los trabajadores en el proceso de selección no se encuentra exenta de actitudes ilícitas. En ese sentido véase la STC 183/2007, de 10 de septiembre, comentada en LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Represalias sindicales en acceso al empleo y carga de su prueba», ref. BIB 2009\376, Westlaw-Aranzadi.

CAPÍTULO V: CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA DE TÉCNICAS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES Y VÍAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CANDIDATO

1.- El acceso a la jurisdicción social por parte del candidato.

Los procesos de selección de personal y, en general, todas las cuestiones litigiosas que pueden producirse en torno a dicha temática (intermediación laboral, por ejemplo) deben someterse a la competencia del orden jurisdiccional social. Ello es así por mandato expreso legal y por la interpretación realizada por nuestra jurisprudencia.

Según el art. 2 a) LRJS, el orden jurisdiccional social conocerá de los litigios suscitados «entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición». Una interpretación literal impediría a los candidatos a un puesto de trabajo el acceso a dicha jurisdicción para que resolviera sobre sus pretensiones. En este sentido, hace ya tiempo que la jurisprudencia ha indicado que las situaciones previas a la celebración de un contrato tienen la naturaleza de este (STS de 9 de marzo de 1984 (RJ\1984\1544)), cualquiera que sea el grado de perfeccionamiento del contrato o actos preparatorios del mismo, como sería el caso de los procesos de selección de trabajadores y de los precontratos de trabajo (STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2010 (AS\2010\1887)). Por lo tanto, el orden jurisdiccional social resulta competente para conocer sobre las controversias suscitadas durante los estadios preliminares del contrato de trabajo.

Esta sujeción a la competencia del orden jurisdiccional social debe entenderse también en el caso de los procesos selectivos de personal que llevan a cabo las entidades públicas sometidas a derecho privado, aun cuando en los sistemas de selección de personal hayan de ajustarse a los principios de mérito y capacidad por su función híbrida de entes públicos y sociedad privada⁵⁷³. En el caso de los procesos de selección de personal que realiza la Administración Pública, la jurisprudencia ha entendido que todas las incidencias relativas a los mencionados procesos (convocatoria y resolución de

⁵⁷³ SSTs de 7 de febrero de 2007 (RJ\2007\1901) y de 3 de marzo de 2011 (RJ\2011\3107).

los concursos y oposiciones en sus distintas modalidades), en la medida que se rigen por una normativa de derecho administrativo, son litigios que han de discurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁷⁴. Sin embargo, si se trata de litigios nacidos tras la finalización del proceso de selección, como la no contratación posterior de un candidato considerado apto, la mayoría de la doctrina ha entendido que debe ser competente el orden social, pues en ese momento el ente público está actuando como empresario laboral y no como poder público sometido al Derecho administrativo⁵⁷⁵.

También el art. 2 f) LRJS permite al candidato acudir al orden jurisdiccional social para que tutele sus derechos fundamentales, con mención explícita al derecho a no ser discriminado o acosado, en este caso en el momento del acceso al empleo, por parte del empresario o «terceros vinculados a este por cualquier título», lo que incluiría, a nuestro juicio, a los encargados de realizar la selección de personal, pertenezcan o no a la empresa que precisa cubrir la vacante. Pese a que el texto legal añade la coletilla «cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios», entendemos que debe aplicarse análogamente la interpretación realizada para el art. 2 a) LRJS, pues resulta evidente, y así se ha demostrado en anteriores epígrafes, que pueden vulnerarse derechos fundamentales en los estadios previos de la contratación, esto es, antes de la prestación de servicios.

Otra vía de acceso al orden jurisdiccional social en materia de procesos de selección de personal la constituye el art. 2 g) LRJS al tratar los conflictos colectivos, como por ejemplo las discriminaciones sexistas colectivas contempladas en la STS de 18 de febrero de 1994 (RJ\1994\1061).

En cuanto a lo dispuesto en el art. 2 h) LRJS sobre impugnación de convenios colectivos y acuerdos, estaríamos ante el caso de convenios colectivos que incluyeran cláusulas sobre ingreso en la empresa no ajustadas a Derecho, como sería el supuesto relacionado con el derecho a la intimidad personal y los reconocimientos médicos

⁵⁷⁴ Por todas, STS de 21 de julio de 1992 (RJ\1992\5641), STSJ de Cantabria de 14 de abril de 2010 (AS\2010\1850) y STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2010 (AS\2010\1887).

⁵⁷⁵ STS de 20 de noviembre de 1998 (RJ\1998\10014). Sobre este tema y con cita de abundante jurisprudencia LASAOSA IRIGOYEN, E: «Competencia jurisdiccional en las reclamaciones por ausencia de la contratación pactada», ref. BIB 1998\1651, Westlaw-Aranzadi. Véase también ALEGRE NUENO, M.: «La contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Locales: ¿«agencias de colocación de los afines»?», ref. BIB 2010\2182, Westlaw-Aranzadi.

previos a la contratación de la STS de 28 de diciembre de 2006 (RJ\2007\1503) y la SAN de 12 de julio de 2005 (AS\2005\2864), ya analizado en el cap. II.

Finalmente no debemos olvidar lo dispuesto en el art. 2 p) LRJS que permite la competencia del orden jurisdiccional social «en materia de intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquellos». Esta disposición resulta especialmente interesante teniendo en cuenta que las agencias de colocación actualmente pueden llevar a cabo actividades de selección de personal.

Por otro lado, el candidato, como titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo, en el sentido señalado por el art. 17.1 LRJS, ostenta legitimación para ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, obviamente relacionadas con los procesos de selección de personal en los que haya participado. En ocasiones ha sido un sindicato el que ha ejercitado acciones impugnatorias de procesos selectivos de trabajadores en virtud de lo dispuesto en el art. 17.2 LRJS, es decir, para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios, siempre que exista un vínculo entre el sindicato y el objeto del pleito de que se trate y una implantación suficiente en el ámbito del conflicto. En ese sentido, la STS de 4 de marzo de 2005 (RJ\2005\3687) dictada en unificación de doctrina, reconoció al sindicato esa legitimación activa para impugnar procesos de selección de personal⁵⁷⁶.

2.- Competencia judicial funcional y territorial en materias relacionadas con la selección de personal.

2.1.- Competencia funcional en materias relacionadas con la selección de personal.

Todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social deben ser conocidos por los Juzgados de lo Social a excepción de los expresamente atribuidos por la normativa a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, la Sala de lo

⁵⁷⁶ PURCALLA BONILLA, M.A.: «Desigualdad de trato...», op. cit., p. 8. Sobre la intervención procesal del sindicato puede verse ARBONÉS LAPENA, H.I.: «La intervención procesal del sindicato tras la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», ref. BIB 2012\536, Westlaw-Aranzadi.

Social de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (art. 4.1 LRJS). Las dos primeras excepciones y su relación con posibles litigios en materia de selección de personal son las que suscitan nuestro interés, ya que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ostenta únicamente unas funciones de casación, revisión y cuestiones de competencia.

En primer lugar, respecto a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, se indica en el art. 7 a) LRJS que conocerán de los procesos sobre las cuestiones a que se refiere el art. 2 f) LRJS, es decir, tutela de derechos fundamentales, «cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma». Podría ser el caso de discriminaciones prohibidas, ordenadas por el empresario en el marco de un proceso de selección de personal extenso para incorporar trabajadores a centros de trabajo diseminados por toda una Comunidad Autónoma. Estas Salas conocerán también de los procesos de conflictos colectivos y las impugnaciones de convenios colectivos y acuerdos cuando sus efectos excedan el ámbito territorial antes citado.

En segundo lugar, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá de los mismos procesos que las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia antes señalados, con la particularidad de que los efectos de los mismos deben extenderse a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma (art. 8.1 LRJS). Un ya reiterado ejemplo lo constituye el caso enjuiciado en la SAN de 12 de julio de 2005 (AS\2005\2864).

2.2.- Competencia territorial en materias relacionadas con la selección de personal.

A la hora de determinar la competencia territorial en los litigios relacionados con la selección de personal, por las especiales características de esta actividad que no constituye una prestación de servicios, nos encontramos con la duda de cómo interpretar la normativa cuando se refiere al «lugar de prestación de servicios». Las reglas de competencia territorial en función del órgano judicial y de la materia litigiosa son las siguientes:

En primer lugar, el art. 10.1 LRJS establece que, con carácter general, será el Juzgado de lo Social competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante. Al tratarse el proceso de selección de personal de una fase precontractual en la que aún no se ha iniciado la prestación de servicios, debemos limitar la elección del candidato demandante al domicilio del demandado, sea este empresario o cualquiera de las organizaciones que llevan a cabo procesos de selección de trabajadores (domicilio de la ETT, de la empresa de selección de personal, del gabinete de *head-hunters*, etc.). ¿Podría asimilarse el lugar de prestación de servicios al lugar donde se desarrolla el proceso selectivo? Una interpretación amplia comportaría una respuesta afirmativa, mientras que una interpretación restrictiva comportaría como única posibilidad la del domicilio del demandado. En relación con esto último, debemos indicar que se permite elegir el domicilio de cualquiera de los demandados en caso de multiplicidad de demandados, como es el caso de una empresa que haya externalizado la actividad de selección de personal mediante una empresa especializada.

En segundo lugar, el art. 10.2 a) LRJS establece que, en materia de intermediación laboral, será competente el Juzgado de lo Social «en cuya circunscripción se haya producido la resolución originaria, expresa o presunta, o la actuación impugnada en el proceso, o, a elección del demandante, el juzgado de su domicilio». Como caso particular «cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las entidades de la Administración Local, la elección se entenderá limitada a los juzgados comprendidos dentro de la circunscripción de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado».

En tercer lugar, en materia de tutela de derechos fundamentales (art. 2 f) LRJS), será competente el Juzgado de lo Social «del lugar donde se produjo o, en su caso, al que se extiendan los efectos de la lesión, o las decisiones o actuaciones respecto de las que se demanda la tutela» (art. 10.2 f) LRJS). Por ejemplo, el lugar donde se haya discriminado al candidato o donde se le haya vulnerado su derecho a la intimidad al habersele formulado preguntas no procedentes para la averiguación de su aptitud profesional. Parece un poco complicado determinar dónde se ha tomado la decisión de discriminar o dónde se ha llevado a cabo la conducta discriminatoria, por lo que el

domicilio del demandado, junto con el lugar donde se realizaron las pruebas selectivas, pueden ser una solución para establecer la competencia territorial en estos supuestos dudosos.

En cuarto lugar, para los procesos de impugnación de convenios colectivos y de conflictos colectivos se estima competente el Juzgado de lo Social de la «circunscripción a que se refiera el ámbito de aplicación del convenio» o en la que se «produzcan los efectos del conflicto» (art. 10.2 h) LRJS).

En cuanto a la competencia territorial de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, en caso de impugnación de convenios colectivos y de procesos sobre conflictos colectivos, será competente aquella Sala a cuya circunscripción se extienda el ámbito de aplicación de las cláusulas del convenio o acuerdo o se produzcan los efectos del conflicto (art. 11.1 a) LRJS). En caso de tutela de derechos fundamentales será competente la Sala «en cuya circunscripción se produzca o, en su caso, se extiendan los efectos de la lesión, las decisiones o actuaciones respecto de las que se demanda la tutela» (art. 11.1 d) LRJS).

3.- Vías de tutela (judiciales y extrajudiciales) en materia de selección de personal.

3.1.- Modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales.

Como hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, la vulneración de diferentes derechos fundamentales es la controversia que más frecuentemente puede surgir entre un candidato y un empresario que pretende cubrir un puesto de trabajo mediante la realización de un proceso de selección de personal. Es posible atentar contra la intimidad del candidato, discriminarlo por múltiples motivos prohibidos o menoscabar su derecho a la autodeterminación informativa.

Para obtener la tutela de dichos derechos fundamentales el candidato puede acudir a la modalidad procesal establecida en el art. 177 y ss. LRJS⁵⁷⁷. La acción

⁵⁷⁷ La STC 55/1983, de 22 de junio ya señaló que el orden social resulta competente para conocer de pretensiones fundamentadas en la violación de derechos fundamentales. En el mismo sentido SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad...», op. cit., p. 216-217.

judicial puede ejercitarse desde el momento en que se tiene conocimiento de la vulneración del derecho (y consiguientemente de la producción del daño), con el plazo de prescripción de un año (art. 179.2 LRJS en conexión con el art. 59.1 ET)⁵⁷⁸. En caso de que la lesión del derecho se entienda producida, la sentencia a que dará lugar tendrá el siguiente contenido: declaración de la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos; declaración de nulidad radical de la conducta lesiva; orden de cese inmediato de la misma; restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental; orden de reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (art. 182.1 LRJS).

El art. 177.1 LRJS permite a cualquier trabajador o sindicato⁵⁷⁹ que, «invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso», la posibilidad de recabar su tutela a través de esta modalidad procesal «cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios». De lo indicado, podemos destacar diversas cuestiones de interés: en primer lugar, parece claro que un candidato puede acudir a este procedimiento de tutela, pese a que se mencionen únicamente las figuras «trabajador» y «sindicato» como legitimados. Ello es así porque más adelante el artículo indica que la pretensión formulada debe pertenecer al ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al orden social o en conexión directa con las mismas, lo que incluye los procesos de selección de personal y otros estadios preliminares del contrato de trabajo. En segundo lugar, se mencionan especialmente los derechos fundamentales a la libertad sindical, a la no discriminación y a la prohibición de acoso, lo que sugiere una intención del legislador en enfatizar la importancia de tutelar los posibles ataques a estos derechos. En

⁵⁷⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2011, p. 130.

⁵⁷⁹ Dos ejemplos de sindicatos utilizando esta modalidad procesal para la tutela de discriminaciones indirectas en el acceso al empleo pueden verse en las SSTSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2005 (AS\2005\3000) y de 23 de mayo de 2007 (AS\2007\2556).

tercer lugar, cabe la posibilidad de ampliar la tutela a las lesiones de los derechos fundamentales cometidas por terceros vinculados con el empresario, lo que en materia de selección de personal significa incluir como parte legitimada pasiva a empleados encargados de la selección y contratación, empresas especializadas contratadas al efecto, agencias de colocación, y en general, cualquiera de las entidades analizadas en el cap. III.

En cualquier caso, la normativa permite a la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales dirigir pretensiones, «tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare» (art. 177.4 LRJS). Esta disposición otorga libertad al afectado para demandar al causante de la lesión junto con el empresario, por lo que no establece en ningún caso un litisconsorcio pasivo necesario, en contra de lo apuntado por la STS de 30 de enero de 2008 (RJ\2008\2777). Esta resolución dictaminó que en supuestos de acoso cometido por empleados sobre un trabajador se daba una situación de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que resultaba necesario demandar a la empresa y también al acosador. En materia de selección de personal podemos poner múltiples ejemplos de esa situación, puesto que suelen intervenir en el proceso selectivo varios sujetos además del propio empresario: un entrevistador que formula preguntas que atentan contra la intimidad del candidato o bien una situación de acoso sexual de intercambio, en la que la obtención del empleo queda condicionada por el seleccionador a que el candidato acepte llevar a cabo actos sexuales.

Para esta modalidad procesal se establece la obligatoriedad de que el Ministerio Fiscal actúe siempre en este tipo de procesos «velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas» (art. 177.3 LRJS). También cabe la posibilidad de que el sindicato al que pertenezca el candidato o «cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo» pueda personarse como

coadyuvante y, en supuestos de discriminación, pueden personarse también «las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados». Sin embargo, todos estos coadyuvantes mencionados «no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado» (art. 177.2 LRJS).

Finalmente, la demanda, «además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida» con especificación de los diversos daños y perjuicios (art. 179.3 LRJS). La cuestión de la indemnización la trataremos en posteriores epígrafes.

3.2.- Modalidad procesal de conflicto colectivo.

La modalidad procesal de conflicto colectivo puede utilizarse por parte de diversos sujetos legitimados⁵⁸⁰ para promover, entre otras, demandas «que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo» (art. 153.1 LRJS).

Así pues, se pueden dirimir controversias sobre decisiones empresariales discriminatorias que afecten a un colectivo, por ejemplo la negativa a contratar mujeres para cubrir una serie de puestos de trabajo, caso de la STS de 18 de febrero de 1994 (RJ\1994\1061), aunque en este caso cabría también la posibilidad de utilizar la

⁵⁸⁰ Estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos (art. 154 LRJS):

- a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.
- b) Las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa.
- c) Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior.
- d) Las Administraciones públicas empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores.
- e) Las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos representativos de estos, para el ejercicio de las acciones colectivas relativas a su régimen profesional, siempre que reúnan el requisito de la letra a) anterior, así como las empresas para las que ejecuten su actividad y las asociaciones empresariales de estas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto.

modalidad de tutela de derechos fundamentales antes explicada, siempre que el legitimado fuera un sindicato, circunstancia con mayores probabilidades en la temática de la selección de personal. Donde solo cabe el proceso de conflicto colectivo es en la inaplicación, por parte del empresario, del hipotético plan de igualdad o de las cláusulas convencionales que determinan la presencia más o menos activa de representantes de los trabajadores durante los procesos de selección de personal (elaboración de las pruebas, participación en tribunales calificadores, etc.). Entendemos que en la mayoría de ocasiones el «colectivo genérico» al que alude la norma lo constituirán los candidatos que pueden acceder a los procesos de selección de personal⁵⁸¹.

3.3.- Modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos.

Esta modalidad procesal tiene como objeto la impugnación de un convenio colectivo por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros. Respecto a la selección de trabajadores, el convenio podría contener cláusulas discriminatorias en el acceso al empleo, reconocimientos médicos no justificables previos a la contratación u otras disposiciones que vulnerasen derechos fundamentales de los candidatos. En el caso que nos ocupa la sentencia resultante anularía el convenio colectivo en la parte correspondiente (nulidad parcial).

La particularidad de este proceso es que, detectada su posible ilicitud con ocasión de los trámites de registro y depósito del convenio por parte de la autoridad laboral correspondiente (art. 90.5 ET)⁵⁸², debe iniciarse de oficio por esta ante el Juzgado o Sala competente (art. 163.1 LRJS). En el caso de que el convenio aún no haya sido registrado, los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios, si estiman que el convenio contiene ilegalidad o lesividad, «deberán solicitar previamente de la autoridad laboral que curse al juzgado o Sala su comunicación de oficio» (art. 163.2 LRJS). Si la autoridad laboral no contestara la solicitud anterior en el plazo de quince días, la desestimara o el convenio colectivo ya

⁵⁸¹ «Existe un interés genérico referido a todo un colectivo de mujeres, aspirantes a un eventual puesto de trabajo en la empresa, que también merece ser tutelado. Este interés abstracto reside en el grupo no determinado, innominado y no individualizable que se identifica con datos objetivos, como son el pertenecer al sexo femenino y ser aspirantes a ingreso en la empresa. Constituye ese colectivo el sujeto pasivo de la presunta conducta discriminatoria» (STS de 18 de febrero de 1994 (RJ\1994\1061)).

⁵⁸² La autoridad laboral «velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo» (art. 90.6 ET).

hubiere sido registrado, la impugnación de estos podrá instarse directamente por los legitimados para ello mediante los trámites del proceso de conflicto colectivo (art. 163.3 LRJS).

Una vez promovida la impugnación del convenio colectivo a través del proceso de conflicto colectivo, que será la solución a la que en la práctica finalmente se llegará según la doctrina más autorizada⁵⁸³, nos encontramos con una diversidad de legitimados activos en función de si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad (art. 165.1 a) LRJS) o en la lesividad (art. 165.1 b) LRJS). En el primer caso, resultan legitimados los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como el Ministerio Fiscal, la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito. Además, están también legitimados el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas a los efectos de impugnar «las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo». En el segundo caso, corresponde la legitimación activa «a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado», no entendiéndose como tales «a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio».

3.4.- Breve referencia al procedimiento de oficio para la indemnización de las discriminaciones laborales.

El art. 148 LRJS permite a la autoridad laboral iniciar un procedimiento de oficio como consecuencia de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual y otros legalmente previstos. La finalidad es determinar la indemnización correspondiente según los perjuicios estimados para el trabajador. La demanda, dirigida al Juzgado de lo Social, contendrá los siguientes requisitos específicos de este proceso: las personas contra las que se dirige; la concreta condena que se pida frente a ellas según el contenido de la pretensión; los hechos que resulten

⁵⁸³ MOLINA NAVARRETE, C.: *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción social*, La Ley, Madrid, 2012, p. 303.

imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas, es decir, los que se estiman constitutivos de discriminación (art. 149.1 LRJS).

Incluimos este procedimiento porque entendemos que resulta posible que la Inspección de Trabajo observe estos comportamientos discriminatorios como, por ejemplo, la publicación de una oferta de empleo discriminatoria por razón de sexo o edad, o la localización en la empresa de *curriculum vitae* de candidatos descartados con anotaciones discriminatorias manuscritas. Así, la demanda puede venir precedida de la extensión de un acta de infracción. Si así sucede, la admisión de la demanda producirá la suspensión del expediente administrativo (art. 148 LRJS).

El problema que vemos en este proceso es que es muy probable que los perjudicados sean difíciles o imposibles de identificar, como es el caso de una oferta de empleo discriminatoria, pues esta posee multitud de destinatarios indeterminados. En este caso entendemos que no es posible continuar con el proceso ya que, en la tramitación del mismo, está prevista la comparecencia como parte de los afectados (art. 150.2 LRJS).

Si hubiera candidatos identificados, se les «emplazará al efecto y una vez comparecidos tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso» (art. 150.2 a) LRJS). Estos podrán conciliar con el empresario siempre que lo autorice el secretario judicial o, en su caso, el juez o tribunal, y siempre que haya sido «cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción» (art. 150.2 b) LRJS). Interesante resulta lo previsto en el art. art. 150.2 c) LRJS, que establece que «los pactos entre trabajadores y empresarios posteriores al acta de infracción tan solo tendrán eficacia en el supuesto de que hayan sido celebrados en presencia del inspector de trabajo que levantó el acta o de la autoridad laboral» ¿Estamos hablando de la futura contratación del candidato al que a priori se había discriminado? De ser así, o bien el empresario renuncia a contratar a ese candidato, o bien debe celebrarse el contrato de trabajo ante la autoridad laboral, ya que de lo contrario no tendría eficacia. Tenemos la triste convicción de que la primera opción será la más probable.

3.5.- Otras vías fuera de la jurisdicción social.

Fuera del orden jurisdiccional social existen diversas garantías jurídicas para proteger los diferentes derechos fundamentales del candidato inmerso en un proceso de selección de personal. Para estudiarlas hemos optado por ir diferenciando cada derecho de forma individual y, a continuación, hemos procedido a indicar las que eran pertinentes. También se han incluido al final de este apartado las infracciones administrativas que pueden cometerse en materia de empleo por parte de entidades que han sido analizadas en el cap. III.

3.5.1.- Protección del derecho a la intimidad y al honor (LISOS, LO 1/1982 y CP).

Los actos del empresario contrarios al derecho a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores son considerados como infracción muy grave por el art. 8.11 LISOS y son sancionables administrativamente con multas de diversa cuantía⁵⁸⁴.

Por otra parte, constituye intromisión ilegítima «la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela» (art. 7.4 LO 1/1982). Esta conducta la pueden llevar a cabo los seleccionadores o psicólogos que obtienen datos privados de un candidato en el marco de un proceso de selección, pero también la pueden realizar anteriores empresarios del candidato a los que se les han solicitado referencias. Estos últimos pueden igualmente cometer una intromisión ilegítima si imputan hechos o manifiestan juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad del candidato, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (art. 7.7 LO 1/1982).

La citada conducta de los seleccionadores debe ir por la vía antes comentada de tutela de derechos fundamentales establecida por la LRJS, pues ya se indicó anteriormente que las situaciones previas a la celebración de un contrato tienen la naturaleza de este y, por lo tanto, corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional

⁵⁸⁴ Las multas podrán ser, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo, de 100.006 euros a 187.515 euros (art. 40.1 c) LISOS).

social. Sin embargo, las conductas del anterior empresario atentatorias contra el honor del candidato, consistentes en la «descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional» (STS de 21 de julio de 2008 (RJ\2008\4489)⁵⁸⁵, deben resolverse por la vía civil⁵⁸⁶. En ese sentido, la tutela judicial podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas: el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior; la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida; medidas para prevenir intromisiones inminentes o ulteriores; indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 9.2 LO 1/1982). Dicha indemnización «se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» (art. 9.3 LO 1/1982).

En el ámbito penal, nos interesa señalar que se tipifica como delito el revelar secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de oficio o relaciones laborales, castigándose con la «pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses» (art. 199.1 CP). Si quien divulga dichos secretos es un profesional, que incumple así su obligación de sigilo y reserva, «será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años» (art. 199.2 CP). Este último sería el caso de los psicólogos que realizan los test psicométricos durante un proceso de selección de personal.

3.5.2.- Protección frente al acoso (LISOS y CP).

El acoso sexual cometido durante un proceso de selección de personal se considera infracción muy grave (art. 8.13 LISOS) y puede ser sancionado

⁵⁸⁵ Véase el epígrafe 4.1 cap. II *supra*.

⁵⁸⁶ Lo que permite un plazo más amplio de prescripción: «Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas» (art. 9.5 LO 1/1982).

administrativamente con multas de diversa cuantía⁵⁸⁷, además de con la pérdida automática de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y la exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses (art. 46 bis.1 LISOS).

Por su parte, si el acoso se produce por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual o por razón de sexo, solo será sancionable, en los mismos términos que el anterior, siempre que, «conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo» (art. 8.13 bis LISOS).

En ambos casos el acoso puede cometerse por «cualquiera que sea el sujeto activo del mismo», lo que incluye, a nuestro juicio, al personal de selección ajeno a la empresa ofertante del puesto, y «dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial», lo que atañe sin ninguna duda al proceso de selección de personal.

Moviéndonos hacia el ámbito penal, el art. 184.1 CP tipifica como delito el acoso sexual en los siguientes términos: «El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses». En supuestos de procesos de selección de personal, entendemos más acertado aplicar el tipo agravado, el cual establece pena de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses para el acosador que se aproveche «de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación» (art. 184.2 CP).

⁵⁸⁷ Las multas podrán ser, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo, de 100.006 euros a 187.515 euros (art. 40.1 c) LISOS).

3.5.3.- Protección frente a la discriminación (LISOS y CP).

El art. 8.12 LISOS estipula que constituyen infracción muy grave «las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». Las sanciones pueden ser de diversa cuantía⁵⁸⁸ e incluyen sanciones accesorias, consistentes en la pérdida automática de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y la exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses (art. 46 bis.1 LISOS).

No obstante, en el caso de que la discriminación hubiera sido por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que nos hemos referido «podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias» (art. 46 bis.2 LISOS)⁵⁸⁹.

Por su parte el art. 314 CP establece que «los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la

⁵⁸⁸ Las multas podrán ser, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo, de 100.006 euros a 187.515 euros (art. 40.1 c) LISOS).

⁵⁸⁹ Si no se cumple lo acordado respecto al plan de igualdad, se aplicarán las sanciones accesorias en los términos previstos por el art. 46 bis.2 LISOS.

representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses».

3.5.4.- Protección de los datos de carácter personal (LOPD).

La AEPD puede imponer cuantiosas sanciones administrativas a los empresarios o a los encargados de la selección de personal que incumplan lo dispuesto en el articulado de la LOPD⁵⁹⁰. En principio, el candidato afectado que desee resarcirse por incumplimientos de dicha normativa debe acudir a la jurisdiccional social mediante el proceso de tutela de los derechos fundamentales antes examinado⁵⁹¹. Por eso, en este epígrafe nos referiremos a las sanciones que puede imponer la AEPD mediante el uso de su potestad inspectora de oficio (art. 40 LOPD y art. 27 y ss. RD 428/1993, de 26 de marzo) y que guardan relación con la selección de trabajadores.

En primer lugar, se considera infracción leve «el incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado» (art. 44.2 c) LOPD)⁵⁹². Esta infracción puede ser sancionada con multa de 900 a 40.000 euros (art. 45.1 LOPD).

En segundo lugar, se considera infracción muy grave «la recogida de datos en forma engañosa o fraudulenta» (art. 44.4 a) LOPD). Esta infracción la podemos relacionar con las ofertas falsas de empleo que hemos comentado que suelen aparecer en los portales virtuales de empleo, o con otros mecanismos fraudulentos de obtención de datos de candidatos para ser usados con fines comerciales. Las infracciones muy graves pueden ser multadas con cuantías que van desde los 300.001 a 600.000 euros (art. 45.3 LOPD).

⁵⁹⁰ Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la LOPD (art. 43.1 LOPD)

⁵⁹¹ En el mismo sentido SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad...», op. cit., p. 217.

⁵⁹² Véase el epígrafe 1.2 del cap. IV *supra*.

Finalmente, según el art. 44.4 b) LOPD, constituye también infracción muy grave el tratamiento o cesión, salvo en los supuestos autorizados, de los datos de carácter personal especialmente protegidos, a saber: ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual y comisión de infracciones penales o administrativas. Igualmente constituye infracción muy grave la creación de ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual. Esto último resulta de interés especialmente en los casos de empresas de selección o similares que operan con listas negras de trabajadores afiliados a sindicatos.

3.5.5.- Infracciones en materia de empleo y ETTs (LISOS).

Empezamos este epígrafe recordando que el art. 15.5 LISOS considera infracción grave «la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación»⁵⁹³. Esta infracción puede sancionarse «con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros; en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros» (art. 40.1 b) LISOS).

Pasando a las infracciones muy graves, se indica en el art. 16.2 LISOS que el establecimiento de «condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado». El mismo precepto también considera como muy grave el «solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección», que a nuestro parecer debe referirse únicamente a los que no sean pertinentes y adecuados para la evaluación de la aptitud profesional del candidato.

⁵⁹³ Para la correcta elaboración de una oferta de empleo, véase el epígrafe 1.1 del cap. IV *supra*.

De interés para las entidades intermediadoras, aunque de nula aplicación hasta la fecha⁵⁹⁴, resulta el art. 16.1 LISOS, que considera también como infracción muy grave «ejercer actividades de intermediación laboral, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o continuar actuando en la intermediación y colocación tras la finalización de la autorización, o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados»⁵⁹⁵. Las multas previstas para las infracciones muy graves podrán ser, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo, de 100.006 euros a 187.515 euros (art. 40.1 c) LISOS)⁵⁹⁶.

Vista esta última cuantía, sin embargo, observamos que si es una ETT la que cobra al trabajador «cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación» (art. 18.2 e) LISOS) la calificación que recibe la infracción es únicamente «grave», por lo que la multa pasa a ser inferior⁵⁹⁷. Siguiendo con la cuestión de las ETTs, estas deben poner en sus ofertas de empleo la identificación como empresa de trabajo temporal y el número de autorización o de lo contrario incurrirán en una falta leve (art. 18.1 b) LISOS)⁵⁹⁸.

4.- La dificultad probatoria de la vulneración de derechos fundamentales durante los procesos de selección de personal.

Las conductas atentatorias contra los derechos fundamentales del candidato a un puesto de trabajo aumentan la dificultad de su prueba, debido a las propias características de la fase precontractual.

⁵⁹⁴ Véase la crítica en el cap. III.

⁵⁹⁵ «En el caso de las empresas de trabajo temporal que hubieran presentado una declaración responsable para actuar como agencias de colocación según lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, incumplir los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo» (art. 16.1 bis LISOS).

⁵⁹⁶ Para el caso descrito en el art. 16.2 LISOS se aplica el régimen de sanciones accesorias del art. 46 bis.1 LISOS, incluyendo, cuando se trate de una discriminación por razón de sexo, la medida sustitutoria prevista por el art. 46 bis.2 LISOS.

⁵⁹⁷ Multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros; en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros (art. 40.1 b) LISOS).

⁵⁹⁸ Sancionable, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros (art. 40.1 a) LISOS).

En cuanto a la protección de la intimidad del candidato, las indagaciones sobre aspectos de su vida privada están a la orden del día, llevándose a cabo durante las entrevistas de selección, en un entorno discreto donde solo se encuentran presentes el seleccionador y el aspirante al puesto. Por otra parte, los cuestionarios o test que debe cumplimentar el candidato, y que pueden incluir preguntas atentatorias contra su intimidad, permanecen en todo momento en poder de la empresa, sin que el afectado pueda obtener una copia para demostrar dichas irregularidades. Y ya entrando en situaciones de mayor actualidad, ¿cómo demostrar que un seleccionador ha accedido al perfil de un candidato en una red social y ha valorado los contenidos que allí se exponen?

Respecto al derecho a no ser discriminado, por un lado nos encontramos ante la mecánica de la contratación laboral que viene precedida por una oferta colectiva de empleo y unos procesos de selección, que ya hemos visto que no tienen por qué ser objetivos. Por otro lado tenemos la libertad de contratación del empresario, que permite llevar a cabo discriminaciones prohibidas que permanecen veladas la mayor parte de las ocasiones⁵⁹⁹. ¿Cómo demostrar que una decisión que ha sido elaborada en la mente de un empresario se ha tomado con fines discriminatorios? Tampoco debemos olvidar la posibilidad de que se produzcan discriminaciones indirectas en las que, como ya se indicó, criterios de selección neutros provocan desventajas en determinados colectivos. Se trata de situaciones de difícil demostración al no existir una conducta discriminatoria clarificada.

Si a todos estos elementos le sumamos el poco o nulo control de los procesos selectivos que llevan a cabo los representantes de los trabajadores, nos vemos ante un panorama probático bastante deficiente. No obstante, las diferentes normativas y doctrinas jurisprudenciales han elaborado mecanismos tendentes a facilitar la prueba de las vulneraciones de derechos fundamentales, centrando su atención especialmente en las conductas discriminatorias.

⁵⁹⁹ «Por ello, los efectos discriminatorios se difuminan en un colectivo amplio de personas y se invisibilizan detrás de los procesos de selección y de la libertad de empresa», LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El principio de igualdad de los sexos en la doctrina social más reciente», Ponencia V Escuela de Mujeres Dirigentes de UGT, 2010, disponible en http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/El%20principio%20de%20igualdad%20de%20los%20sexos%20en%20la%20doctrina%20judicial%20social%20mas%20reciente%20F%20LOUSADA.pdf.

4.1.- Distribución de la carga de la prueba en la vulneración de derechos fundamentales.

La doctrina de la distribución de la carga de la prueba deriva de una reiterada jurisprudencia y normativa comunitaria⁶⁰⁰, aunque en nuestra doctrina constitucional se venía aplicando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, y actualmente la podemos encontrar reflejada en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS⁶⁰¹, entre otros. Se trata de un mecanismo para superar las dificultades probatorias que comportan las vulneraciones de derechos fundamentales por causa del «margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador» (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, de 87/2004, de 10 de mayo, de 138/2006, de 8 de mayo, entre muchas otras).

De este modo, especialmente en casos de discriminación directa y en orden a evitar «que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que este resulta lesivo del derecho fundamental» (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y de 87/2004, de 10 de mayo), se articula la distribución de la carga de la prueba mediante dos fases diferenciadas:

⁶⁰⁰ Aparece en la ya derogada Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. En su art. 4.1 establece que «Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato». Actualmente se encuentra en el art. 19 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. También en el art. 10 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y en el art. 8 de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁶⁰¹ «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (art. 96.1 LRJS).

«En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (art. 181.2 LRJS).

En primer lugar, la parte demandante, en nuestro caso el candidato al puesto de trabajo, debe aportar un indicio razonable de prueba de que el acto empresarial ha vulnerado su derecho fundamental. Este indicio fundado «no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido» (STC 87/2004, de 10 de mayo), «ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato» (STC 136/1996, de 23 de julio).

En segundo lugar, «sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios» (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y de 87/2004, de 10 de mayo, entre otras). De ahí que los preceptos legales hablen de «la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (arts. 96.1 y 181.2 LRJS), y nuestra doctrina asevere a su vez que «se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador» (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y de 87/2004, de 10 de mayo, entre otras).

Hay que señalar que no se impone al empresario «la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (STC 136/1996, de 23 de julio). No basta, pues, «el mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales» (STS 87/2004, de 10 de mayo).

En caso de que el empresario no aporte la justificación objetiva, razonable y suficientemente probada, se «determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador» (SSTC 136/1996, de 23 de julio y 87/2004, de 10 de mayo, entre otras).

4.2.- El uso de la prueba estadística para probar la discriminación indirecta.

La prueba estadística es un método para determinar si existe algún tipo de discriminación indirecta⁶⁰², por ejemplo, en el acceso al empleo; esto es, si por causa de alguna disposición, criterio o práctica aparentemente neutros se pone a determinados colectivos en desventaja particular a la hora de ser contratados, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. Se utiliza en la primera fase de la distribución de la carga de la prueba antes expuesta: el demandante la aporta como indicio de discriminación y se valora por parte del juzgador su razonabilidad. Si es aceptada el demandado debe justificar que el criterio neutro que adoptó resulta objetivo y razonable.

Ejemplos de pruebas estadísticas para descubrir discriminaciones indirectas por razón de sexo son las enumeradas por la STSJ Cantabria de 14 de noviembre de 2005 (AS\2005\3000), que resolvió un proceso de selección de personal del que no resultó finalmente contratada ninguna mujer. La sentencia, tras señalar que «la prueba estadística (porcentaje hombres/mujeres afectados por una medida) opera como presunción de que existe una intencionalidad discriminatoria», explica que «existen dos posibilidades de atender al número de hombres y mujeres contratados por la empresa – estadística intra-empresarial– o a los suficientemente cualificados para el trabajo en el área cercana –estadística extra-empresarial. Se corresponden tales criterios con los “pass rates” o “flow statistics” y “stock statistics” del derecho norteamericano». En el supuesto enjuiciado se aceptó como suficiente indicio de discriminación el hecho de que, en el proceso de selección de personal para cubrir un puesto que podía ser ocupado tanto por hombres como por mujeres, «de un inicial 78% de participantes masculino y 22% femenino, se pasa en las siguientes fases de selección a un 93% y 7%, 97 y 3%, respectivamente y al final a un 100% de personal masculino seleccionado». En esa información consistió la prueba estadística⁶⁰³.

⁶⁰² Así lo han indicado la STJUE de 9 de febrero de 1999, C-167/97, asunto Regina, las SSTC 128/1987, de 14 de julio y 253/2004, de 22 de diciembre y la STS de 18 de julio de 2011 (RJ\2011\6560).

⁶⁰³ En la STS de 18 de julio de 2011 (RJ\2011\6560), que resuelve sobre un caso de discriminación indirecta por razón de sexo en la promoción profesional, el juzgador acepta una prueba estadística formada por un historial de datos estadísticos mucho más complejo.

4.3.- Los medios de prueba más eficaces en materia de procesos de selección de personal.

Se ha dicho que la entrevista con el candidato constituye la prueba selectiva más utilizada en los procesos de selección de personal. Y también se ha dicho que la sola presencia del empresario y del candidato impide la reconstrucción de la conversación, si se quiere utilizar esta como medio de prueba para demostrar la posible injerencia en la vida privada del candidato⁶⁰⁴. Para poder asegurar que en un futuro puedan acreditarse los hechos acaecidos durante las pruebas de selección proponemos la preconstitución de prueba, cuya finalidad es obtener una referencia segura sobre algo que ha tenido lugar⁶⁰⁵.

En primer lugar, la entrevista puede ser registrada mediante un sistema de grabación sonora que porte oculto el candidato⁶⁰⁶. Decimos que debe ser oculto porque un seleccionador que pretenda realizar preguntas que atenten contra la intimidad del candidato no consentirá que quede constancia de su conducta ilícita. En ese sentido, los avances tecnológicos han facilitado enormemente el acceso de cualquiera a dispositivos de grabación como las grabadoras digitales, los teléfonos móviles o las tabletas, de tamaño cada vez más reducido.

La simple grabación sonora de conversaciones resulta lícita siempre que la realice alguno de los interlocutores que participan en las mismas. De lo contrario, si un tercero graba una conversación ajena, se estaría vulnerando el derecho fundamental a la intimidad y, si se divulgara el contenido, se atentaría a su vez contra el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones⁶⁰⁷. Por lo tanto, dicha prueba no podría admitirse en un proceso al haberse obtenido «violentando los derechos o libertades fundamentales» (art. 11.1 LOPJ). Este tipo de prueba puede aportarse en un proceso en

⁶⁰⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa...», op. cit., p. 5.

⁶⁰⁵ PEÑACOBIA RIVAS, E.: «Sobre la prueba...», op. cit., p. 8.

⁶⁰⁶ «La grabación sonora constituye, a nuestro juicio, una prueba muy efectiva para poder preconstituir pruebas y, a la vez, para poder reproducir los hechos en el proceso que tuvieron lugar en el pasado. En efecto, la grabación permite almacenar datos en un soporte distinto, ya que si se realizara en una situación íntima la información estaría alojada en el cerebro de las partes, siendo, en consecuencia, más difíciles de acreditar (seguramente habría versiones contrapuestas). En cambio, la grabación sonora facilita una reproducción fiel de lo que pasó (recordamos que todo hecho deja huella)», PEÑACOBIA RIVAS, E.: «Sobre la prueba...», op. cit., p. 9.

⁶⁰⁷ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

virtud del art. 90.1 LRJS⁶⁰⁸ y del art. 382.1 LEC⁶⁰⁹, pues hemos visto que no se conculcan ni el derecho a la intimidad ni el secreto de las comunicaciones siempre que, insistimos, la realice uno de los interlocutores, en este caso el candidato⁶¹⁰.

En segundo lugar, podría utilizarse con idéntico fin al anterior una grabación audiovisual realizada de forma oculta. Este medio resulta más útil cuando queremos demostrar comportamientos del seleccionador no verbales que pueden conculcar derechos de los candidatos. Por ejemplo, ante un acoso sexual o discriminatorio pueden registrarse los actos físicos de carácter libidinoso (tocamientos en un acoso sexual) o despreciativo (gestos ofensivos en acoso discriminatorio). En el supuesto de un acoso sexual de intercambio quizás bastaría con la grabación sonora. También puede emplearse para demostrar comportamientos llevados a cabo durante una prueba de dinámica de grupo o de juego de rol.

El uso de las grabaciones audiovisuales puede vulnerar el derecho a la intimidad si no se supera el triple juicio de proporcionalidad explicado en el cap. I. Así, la grabación audiovisual debe resultar: idónea, es decir, susceptible de conseguir el objetivo propuesto; necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. A nuestro juicio, si se lleva a cabo la grabación

⁶⁰⁸ «Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos» (art. 90.1 LRJS).

⁶⁰⁹ «Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» (art. 382.1 LEC).

⁶¹⁰ «Con carácter general, debe reconocerse que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad cierta de manipulación, trucaje y distorsión del contexto global en el que tuvieron lugar las manifestaciones reproducidas, siendo perfectamente concebible que en ella se imite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron. Mas una cosa es que, para evitar la proliferación de "pruebas" artificiosamente conseguidas, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria. Por el contrario, la misma existencia de intervenciones telefónicas legalmente autorizadas con fines de investigación judicial avala la consideración como medio de prueba de las conversaciones así grabadas, pues, de otro modo, semejante procedimiento resultaría inútil a los pretendidos efectos. Partiendo, pues, del valor probatorio que, con las debidas precauciones, cabe otorgar al contenido de una cinta magnetofónica, deberá comprobarse a continuación si, en el caso de autos, dichas precauciones fueron observadas por los órganos judiciales» (STC 190/1992, de 16 de noviembre).

durante el tiempo que duran las pruebas de selección y si solo se enfoca lo estrictamente necesario, se está actuando bajo el principio de proporcionalidad.

Por último, un modo menos efectivo de probar acciones llevadas a cabo durante procesos de selección de personal es la declaración de testigos, en este caso, otros candidatos que participaron en pruebas colectivas junto al candidato perjudicado (entrevistas en grupo, pruebas profesionales o exámenes colectivos, dinámicas de grupo, etc.).

5.- La reparación del daño derivado de un proceso de selección de personal.

En diversas ocasiones un candidato puede no resultar contratado tras participar en un proceso de selección de personal. El supuesto más acorde con la legalidad es que el aspirante no poseía la aptitud profesional necesaria según el perfil profesional requerido por la empresa. O quizás sí cumplía los requisitos del puesto pero otros candidatos lo superaban en méritos, formación, experiencia, etc. En cualquier caso, la libertad de contratación de la que goza el empresario le permite incluso no contratar a ningún candidato tras la finalización del proceso selectivo.

Sin embargo, existen dos supuestos en los que el candidato rechazado puede exigir la reparación de ciertos perjuicios y daños que se le suponen inflingidos por no haber sido contratado. En primer lugar, nos encontramos ante casos en los que el empresario se ha obligado expresamente a contratar a los candidatos que superen el proceso de selección. El segundo supuesto lo constituyen las vulneraciones de derechos fundamentales de las que ha sido víctima el candidato durante el proceso de selección, por ejemplo, las discriminaciones prohibidas o los atentados contra su intimidad o dignidad.

5.1.- Incumplimiento de contratación tras la superación de un proceso de selección de personal.

Como hemos indicado, la superación de un proceso de selección de personal no implica necesariamente la contratación del candidato. Ahora bien, existen diferentes

situaciones en las que se contradice esa afirmación, principalmente porque se ha entendido que el empresario se ha obligado a contratar y que a su vez el candidato se ha comprometido a ser contratado. Es el caso de la empresa que ha pactado, mediante convenio colectivo o acuerdo, que creará una bolsa de trabajo con los candidatos que hayan superado unas pruebas selectivas de personal, contratando a los mismos según el orden que ocupen en la lista de la bolsa. La jurisprudencia ha estimado que este compromiso adquirido por la empresa constituye un auténtico precontrato de trabajo⁶¹¹, de obligado cumplimiento (art. 1.254 CC), so pena de tener que indemnizar a los candidatos no contratados en virtud de lo dispuesto en el art. 1.101 CC⁶¹².

En la misma situación se encuentra la empresa que convoca un proceso de selección para cubrir una plaza concreta, con especificación de las condiciones de trabajo, pues esa actitud supone una clara intención de contratar por parte del futuro empleador⁶¹³. En cuanto al candidato, si este accede a someterse al proceso de selección o a realizar un curso de formación para ocupar la plaza, se entiende por aceptada la oferta del empresario⁶¹⁴.

Sobre la exigencia del cumplimiento de esa obligación de contratar, el carácter personalísimo de las obligaciones de hacer disminuye la posibilidad de que pueda

⁶¹¹ La STS de 17 de marzo de 1979 (RJ\1979\1373) ya definió esta figura como «una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar como definitivo». Sobre el precontrato de trabajo pueden verse ALZAGA RUIZ, I.: «Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo: un estudio sobre su concepto, las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades preparatorias del contrato de trabajo», DL, nº 65, 2001; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial», AL, nº 42, 1994; PURCALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Tratos preliminares y...», op. cit.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *El precontrato de trabajo: régimen jurídico*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La preparación del contrato de trabajo», DL, nº 34, 1991.

⁶¹² «El compromiso así adquirido por la empresa demandada de incorporar a su plantilla a los trabajadores con los números de matrícula más antiguos, constituye un acuerdo válido, que obliga a su cumplimiento a tenor de los arts. 1.254 y concordantes del Código Civil y, por consiguiente, limitada de esta forma la autonomía de la voluntad de la recurrente para seleccionar a sus empleados, con el fin de hacer efectivos los principios de equidad, justicia y transparencia a que se refiere la cláusula cuestionada, la decisión empresarial de no contratar a la Sra. Lorenza, desconociendo el compromiso asumido de acudir a la bolsa de trabajo y respetar el orden de llamamientos establecido, constituye una violación de aquella promesa de contrato, y es el incumplimiento de esta obligación de respetar el preferente derecho de la demandante, contrariando los principios de la buena fe contractual y de confianza legítima, el que genera la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios, conforme determina el art. 1.101 del Código civil» (STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2008 (AS\2008\1340)). En el mismo sentido la STSJ de Cantabria de 23 de abril de 2008 (AS\2008\1750).

⁶¹³ PURCALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Tratos preliminares y...», op. cit., p. 400.

⁶¹⁴ STSJ de Madrid de 23 de junio de 1995 (AS\1995\2684)

llevarse a cabo⁶¹⁵, además del hecho de que ambas partes pueden extinguir el contrato de trabajo de inmediato a través de numerosas vías⁶¹⁶. Por lo tanto, la solución más adecuada consiste en la indemnización de los daños sufridos por el candidato que ha visto frustradas sus expectativas de incorporarse a la prestación de servicios.

La cuantificación de la indemnización correspondiente no es un tema pacífico en la doctrina. Un criterio indica que debe cuantificarse en atención a los salarios dejados de percibir desde la fecha en que debería haberse contratado al candidato⁶¹⁷, aunque esa cantidad debe minorarse si durante dicho período el trabajador prestó servicios retribuidos para otro empresario⁶¹⁸, o incluso limitarse al salario correspondiente al período máximo de prueba, siempre que se hubiera pactado⁶¹⁹. Otro criterio asimila la ruptura del precontrato con la ruptura unilateral del contrato por voluntad del empresario, calculándose la indemnización que le habría correspondido al trabajador si se hubiera celebrado el contrato y este se extinguiera por despido improcedente⁶²⁰. Finalmente, un tercer criterio establece que ha de tenerse en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante, amén de los posibles daños morales que el perjudicado alegue y acredite⁶²¹. Por daño emergente entendemos los gastos derivados

⁶¹⁵ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «El precontrato de...», op. cit., p. 664.

⁶¹⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La preparación del...», op. cit., p. 61. «En esta situación podría, incluso, eludirse el pago de las indemnizaciones correspondientes, porque el trabajador siempre puede dimitir y el empresario extinguir el contrato durante el período de prueba (si este se hubiera pactado)», PURCALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Tratos preliminares y...», op. cit., p. 406.

⁶¹⁷ SSTSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2008 (AS\2008\1340) y de 23 de abril de 2008 (AS\2008\1750). En el caso de incumplimiento del orden de llamamiento y contratación de una bolsa de trabajo, se han de tener en cuenta únicamente los períodos en que hubiesen sido contratados trabajadores con inferior presencia en la lista (STS de 22 de octubre de 2009 (RJ\2010\1313)).

⁶¹⁸ ATS de 18 de enero de 1993 (RJ\1993\98). En la STSJ de Castilla y León de 17 de mayo de 1999 (AS\1999\2459) se sigue el mismo criterio en el caso de un trabajador que no fue contratado en el plazo de 5 días a partir de la superación del proceso de selección, tal y como se estipulaba en las bases del mismo: «Respecto al importe a que ha de ascender el "quantum" indemnizatorio, queda acreditado que la cantidad que le hubiera correspondido percibir al recurrente, de haber iniciado su relación laboral en la fecha fijada en las bases de la convocatoria, hubiera ascendido a 344.562 ptas., sin embargo dicha cuantía ha de atemperarse teniendo en cuenta que durante el período en el que no prestó servicios para el Ayuntamiento de Pancorbo estuvo prestando servicios a través de "Yolmar Empleo Empresa de Trabajo Temporal, SL" en la que percibió, como expresamente ha reconocido la demandada 303.622 ptas., que son las cantidades que constan en el hecho probado noveno de la Sentencia una vez descontadas las cantidades percibidas en concepto de dietas, por lo que procede desestimar el pedimento principal del recurso y estimar el subsidiario condenando al demandado a abonar al actor, hoy recurrente, la cantidad de 66.091 ptas.».

⁶¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por...*, op. cit., p. 167.

⁶²⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por...*, op. cit., p. 166.

⁶²¹ Pues como ha señalado la STSJ de Castilla y León de 3 de junio de 2010 (AS\2010\1704) «no necesariamente la falta de perfeccionamiento de una oferta de trabajo concertada, ha de implicar daño

directamente de la realización de las pruebas, desplazamientos y similares. Algún pronunciamiento incluye en este punto la pérdida del empleo anterior en la confianza de la nueva contratación⁶²². Dicho perjuicio se podría cuantificar, bien valorando los salarios dejados de percibir en el empleo previo⁶²³, o bien partiendo de la indemnización que le habría correspondido al candidato de no haberse producido su cese voluntariamente en el primer puesto de trabajo, y modulando la cuantía en función del acceso o no a la prestación por desempleo⁶²⁴. El lucro cesante lo constituirían las futuras ganancias dejadas de percibir que podrían indemnizarse según los dos primeros criterios mencionados.

En cualquier caso «la jurisprudencia es reiterada en el sentido de que la indemnización exige la constancia de la existencia de daños y perjuicios y la prueba de los mismos» (SSTS 26 de octubre de 2005 (RJ\2005\8147), de 12 de diciembre de 2007 (RJ\2008\3018) y de 22 octubre de 2009 (RJ\2010\1313), entre otras).

5.2.- La reparación del daño causado por vulneración de derechos fundamentales durante el proceso de selección de personal.

En ocasiones, los candidatos son descartados de un proceso de selección por una discriminación prohibida cometida por el empresario o el seleccionador. En principio, la discriminación en el acceso al empleo constituye la vulneración de derechos fundamentales más frecuente durante los estadios precontractuales. También hemos observado a lo largo de este trabajo que puede lesionarse la intimidad y la dignidad del candidato, e incluso su derecho a la autodeterminación informativa. Pero lo habitual es

moral, ni puede condenarse a un resarcimiento de este tipo de daños si no han sido probados, por cuanto la obligación de indemnizar no es consecuencia necesaria del incumplimiento, y precisa para que nazca y sea exigible, que se demuestre la realidad de los daños que se aducen, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, pues en tal caso, la indemnización perdería su natural carácter, adquiriendo el tinte de sanción».

⁶²² «En materia laboral y concretamente en el supuesto de autos, el incumplimiento del precontrato, al ser determinante del cese en un empleo estable, para ponerse a disposición de la nueva empresa, puede producir efectos mucho más onerosos que el incumplimiento del contrato una vez iniciado, pues al no otorgarse el proyectado tras el cese voluntario en el anterior, queda el trabajador sin la protección del Seguro de Desempleo, con cese, además, en la situación de alta en la Seguridad Social, de consecuencias imprevisibles para el mismo y su familia» (STS de 15 de marzo de 1991 (RJ\1991\4167)).

⁶²³ STS de 30 de octubre de 1988 (RJ\1988\8183).

⁶²⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por...*, op. cit., p. 168.

que tras esas primeras injerencias en la vida privada del aspirante se busquen motivos ilícitos de discriminación (afiliación sindical, situación de embarazo, orientación sexual, etc.). Podría decirse metafóricamente que por las calles de las lesiones a la intimidad se llega finalmente a la plaza de la discriminación. Por ese motivo, la bandera de la reparación del daño causado a los derechos fundamentales de un candidato la ha enarbolado siempre la tutela antidiscriminatoria.

Como ya se apuntaba, a la hora de iniciar un proceso de tutela de derechos fundamentales se debe expresar en la demanda «la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios». La demanda también «deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador» a excepción del «caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada» (art. 179.3 LRJS).

En principio, la sentencia estimatoria de la vulneración del derecho fundamental acaecida durante un proceso de selección de personal, declarará la nulidad radical de la conducta lesiva (la discriminación del candidato) y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, es decir, declarará el derecho del candidato «a concurrir a la oferta de empleo sin que el empresario pueda tener en cuenta ninguno de los criterios prohibidos por el art. 14 CE y 17.1 ET»⁶²⁵. Además de lo anterior, se repararán las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluyendo la indemnización que proceda. (art. 182.1 LRJS). Sobre el primer punto ¿se obliga a contratar al candidato desestimado? La jurisprudencia comunitaria, en la STJUE de 10 de abril de 1984, C-14/83, asunto Von Colson y Kamann, ha establecido que la normativa no obliga a que las discriminaciones en el empleo deban ser sancionadas con la imposición al empresario de la obligación de contratar al candidato discriminado, pero si el Estado opta por sancionar la conducta con una indemnización, esta debe ser adecuada a los perjuicios sufridos con el fin de asegurar su eficacia y su efecto disuasorio⁶²⁶. Efectivamente, el régimen de las sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones sobre discriminación,

⁶²⁵ GALIANA MORENO, J.M. y CAMARA BOTÍA, A.: «Igualdad y no...», op. cit., p. 359.

⁶²⁶ GALIANA MORENO, J.M. y CAMARA BOTÍA, A.: «Igualdad y no...», op. cit., p. 357.

aunque no haya víctima identificable, ha de ser efectivo, proporcionado y disuasorio (art. 17 Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, entre otras)⁶²⁷.

En ese mismo sentido, se ha transcrito a nuestra normativa: el art. 183.2 LRJS nos habla de «resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño»; y, por su parte, el art. 10 LOI ha estipulado que los actos discriminatorios por razón de sexo «darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias». Siguiendo con la cuestión, se ha considerado que no existe límite prefijado para la cuantía de la indemnización por discriminación (STJUE de 2 de agosto de 1993, C-271/91, asunto Marschall), por lo que puede decirse que nuestra norma ha aceptado la llamada «justicia disuasoria» y la teoría de los daños punitivos⁶²⁸.

Ahora bien, tal y como indicamos en el epígrafe anterior, «la jurisprudencia es reiterada en el sentido de que la indemnización exige la constancia de la existencia de daños y perjuicios y la prueba de los mismos» (SSTS de 26 de octubre de 2005 (RJ\2005\8147), de 12 de diciembre de 2007 (RJ\2008\3018) y de 22 octubre de 2009 (RJ\2010\1313), entre otras). Por lo tanto, «no basta con que quede acreditada la vulneración de un derecho fundamental; es preciso para que haya condena a la indemnización que en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase» (SSTS de 22 de julio de 1996 (RJ\1996\6381), de 26 de octubre de 2005 (RJ\2005\8147), de 12 de diciembre de 2007

⁶²⁷ «Puede pensarse en una declaración formal de que la empresa ha discriminado, en el requerimiento formal para que cese esa conducta, en la publicidad (costeada por el propio incumplidor) de lo acaecido, en el abono de sanciones, o incluso en una indemnización a favor del organismo que promovió el pleito», SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Cinco casos recientes...», op. cit., p. 4

⁶²⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: *Análisis de la...*, op. cit., p. 317.

(RJ\2008\3018), de 20 de septiembre de 2007 (RJ\2007\8304) y de 22 octubre de 2009 (RJ\2010\1313), entre otras).

Una vez probados los daños alegados y declarada la existencia de vulneración, «el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados» (art. 183.1 LRJS). La cuantía del daño se determinará prudencialmente en el caso de que «la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa» (art. 183.2 LRJS). Veamos a continuación distintos ejemplos de la cuantificación de la indemnización que ha realizado la jurisprudencia comunitaria y española.

En primer lugar, en la STJUE de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto Draehmpaehl, se plantea el supuesto de discriminaciones en el acceso al empleo en las que el círculo de sujetos discriminados es indeterminado (oferta de empleo solamente para mujeres, por lo que cualquier varón quedaba excluido). La resolución dicta los siguientes criterios sobre el *quantum* indemnizatorio dividiendo a los sujetos discriminados en dos grupos⁶²⁹:

a) Los candidatos que no habrían obtenido el empleo, aunque no hubieran sido discriminados (probarlo le corresponde al empresario). El perjuicio sufrido se limita a su exclusión del procedimiento de contratación, por lo que parece razonable limitar la indemnización a tres mensualidades de salario (lo estipulado en el precepto legal alemán sometido al control del TJUE).

b) Los candidatos que habrían obtenido el empleo si no hubieran sido discriminados. Sufren el perjuicio derivado de la no contratación. No parece razonable la limitación de la indemnización a tres mensualidades de salario, por cuanto no contribuye a la eficacia de la regla antidiscriminatoria.

⁶²⁹ Seguimos en este punto a GALIANA MORENO, J.M. y CAMARA BOTÍA, A.: «Igualdad y no...», op. cit., p. 358.

Finalmente, la sentencia establece que «no es posible establecer “a priori” un límite máximo global de seis mensualidades de salario a la suma de las indemnizaciones que pueden reclamar los candidatos que hayan sido discriminados por razón de sexo con motivo de una contratación, cuando sean varios los candidatos que reclaman indemnización».

Parece ser que el salario dejado de percibir es el parámetro que se utiliza para calcular la cuantía de la indemnización. Así, en un caso de discriminación en el acceso al empleo de un estibador afiliado a un sindicato y con notoria dedicación al mismo, la STC 183/2007, de 10 de septiembre, anula la conducta atentatoria contra la libertad sindical, aunque no resuelve sobre el ingreso del demandante en la empresa «al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria que compete resolver a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional ex artículo 117.3 de la CE»⁶³⁰. En su lugar se limita, con el fin de restablecer su derecho, a anular las sentencias objeto de amparo (JS y TSJ), retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno para que el Juzgado de lo Social dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho a la libertad sindical contenido en el art. 28 CE. El Juzgado dictamina que: el candidato debe ser admitido en la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba con efectos a 1 de enero de 2000; le debe ser abonada una indemnización consistente en las diferencias salariales devengadas hasta octubre de 2002; la indemnización incluye 6.000 euros en concepto de daños morales. No obstante, planteado recurso ante el TSJ, este confirma la sentencia pero desestima los daños morales porque considera que no quedan debidamente acreditados.

En otros casos la sentencia obliga a la empresa a realizar al candidato discriminado una prueba de selección en las mismas condiciones que la convocatoria de la que fue excluido por motivos discriminatorios. La STS de 22 de octubre de 2009 (RJ\2010\1313) conoce del caso de las pruebas de ingreso promovidas por Correos y Telégrafos, en las que uno de los requisitos para formar parte de unas bolsas de empleo era no haber sido despedido ni indemnizado por la empresa. Se estima que se ha producido una discriminación en el acceso al empleo derivada del ejercicio de derechos fundamentales, por lo que se condena a la demandada a realizar a la demandante una

⁶³⁰ Seguimos en este punto el comentario de la STC183/2007, de 10 de septiembre realizado en LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Represalias sindicales en...», op. cit., p. 7 y ss.

prueba de selección en las mismas condiciones de la convocatoria de 30 de junio de 2006 y a que le abone en concepto de indemnización la cantidad de 6.499,43 euros. Nótese que la cuantía se fija atendiendo únicamente a los salarios correspondientes a los días en los que se contrató a trabajadores que tenían una posición inferior en las listas. Ello es así porque «no basta probar la exclusión de la lista o bolsa de contratación y la no ocupación para entender que existe un daño indemnizable. Es necesario además (...) que el daño sea efectivo y esa efectividad sólo surge de la contratación durante el periodo de referencia de otros aspirantes en peor posición que la actora».

En la STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2005 (AS\2005\3000), se obliga a la empresa a considerar a la candidata, discriminada por razón de sexo, como aspirante preferente en las siguientes ofertas de trabajo, dándose a entender que se le podría imponer la contratación forzosa si no fuera porque podrían resultar afectados otros candidatos⁶³¹.

En la STSJ Madrid de 28 de enero de 2010 (AS\2010\897) se resuelve un supuesto idéntico al de la mencionada STS de 22 de octubre de 2009 (RJ\2010\1313), aunque en esta ocasión la demandada alegaba también daños morales que no fueron incluidos en la indemnización por no haber quedado acreditados en modo alguno.

Como ya se indicó anteriormente, los daños morales pueden alegarse a la hora de solicitar la indemnización prevista (art. 179.3 LRJS), especialmente si la no contratación del candidato obedece a móviles discriminatorios⁶³², o si ha concurrido durante el proceso de selección una situación de acoso sexual de intercambio. Dichos daños morales consistirán normalmente en secuelas psicológicas, acompañadas o no de tratamiento psicológico o psiquiátrico. «Adviértase, empero, que no es imprescindible que concurran secuelas en la salud mental o en la personalidad de la víctima para declarar la agresión indemnizable, pero sí se requiere en todo caso la presencia de un efectivo sufrimiento moral (...) que no puede ser presumido a partir de la mera

⁶³¹ «La contratación directa de quien fue excluida en la entrevista personal puede afectar a los demás trabajadores seleccionados que no han sido convocados al proceso, de manera que se estima la pretensión subsidiaria, consideración de candidata en reserva, para su contratación preferente en las contrataciones previstas para los años 2005 y 2006, a quien superó las pruebas anteriores, incluida la psicotécnica y fue excluida en la entrevista personal».

⁶³² SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por...*, op. cit., p. 161.

demostración del acoso»⁶³³. Por lo tanto, los daños morales deben ser probados al igual que el resto de daños alegados en la demanda.

En ese sentido las SSTSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2002 (AS\2003\1570) y de 4 de febrero de 2003 (AS\2004\1268) han afirmado que los daños morales, como es el caso de la «pérdida de confianza» y la «autoestima», son medibles mediante pruebas psicológicas objetivas que permiten su valoración (psicometría). Por eso, en casos de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo «no puede estimarse, sin más, que toda lesión de un derecho fundamental, aun cuando esté ligado al sexo, genere pérdida de confianza y autoestima pues ello supondría una consideración exclusiva de estos conceptos como abstractos y genéricos cuando, en realidad, se trata de cuestiones concretas en las personas, como lo son su inteligencia, o su memoria, sus aptitudes y habilidades, los rasgos de su personalidad, elementos que pueden sufrir alteraciones por circunstancias diversas»⁶³⁴.

Con criterio distinto, la STSJ de Las Palmas de 22 de diciembre de 2008 (AS\2009\310), que resuelve sobre una discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo, acepta sin problemas la indemnización de 6.000 euros solicitada en concepto de daños morales «atendiendo a la situación de angustia e incertidumbre que en las actuales circunstancias de especial dificultad para acceder al empleo, máxime atendiendo a que la actora ha de atender a dos hijos, le ocasionó el hecho de ser rechazada por ser mujer». Además, condena a la empresa a la contratación forzosa y al pago de los salarios dejados de percibir, en concepto de indemnización por daños materiales.

Para cuantificar los daños morales acaecidos durante la relación laboral puede tomarse como referencia la baja laboral provocada por la lesión del derecho fundamental. Así, la STSJ de Galicia de 23 de enero de 2001 (AS\2001\6) calcula el

⁶³³ LASAOSA IRIGOYEN, E.: «Indemnización por daños y perjuicios derivada de acoso sexual en el trabajo», ref. BIB 2003\1518, Westlaw-Aranzadi, p. 2.

⁶³⁴ STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2002 (AS\2003\1570), que continúa diciendo «Precisamente, una de estas alteraciones es la que la demandante alega como daño moral, sin prueba alguna de su realidad y veracidad, permaneciendo, por tanto, como simple alegación y estimación subjetiva y, como tal, no constatada objetivamente. Puede la demandante experimentar un sentimiento que confunde con la pérdida de autoestima y que en realidad no sea tal o, por el contrario, desconocer que aquello que experimenta, reviste objetivamente los caracteres de una alteración de su personalidad provocada por una circunstancia externa, en este caso, laboral».

daño patrimonial tomando como criterio la diferencia respecto de lo que habría percibido la acosada estando en activo, añadiéndose otra cantidad que correspondería a los daños morales. En el caso de que el acoso se produzca durante un proceso selectivo entendemos que cabe indemnizar por daños morales aunque no puede tomarse en consideración el criterio apuntado. Sí cabría, a nuestro juicio, indemnizar el coste de los tratamientos psicológicos o la imposibilidad de prestar servicios en otra empresa durante el tiempo en que duran las posibles secuelas psíquicas. Pensemos que en un supuesto de acoso sexual de intercambio, el seleccionador acosador siempre ostenta el equivalente a una posición jerárquica superior a la de la candidata, pues en sus manos queda la superación o no del proceso de selección. Consideramos que una situación tan desagradable concluirá con un mínimo de sufrimiento moral indemnizable de forma eficaz y disuasoria, tal y como exige la normativa y jurisprudencia analizadas.

CAPÍTULO VI: LA SELECCIÓN DE PERSONAL EN LAS PYMES INDUSTRIALES CATALANAS

1.- Introducción.

El estudio de los aspectos jurídicos del proceso de selección de personal lo hemos querido completar con un pequeño análisis cualitativo según los datos obtenidos de una veintena de pymes industriales de Cataluña. Así, se trata de ver cómo realizan el proceso de selección ese tipo de empresas con el fin de comprobar su adecuación o no a lo explicado en los anteriores capítulos en cuanto a derechos fundamentales de los candidatos, métodos de selección empleados, intervención de intermediarios, externalización del proceso y otras cuestiones.

Para no quedarnos únicamente con el análisis descriptivo, hemos elaborado un marco de referencia que vincula aspectos de la teoría de la segmentación del mercado de trabajo con los procesos de selección de personal en las pymes industriales catalanas. De ese modo, hemos formulado una serie de hipótesis relacionadas con dicho marco y con el estudio jurídico de capítulos anteriores.

1.1.- Marco teórico de referencia.

1.1.1- La teoría de la segmentación del mercado de trabajo y los procesos de selección de personal.

Hemos optado por partir de la teoría de la segmentación del mercado de trabajo o teoría del mercado dual de trabajo, enunciada originalmente por DOERINGER y PIORE. Según esta teoría, el mercado de trabajo está dividido en dos segmentos bien definidos⁶³⁵: el mercado primario y el mercado secundario. El primario se caracteriza por tener puestos de trabajo con elevados salarios, buenas condiciones de trabajo,

⁶³⁵ Seguimos en este punto a DOERINGER, P.B. y PIORE, M.J.: *Mercados internos de trabajo y análisis laboral*, MTSS, Madrid, 1985, p. 242.

estabilidad en el empleo, posibilidades de ascenso y un proceso establecido y justo en la administración de las normas laborales. El secundario lo forman los puestos de trabajo que tienden a tener bajos salarios y beneficios sociales, malas condiciones de trabajo, una elevada rotación de los trabajadores, pocas posibilidades de ascenso y, a menudo, una supervisión arbitraria y caprichosa. El mercado primario puede dividirse a su vez en dos segmentos⁶³⁶: el mercado primario independiente, con puestos de trabajo de más cualificación, contenido, autonomía y remuneración, (directivos y trabajadores cualificados de cuello blanco) y el mercado primario dependiente con puestos estables de menor cualificación, tareas más rutinarias y específicas (trabajadores manuales de cuello azul).

Según este enfoque teórico, las características de los puestos del mercado primario afectan al reclutamiento y la selección del personal que debe cubrirlos. Por ejemplo, los conocimientos específicos que requiere un determinado puesto de trabajo en una determinada empresa (especificidad de las cualificaciones, del puesto de trabajo y de la tecnología), encarecen el reclutamiento y la selección de personal porque requieren de técnicas de selección más adecuadas y específicas⁶³⁷. Ese es uno de los motivos por el que el mercado primario prefiere llevar a cabo procesos de selección internos y promocionar a sus propios trabajadores, antes que recurrir al reclutamiento y la selección de trabajadores externos. Les resulta más eficiente promocionar y formar trabajadores que seleccionar y contratar candidatos⁶³⁸. De hecho, la realización del trabajo se considera como única medida verdadera de la eficacia de un trabajador y raras veces se puede evaluar esta antes de emplearle⁶³⁹. En todo caso, si llega el momento de tener que contratar personal externo los métodos preferidos de reclutamiento son: en primer lugar, los contactos y recomendaciones que proporcionan los trabajadores titulados de la empresa; en segundo lugar, la obtención de candidatos a través de organizaciones de la comunidad (iglesia y otros grupos cívicos), selectas instituciones educativas, agencias de colocación y una reducida lista de medios publicitarios⁶⁴⁰. Estos sistemas de reclutamiento actúan también como métodos de selección y acaban

⁶³⁶ Seguimos en este punto a KÖHLER, H. y MARTÍN ARTILES, A.: *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*, 3ª ed., Delta, Madrid, 2007, p. 346-347.

⁶³⁷ DOERINGER, P.B. y PIORE, M.J.: *Mercados internos de...*, op. cit., p. 58 y ss.

⁶³⁸ DOERINGER, P.B. y PIORE, M.J.: *Mercados internos de...*, op. cit., p. 78 a 79.

⁶³⁹ DOERINGER, P.B. y PIORE, M.J.: *Mercados internos de...*, op. cit., p. 167.

⁶⁴⁰ DOERINGER, P.B. y PIORE, M.J.: *Mercados internos de...*, op. cit., p. 211.

perpetuando el funcionamiento de los mercados primarios o internos, así como determinadas prácticas discriminatorias⁶⁴¹.

También las características de los mercados secundarios afectan a los procesos de selección de personal para cubrir dichos puestos. Al existir como norma general la temporalidad en la contratación y una rotación de personal tan elevada, no se encuentra justificada una cuidadosa selección de trabajadores. En ese aspecto, los empresarios solamente distinguen a los candidatos por características personales como el sexo o la fuerza física⁶⁴².

1.1.2.- Segmentación de mercados de trabajo y pymes.

Los mercados de trabajo se han segmentado a consecuencia de una pluralidad de actuaciones empresariales, como el uso de la tecnología, la externalización de determinadas actividades productivas y la gestión de los recursos humanos. Esta última, en concreto, «persigue que los derechos laborales en la empresa sean sustituidos por la concesión o decisión empresarial»⁶⁴³. Por su parte, las grandes empresas han externalizado o subcontratado ciertas tareas, lo que junto con la elevada flexibilidad numérica (contratación temporal) permitida por la normativa laboral, han provocado que se relacione el mercado secundario con los puestos de trabajo de las pymes subcontratadas⁶⁴⁴, aunque ya en la teoría original se apuntaba que existían puestos de trabajo secundarios ligados a centros de producción en el que el resto de los puestos eran primarios⁶⁴⁵. Por eso la estructura de la mayoría de los mercados de productos se

⁶⁴¹ DOERINGER, P.B. y PIORE, M.J.: *Mercados internos de...*, op. cit., p. 212.

⁶⁴² DOERINGER, P.B. y PIORE, M.J.: *Mercados internos de...*, op. cit., p. 245.

⁶⁴³ «Frente al colectivismo de la negociación colectiva, la gestión de recursos humanos enfatiza la relación individualizada; frente a la formalización del convenio colectivo y su detallada regulación de condiciones de empleo, la gestión de recursos humanos plantea su gestión informal, individualizada y variable; frente a la estabilidad en el empleo y los mercados internos de trabajo, la gestión de recursos humanos pregonaba una relación contractual contingente; en definitiva, se persigue que los derechos laborales en la empresa sean sustituidos por la concesión o decisión empresarial», ALÓS MONER, R.: «Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales. El sindicalismo ante la acción colectiva», Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 26, nº 1, 2008, p. 126.

⁶⁴⁴ «La externalización acentúa diferencias en condiciones de empleo, básicamente entre trabajadores de las empresas dominantes y los de las subcontratadas, siendo preciso distinguir en ello entre los múltiples niveles de subcontratación en cadena que puedan establecerse», ALÓS MONER, R.: «Segmentación de los...», op. cit., p. 129.

⁶⁴⁵ DOERINGER, P.B. y PIORE, M.J.: *Mercados internos de...*, op. cit., p. 244.

caracteriza por la existencia de un sector central de grandes empresas y un sector periférico de pequeñas empresas⁶⁴⁶.

Así, el mercado primario se ha relacionado con grandes empresas y con sus puestos de trabajo centrales para la actividad de las mismas. Por el contrario, el mercado secundario sería propio de las pymes, en el que la contratación temporal sería la tónica habitual. En ese sentido, «bastantes estudios apuntan a la importancia del tamaño de las empresas en al configuración de las diferentes condiciones de trabajo, tanto en el plano de la estabilidad en el empleo como en el de los niveles retributivos, el reconocimiento de cualificaciones o el sistema de relaciones laborales entre empresarios y trabajadores»⁶⁴⁷.

Sin embargo, no podemos tomar ni la contratación temporal ni el tamaño de la empresa como factores únicos o principales de segmentación. La adscripción de los individuos particulares a los segmentos laborales tiende a seguir pautas bastante regulares por razón de sexo, edad, nacionalidad y origen social⁶⁴⁸. Incluso se han propuesto hasta seis segmentos de trabajadores en lugar de los tres clásicos (ALÓS MONER) pues se ha considerado como obsoleta la idea del trabajador masa o uniforme, debiendo ser sustituida «por el trabajador que tiene edad, sexo, posición y relaciones sociales, origen étnico y trayectoria ocupacional y vital»⁶⁴⁹.

1.1.3.- Pymes industriales en Cataluña, innovación y selección de personal.

A la hora de estudiar el proceso de selección de personal en las pymes industriales innovadoras de Cataluña partimos de los siguientes puntos:

En primer lugar, estamos hablando de procesos de selección de personal en el ámbito de la empresa privada, materia que, como hemos visto en el cap. I, destaca por la libertad de selección y contratación del empresario. Únicamente debe respetar los límites constitucionales, legales y convencionales. Sin embargo, hemos visto también

⁶⁴⁶ BRUNET ICART, I. y VIDAL SUÑÉ, A.: *El gobierno del factor humano*, Delta, Madrid, 2008, p. 42.

⁶⁴⁷ RECIO, A.: «La segmentación del mercado laboral en España», en AAVV (dir. y coord. MIGUÉLEZ, F. y PRIETO, C.): *Las relaciones de empleo en España, Siglo XXI*, Madrid, 1999, p.140.

⁶⁴⁸ RECIO, A.: «La segmentación del...», op. cit., p. 128.

⁶⁴⁹ ALÓS MONER, R.: «Segmentación de los...», op. cit., p. 138.

que no existen medidas legales totalmente eficaces para impedir conductas ilícitas durante esta fase preliminar del contrato de trabajo.

En segundo lugar, existen múltiples vías externas que pueden usar las empresas con el fin de reclutar y seleccionar trabajadores (cap. III). A su vez, existen diferentes técnicas de selección que pueden utilizarse según las características del puesto de trabajo a cubrir y de los recursos económicos de que disponga la empresa (cap. IV).

En tercer lugar, estamos hablando de pymes, es decir, empresas con un tamaño y recursos reducidos. En ese sentido, la formalización de los procesos de selección se incrementa paralelamente al aumento del tamaño de la empresa, pudiéndose diferenciar un rango mayor de fuentes de reclutamiento formal, más intensificación en la criba de candidatos y el uso de variadas técnicas de selección⁶⁵⁰. En las grandes empresas el proceso selectivo se encuentra más formalizado y burocrático, mientras que en la pequeña empresa se cubren los puestos vacantes mediante procedimientos más informales, como pueden ser el ascenso de trabajadores o las referencias y contactos personales⁶⁵¹.

En cuarto lugar, las pymes de la muestra pertenecen al sector industrial siderometalúrgico, electrónico y plástico, con un nivel tecnológico medio-bajo, medio y medio-alto. Ese nivel tecnológico nos induce a pensar que llevan a cabo algún tipo de comportamiento innovador con el fin de conseguir competitividad⁶⁵². En Cataluña se han descrito los siguientes comportamientos innovadores en las pymes⁶⁵³:

⁶⁵⁰ BARBER, A.E., WESSON, M.J., ROBERSON, Q.M. y TAYLOR, M.S.: «A Tale of Two Job Markets: Organizational Size and Its Effects on Hiring Practices and Job Search Behavior», *Personnel Psychology*, Vol. 52, nº 4, 1999, p. 844 y ss.

⁶⁵¹ FIGUERA GAZO, L., DORIO ALCARAZ, I. y TORRADO FONSECA, M.: «Funcionament dels processos d'accés al mercat qualificat», en AAVV (edit. SERRA RAMONEDA, A.): *Educació superior i treball a Catalunya: anàlisi dels factors d'inserció laboral*, AQU, Barcelona, 2007, p. 205.

⁶⁵² Por su parte, las grandes empresas internacionalizadas, en la cima de las cadenas de valor, integradoras y productoras de sistemas para el mercado final, han aumentado su poder de mercado basando sus estrategias en la innovación constante, gracias a unidades formalizadas de I+D. ARDERIU COSTAS, J., DEL PALACIO AGUIRRE, I. y SOLÉ PARELLADA, F.: *Les pimes dins el sistema regional d'innovació: el cas de Catalunya i el Vèneto*, Centre d'Innovació i Desenvolupament Empresarial (CIDEM), Barcelona, 2007, p. 15.

⁶⁵³ ARDERIU COSTAS, J., DEL PALACIO AGUIRRE, I. y SOLÉ PARELLADA, F.: *Les pimes dins...*, op. cit., p. 16-17.

a) La función innovadora de las pymes catalanas se parece a un proceso de mejora continua, quedando incorporada dentro de su función de producción (proceso implícito).

b) La fuente de innovación proviene de las empresas proveedoras de tecnología de dimensión más grande. Por eso las pymes catalanas han centrado su capacidad innovadora cada vez más en innovaciones de proceso e incrementales.

c) En Cataluña existe una alta presencia de pymes productoras de producto industrial, destinado a proveer a otra empresa de mayor tamaño (automoción o similar). Esta situación genera una fuerte dependencia hacia sus clientes, por lo que el origen de la innovación se encuentra en las nuevas exigencias o necesidades del cliente, el cual transmite la idea a la pyme proveedora, que se ocupa de desarrollarla (*customer-active* o *demand-pull*).

En quinto lugar, al llevar a cabo los procesos de innovación antes descritos, es imprescindible disponer de personal muy cualificado, tanto el aspecto científico y técnico como en el comercial y de gestión⁶⁵⁴. Por lo tanto, estamos hablando de pymes que deberían tener, en principio, un mínimo de puestos de trabajo con características del segmento primario⁶⁵⁵. De hecho, el 10% de las empresas catalanas de menos de 500 trabajadores han manifestado que han tenido dificultades para cubrir puestos de trabajo con titulación universitaria, la mayoría de perfil senior⁶⁵⁶. Eso significa que existen pymes en Cataluña que poseen ese tipo de puestos dentro de su organización. El resto de los puestos de trabajo de la pyme pertenecerían, en principio, al mercado secundario.

En sexto lugar, el proceso de reclutamiento y selección de ese personal cualificado, por las características del puesto, entendemos que debe ser costoso, complejo e indicado para seleccionadores especializados. Ahora bien, existen datos referidos a la inserción laboral de los titulados catalanes, no siempre teniendo en cuenta

⁶⁵⁴ MARTÍNEZ-GIRALT, X.: «L'entorn: estímuls i obstacles per a la innovació», en AAVV, (coord. BUSOM, I.): *La situació de la innovació a Catalunya*, Centre d'Innovació i Desenvolupament Empresarial (CIDEM), Barcelona, 2006, p. 131.

⁶⁵⁵ Otra opción alternativa sería acudir a mercados profesionales con el fin de contar con una mano de obra cualificada sin desarrollar una relación estrecha y estable con la misma, RECIO, A.: «La segmentación del...», op. cit., p. 131-132.

⁶⁵⁶ MARTÍNEZ-GIRALT, X.: «L'entorn: estímuls i...», op. cit., p. 131-132.

el factor de tamaño de la empresa, que indican que estos acceden a su primer empleo en las empresas del sector industrial principalmente a través de contactos personales y de la bolsa de trabajo de su universidad (promoción del año 2001)⁶⁵⁷. Para los siguientes empleos en el mismo sector se siguen utilizando mayoritariamente los contactos personales, Internet y los anuncios de prensa⁶⁵⁸. Los datos más recientes, sin desglose por sector ni tamaño de empresa, indican que los jóvenes titulados acceden a su primer empleo mediante contactos personales (30%), Internet (19%), prácticas de estudios (10,5%) y bolsa de trabajo de la universidad (9,7%), principalmente. Solamente un 2,24% son seleccionados mediante una ETT y únicamente el 0,40% mediante una empresa de selección de personal⁶⁵⁹. Nosotros pensamos que una pyme industrial, cuando necesite cubrir puestos cualificados relacionados con la innovación, acudirá a vías externas de selección porque entendemos que no dispone de la estructura ni los recursos necesarios para llevar a cabo un proceso de selección de personal cualificado de forma eficiente y efectiva.

1.2.- Planteamiento de hipótesis.

Una vez explicados los anteriores puntos, relativos a la teoría de la segmentación del mercado de trabajo, las pymes industriales innovadoras y los procesos de selección, podemos enumerar las hipótesis de trabajo.

Una primera hipótesis tiene relación con la teoría clásica de la segmentación del mercado de trabajo antes enunciada. El razonamiento realizado en el epígrafe anterior, nos induce a pensar que existen pymes con puestos de trabajo del mercado primario (trabajador estable muy cualificado) coexistiendo con puestos de trabajo propios del mercado secundario, incluso podría tratarse de segmentos con características nuevas como proponía ALÓS MONER. Por lo tanto la hipótesis se formularía de la siguiente forma:

⁶⁵⁷ FIGUERA GAZO, L., DORIO ALCARAZ, I. y TORRADO FONSECA, M.: «Funcionament dels processos...», op. cit., p. 200.

⁶⁵⁸ FIGUERA GAZO, L., DORIO ALCARAZ, I. y TORRADO FONSECA, M.: «Funcionament dels processos...», op. cit., p. 204.

⁶⁵⁹ AQU: *Universitat i treball a Catalunya 2011. Estudi de la inserció laboral de la població titulada de les universitats catalanes*, AQU, Barcelona, 2011, disponible en www.aqu.cat, p. 34.

Hipótesis 1: «En las pymes catalanas de media-alta tecnología se pueden encontrar más mercados de trabajo que los descritos por la teoría de la segmentación original».

Puesto que hemos hablado de personal muy cualificado en pymes, es decir, empresas de pequeño tamaño con menos estructura y recursos económicos, entendemos que no disponen de seleccionadores expertos en este tipo de perfiles. Por lo tanto, creemos que para seleccionar a ese perfil de trabajador recurrirán a una empresa de selección de personal. En cambio, para seleccionar al resto de sus trabajadores, recurrirán a ETTs o llevarán a cabo el proceso por sus propios medios. La segunda hipótesis se formularía de la siguiente forma:

Hipótesis 2: «Las pymes industriales catalanas, con el fin de cubrir los puestos de trabajo estables de mayor cualificación, acuden a vías externas de selección de trabajadores (empresas de selección de personal), mientras que si desean cubrir puestos temporales y de menor cualificación, realizan un proceso de selección propio o utilizan una ETT».

Hemos visto en el cap. IV que la entrevista de selección es la prueba más utilizada en los procesos de selección de personal. Las pymes, al disponer de menos recursos y conocimientos de selección, emplearán como mínimo esa prueba cuando lleven a cabo el proceso de selección por sus propios medios, es decir, sin recurrir a vías externas. Por lo tanto, la tercera hipótesis se formularía así:

Hipótesis 3: «En los procesos de selección propios que realizan las pymes, la prueba más utilizada es la entrevista de selección».

Por último, intentaremos comprobar si realmente se cumple lo que indicamos en anteriores capítulos en cuanto a negociación colectiva y selección de personal. La última hipótesis sería la siguiente:

Hipótesis 4: «La negociación colectiva aplicable no contempla la selección de personal y, si lo hace, es de forma poco efectiva».

1.3.- Metodología y estudio de campo.

Aprovechando nuestra inclusión en el proyecto «Pymes industriales en los sistemas regionales de innovación: Catalunya, Euskadi y Navarra», financiado por el Plan Nacional de I+D+I (2009-2011), tuvimos la oportunidad de realizar entrevistas en profundidad con responsables de 22 pymes catalanas pertenecientes al sector siderometalúrgico (21) y químico (1), ubicadas en las provincias de Barcelona (18) y Tarragona (4). Las empresas de la muestra tienen un promedio de edad de unos 60 años, siendo la más joven de 24 años y la más antigua de hasta 2 siglos. En cuanto al número de trabajadores, la más pequeña cuenta con 28 empleados y la mayor dispone de unos 450, quedando la media de la muestra en 128 trabajadores.

La producción de las pymes abarca diversos componentes de automóviles, componentes de trenes, estampación y deformación metálica, materiales metálicos, productos mecánicos y maquinarias, matricerías, productos de iluminación, productos eléctricos, reductores de velocidad y maletas plásticas para herramientas industriales. Una mayoría ofrece productos con altos niveles de elaboración propia, es decir, las pymes son las diseñadoras de los productos que venden a sus clientes. Otro conjunto de empresas elabora, bajo la forma de subcontratación, productos previamente definidos por el cliente. Algunas combinan ambas modalidades debido a una estrategia de diversificación de mercados y productos. Respecto a la tipología de sus clientes, aproximadamente un 85% de las pymes abastece a empresas grandes (multinacionales y proveedores de primer nivel), además de a otras pymes. Solamente un 15% de las pymes opera directa y exclusivamente con otras. Por lo tanto, la mayoría de las empresas de la muestra están insertas como proveedoras especializadas en las redes productivas y comerciales lideradas por grandes empresas multinacionales.

Las entrevistas se llevaron a cabo entre diciembre de 2010 y junio de 2011, eran de carácter abierto y empezaban con preguntas sobre cómo se realizaba el proceso de selección de personal, si lo llevaba a cabo la empresa o lo subcontrataba, qué pruebas realizaban a los candidatos y qué perfil de trabajador demandaba la empresa, entre otras. La mayoría de entrevistados son gerentes o directores de las pymes, aunque también encontramos responsables de recursos humanos, de producción y de innovación.

Una vez transcritas las entrevistas se analizó la información obtenida y se encontraron puntos de interés en lo que respecta a la externalización o no del proceso de selección, la fase de reclutamiento, el perfil de trabajador requerido y las pruebas de selección más utilizadas. A ese análisis descriptivo hay que sumarle un apartado que dedicamos a estudiar la incidencia en los procesos de personal que pueden tener los convenios colectivos aplicables a las pymes de la muestra. Finalmente, se comprobarán las hipótesis formuladas.

2.- Puntos relevantes del análisis.

2.1.- Proceso de selección propio o externalizado.

Podemos dividir a las empresas entrevistadas en 3 grupos en atención a la forma en que realizan el proceso de selección de personal:

En primer lugar encontramos a 6 empresas (E1, E4, E5, E8, E13, E19), una media de 66 empleados, que realizan ellas mismas el proceso de selección de trabajadores, ya sea mediante su departamento de recursos humanos o mediante alguna persona dedicada a estas tareas.

En segundo lugar tenemos a 2 empresas (E11, E14), con una media de 92 empleados, que encomiendan la selección de los trabajadores a empresas especializadas en selección de personal o a ETTs. Estas pymes han externalizado las actividades de reclutamiento y selección de la siguiente forma: en principio los trabajadores de baja cualificación se seleccionan (y contratan) mediante ETT y los de alta cualificación mediante empresas de selección.

En tercer lugar tenemos un grupo de 14 empresas, con una media de 176 trabajadores, que recurren a empresas de selección o a ETTs para seleccionar a determinados trabajadores, pero que para ciertos puestos realizan un proceso de selección mediante sus propios medios. Serían empresas que utilizan los sistemas de los dos primeros grupos (propio y externalizado) de forma mixta según sus necesidades. Este grupo de la muestra podemos dividirlo a su vez en 2 subgrupos y en un caso

especial no clasificable. El primer subgrupo lo formarían 4 empresas (E3, E17, E20, E22) que seleccionan ellas mismas a los trabajadores de baja cualificación y externalizan el proceso de selección de los trabajadores de alta cualificación. El segundo subgrupo lo forman 9 empresas (E2, E6, E7, E9, E12, E15, E16, E18, E21) que realizan lo contrario, es decir, seleccionan con sus propios medios a los trabajadores de alta cualificación y externalizan el proceso para cubrir puestos de baja cualificación. En este segundo subgrupo debemos destacar que 3 de esas empresas (E9, E16, E21) otorgan mucha importancia a la promoción interna, es decir, prefieren cubrir puestos de trabajo ascendiendo a trabajadores de inferiores categorías profesionales. La empresa E10 constituye el supuesto especial que antes mencionábamos. Se trata de una empresa de 50 empleados que afirma que no tiene trabajadores poco cualificados, sino que sus operarios son todos oficiales de primera y la propia empresa se encarga de su selección. Para el resto de puestos de trabajo (administrativos, ingenieros, comerciales, etc.) recurren a diferentes empresas de selección de personal.

«Perquè aquí la gent muntava les màquines, aquí no tenim peons, tenim oficials. Un muntador munta tota la màquina de dalt a baix, no només fa una peça. No hi ha un mecanisme de peonatge o especialistes, sinó que son oficials de primera i han de muntar tota la màquina. I aquests han acabat fent-se els programes de la màquina i controlant la qualitat i fent-ho tot» (E10).

Como conclusiones de este punto podemos indicar que la mayoría de empresas de la muestra (14) utiliza un sistema de selección diferente (propio o externalizado) según si el puesto a cubrir requiere una alta o baja cualificación. Se nota una ligera preferencia por la externalización del servicio en casos de puestos de baja cualificación. También hemos detectado que para los puestos más cualificados se utiliza poco la externalización de la selección. Las empresas prefieren reclutar a este tipo de trabajadores mediante sus propios medios o mediante promoción interna. En general, no encontramos un patrón representativo que nos permita relacionar el tipo de sistema empleado con el número de trabajadores de la empresa o el tamaño de la misma, por lo que en esta cuestión la heterogeneidad resulta un tanto elevada.

Es importante destacar que se recurre bastante a empresas externas para seleccionar y entendemos que también para reclutar candidatos (16), por lo que todo el proceso de colocación lo realiza un intermediario que en ningún caso de los analizados

ostenta la autorización necesaria para operar como agencia de colocación. Se cumple así la poca utilidad de este tipo de entidades en cuanto a intermediación laboral se refiere, pese a que debemos tener en cuenta que los cambios legislativos que les permiten actuar con ánimo de lucro y realizar tareas de selección de personal son aún muy recientes (Ley 35/2010, de 17 de septiembre). Resulta cuanto menos paradójico que las entidades más reguladas al respecto no se utilicen mientras que las que tienen una menor (ETT) o nula regulación (empresas de selección) sean las preferidas por las empresas para casar oferta y demanda de empleo, y seleccionar posteriormente a los candidatos que se consideran más adecuados para el puesto. Con la ampliación de la función de intermediación laboral a las ETTs, siempre que cumplan los requisitos legales establecidos, parece que se han dado pasos en el sentido de dar cobertura legal a una situación muy extendida. Sin embargo, queda pendiente una regulación similar para las empresas de selección de personal que también realizan funciones de intermediación, como veremos en el apartado siguiente.

2.2.- Fase de reclutamiento.

Analizamos en este punto la fase de reclutamiento del proceso de selección de las pymes entrevistadas, centrándonos en la cuestión siguiente ¿de dónde provienen o a dónde van a buscar a los candidatos para los puestos de trabajo que ofrecen? En este sentido las empresas de la muestra emplean fuentes y métodos de reclutamiento diversos que combinan entre sí, siendo los más utilizados las ETTs y las empresas de selección (que a su vez utilizan sobretodo portales de empleo y sus propias bases de datos) y los estudiantes en prácticas de centros formativos cercanos.

2.2.1.- Empresas de selección o ETTs.

Las empresas de selección de personal y las ETTs son los medios a través de los cuales la mayoría de las pymes estudiadas (16 empresas: E2, E3, E4, E6, E7, E9, E10, E11, E12, E15, E16, E17, E18, E20, E21, E22) obtienen candidatos para cubrir sus puestos. Los motivos para recurrir a ellas son que mejoran, facilitan o aligeran el proceso de selección, dejando a la pyme únicamente la elección final entre unos pocos candidatos. que en principio ya serían aptos para el perfil requerido. Estas empresas,

además de encontrar candidatos mediante su base de datos o mediante difusión de la oferta por sus propios medios, realizan también las pruebas de selección e incluso, en el caso de las ETTs, inicialmente contratan a los trabajadores para cederlos y, finalizado el contrato temporal, estos entran a formar parte de la pyme.

«Se hará en una empresa externa, más que nada por no perder el tiempo, con perdón, de seleccionar, de ver todos esos perfiles. Hay empresas que se dedican a esto y son muy útiles y muy prácticas, y ya te seleccionan pues de “estos 10 candidatos tú vas a elegir a tal”» (E3).

«Hi ha unes clàusules que has de valorar, i has de fer 15 o 20 entrevistes i analitzar i fer els psicotècnics... doncs no tinc temps, llavors els ho demanem a aquestes empreses. Segons per quines característiques utilitzo una empresa i segons per quines altres utilitzo l'altra, perquè per l'experiència ja sé per quin em va més bé si l'un o l'altre» (E10).

«Entonces generalmente tienes a gente, que cuando necesitas a alguien, cuando hay “puntas” de trabajos trabajamos con ETT, y si ves a una persona que trabaja muy bien le haces un contrato laboral» (E12).

«Depende de la función: si son funciones de mayor responsabilidad, normalmente a través de una agencia; si son gente de producción, entran aquí a través de una ETT» (E14).

«Hemos utilizado con el tiempo muchos sistemas, y al final acudimos a empresas de selección externas. Nos ayuda. Cuando estás muy metido en el día a día de la empresa, hay muchas cosas que se te escapan, por mucho que quieras estar al día de lo que está haciendo la competencia, de lo que se está moviendo en el mercado. Pues en el día a día muchas veces no te lo permite, entonces si a un profesional externo le dices que necesitamos a una persona de tales características, y le detallamos el perfil, este profesional, sin estar metido en el sector ferroviario va a hacer un rastreo, una búsqueda dentro del ámbito y te va a proponer candidatos más generalistas» (E16).

2.2.2.- Web corporativa.

En las páginas web de 8 empresas (E6, E8, E9, E12, E13, E14, E15, E21) existe un apartado donde, o bien se muestran las diferentes ofertas de empleo, o bien se permite de algún modo que los candidatos interesados puedan enviar su *curriculum vitae*. Más de la mitad de estas pymes también utilizan los servicios de empresas de selección y ETTs, las cuales disponen a su vez de webs corporativas que permiten la publicidad de ofertas de empleo y el envío de *curriculum vitae*. En general podemos

decir que Internet se está convirtiendo cada vez más en el medio por excelencia para publicitar puestos de trabajo y atraer candidatos.

2.2.3.- Estudiantes en prácticas.

Un total de 7 empresas (E6, E9, E10, E12, E13, E14, E16), de tamaños dispares (desde 28 trabajadores hasta 220), optan por incorporar estudiantes que, con el fin de completar su formación académica, realizan periodos de prácticas en la empresa a través del concierto con institutos de formación profesional de la zona o universidades. Al final de ese periodo de prácticas, si a la empresa le ha satisfecho el desempeño del estudiante, le ofrecen la posibilidad de formar parte de la plantilla. En ocasiones no les queda más remedio que recurrir a estos estudiantes porque existe una falta de personal adecuado en la zona geográfica de la empresa.

Las ventajas de tener estudiantes en prácticas son muy atractivas para las empresas. En primer lugar, les permite contar con mano de obra gratuita o mucho más barata; y en segundo lugar, les permite evaluar y comprobar el desempeño del estudiante en el puesto de trabajo con vistas a una futura contratación laboral. Pese a que el periodo de prácticas no se considera legalmente como prestación laboral sino que tiene naturaleza formativa, las empresas consideran a los estudiantes como trabajadores aunque de un menor estatus. Por lo tanto, a las empresas les interesa esta forma *sui generis* de reclutar porque han podido observar durante un tiempo el desempeño de los candidatos y su aptitud profesional, al igual que si se tratase de auténticos empleados⁶⁶⁰. Se ahorran así los costes de un proceso de selección tradicional o la subcontratación de ese servicio a empresas especializadas en reclutamiento y selección.

«A nivel de formación profesional industrial, como mecánica, ha habido unos años que no se ha promocionado y no encuentras gente con ese perfil. Bueno, como os he contado, es una empresa familiar, y mi padre actual gerente y fundador anterior, él empezó su actividad profesional como aprendiz, y estudio la FP, y él pues siempre me ha mentalizado de que tengo que buscar aprendices, pero no lo permite la ley, no me permite coger a chavales que están estudiando. Y ese mensaje realmente lo estás viendo, porque la media de edad es de la plantilla va aumentando sobretudo en la parte profesional, pues piensas en que se tiene que hacer algo. Entonces cogí a la de RRHH y le dije que cogiera 3 catálogos, que

⁶⁶⁰ En el mismo sentido FIGUERA GAZO, L., DORIO ALCARAZ, I. y TORRADO FONSECA, M.: «Funcionament dels processos...», op. cit., p. 199.

nos íbamos a la escuela de FP de los Salesianos de Terrassa y hablamos con el director. Tuve la gran fortuna de tomar esta decisión, y contactar con una persona que realmente tenía una visión como la que tenía mi padre, como la que estaba viendo yo. Llegamos allí y me presenté. Y me dijo que le gustaba el hecho de que hubiera ido allí, y me dijo que fuera a la clase y me “fuera a vender”, porque en la clase de FP de mecánica hay 3 alumnos, entonces lógicamente estos 3 van a escoger a quién mejor se les venda, y no voy a ser yo el que los escoja a ellos, sino que yo tenía que “venderme” para que me escogieran. Fuimos a la clase había 3, un paro “acojonante” y en esa clase había 3 que las empresas nos “pegábamos” para coger a estos 3 chavales» (E6).

«Y también es verdad que hay algunos postgrados, algunos másteres y si nos interesa ya cogemos directamente a gente de estos postgrados o de estos másteres» (E9).

«Sempre hem tingut gent en pràctiques i estem en contacte sempre amb l’institut que es dedica a fer formació i llavors ens han portat sempre gent jove, com mecànics, elèctrics, hem format a moltíssima gent que han fet pràctiques aquí i llavors hem agafat molta gent d’aquesta, nanos joves que han vingut» (E10).

«Con la escuela de FP casi siempre hay un alumno de prácticas aquí, cada año un alumno y cuando termina se le hace un contrato hasta que termine de estudiar, de 4 horas, generalmente luego terminan trabajando en la empresa (...) Si hay chicas que han entrado aquí son chicas que tienen buenos estudios universitarios o formación profesional, que también vienen a hacer prácticas aquí y se van quedando aquí. Pero para ir a selección, no lo hacemos, siempre es gente que viene a hacer prácticas, es más que suficiente para lo que vamos renovando» (E12).

«La gente de formación profesional tiene que hacer unos convenios con empresas y entonces te sirve también para detectar gente» (E13).

«Otra de las cosas que hemos hecho y que nos ha funcionado son convenios con centros de formación profesional, con universidades. Ahora tenemos dos personas de la universidad que están aquí con nosotros trabajando y es un tema que nos ha funcionado bien. En el sentido de que si encuentras a la persona joven, formada y con ganas de trabajar y con ganas de aprender, evidentemente esto quiere decir apostar, invertir en esta persona» (E16).

La posibilidad de contar en la empresa con estudiantes procedentes de la formación profesional ha venido regulada por diversa normativa y actualmente ha tomado la denominación de «Módulo profesional específico de formación en centros de trabajo en los Programas de Cualificación Profesional Inicial» (art. 11 y ss. Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo). Dicho módulo no tiene carácter laboral y

sus finalidades son las de «completar la adquisición de competencias profesionales alcanzadas en el centro educativo relacionadas con el perfil profesional» y «completar conocimientos relativos al sistema de relaciones sociolaborales de las empresas».

Respecto a los estudiantes universitarios, en un principio la opción de disponer de estos formándose en la empresa venía permitida por el Real Decreto 1497/1981, de 19 de junio, sobre Programas de Cooperación Educativa, modificado por el Real Decreto 1845/1994, de 9 de septiembre, en el momento en que se introdujo el sistema de créditos en la enseñanza universitaria. Ambos han quedado derogados por el Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. La naturaleza de estas prácticas es formativa, sin que puedan derivarse obligaciones propias de una relación laboral, «ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo» (art. 2.3). Se puede acordar una aportación económica por parte de la empresa en concepto de bolsa o ayuda al estudio (art. 9.1 d) aunque no resulta de aplicación los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social regulados por el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación (D.A. 1ª RD 1707/2011).

Recientemente, y con la finalidad de paliar el creciente desempleo juvenil, se aprobó el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas. Esta norma permite a jóvenes titulados inscritos en la oficina de empleo, con edades comprendidas entre 18 y 25 años inclusive, realizar prácticas no laborales en empresas siempre que no hayan tenido «una relación laboral u otro tipo de experiencia profesional superior a tres meses en la misma actividad, no teniéndose en cuenta a estos efectos las prácticas que formen parte de los currículos para la obtención de las titulaciones o certificados correspondientes» (art. 3.1). La empresa otorgará a los jóvenes una beca de apoyo cuya cuantía será, como mínimo, del 80 por ciento del IPREM mensual vigente en cada momento (art. 3.4) y les serán de aplicación los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social contemplados en el RD 1493/2011 (art. 3.5).

Como hemos podido comprobar, el legislador ha aumentado la posibilidad de adopción de este tipo de instrumentos por parte de las empresas, quizás sabedor de que son apreciados por las mismas por las ventajas que hemos comentado.

2.2.4.- Anuncio en prensa.

Pese al auge de Internet, 6 empresas (E2, E5, E8, E17, E19, E22) siguen utilizando el anuncio en prensa escrita para obtener candidaturas, aunque siempre combinándolo con otras fuentes de reclutamiento.

2.2.5.- Portales de empleo virtuales.

También 6 de las empresas entrevistadas (E1, E2, E15, E17, E19, E22) utilizan los portales de empleo virtuales para difundir la oferta de empleo en combinación con otros métodos. Estos portales, como ya indicamos en el cap. III, no solo sirven para publicitar las ofertas, sino que cada vez más permiten realizar actividades relacionadas con la selección de personal: filtraje de *curriculum vitae*, cuestionarios, test psicométricos, etc. El preferido por la mayoría de empresas de la muestra es Infojobs.

«Lo que más hacemos es que como tenemos un departamento de RRHH, son ellos los que hacen la parte de selección y se apoyan en tres temas: uno que es sacar un anuncio y lo hacemos nosotros mismos, a veces utilizamos una empresa externa de tipo interina que nos hace la selección de personal, XXXXX, y a veces lo hacemos por Infojobs, que es uno de los portales que ahora lo hacen de manera más eficaz, esas son las tres vías que tenemos» (E2).

2.2.6.- Contactos o recomendaciones.

Los contactos, las relaciones informales, las recomendaciones o el denominado *networking* son empleados por 3 empresas (E5, E7, E20) con el fin de obtener candidatos. Estos métodos los llevan a cabo empresas de diferentes tamaños y para cubrir diferentes puestos de trabajo (cualificados y no cualificados). Las redes sociales virtuales de ámbito profesional se basan en esta tendencia pues permiten emitir juicios, opiniones y recomendaciones sobre otros usuarios que pueden convertirse así en

potenciales candidatos. Los contactos de la red social facilitan un acercamiento informal y progresivo entre seleccionador y candidato.

«A vegades surten unes necessitats si anem fluixos en el departament comercial, doncs hem de buscar un comercial, que tingui “X” experiència, provisionalment no seria posar un anunci, a través d’algun contacte coneixes a algú que et pot servir i intentes “pescar-lo”» (E5).

«No hace falta un apoyo sistemático para contratar ingenieros y yo creo que alguno sí que había funcionado a través de la ETT, pero son puntuales, pero yo creo que aquí hay mucho de relaciones personales, referencias, del entorno... donde se trabaja con las redes de confianza» (E7).

«El personal no cualificado, no hay criterio alguno, es decir: viene recomendado por “tal persona” y sabemos que es bueno» (E20).

2.2.7.- Selección en otros países.

La escasez de determinados perfiles profesionales (operarios del metal, soldadores, etc.) en la zona geográfica de la empresa ha provocado que 2 empresas (E7, E12), mediante sus propios medios, deban reclutar y seleccionar trabajadores en el este de Europa.

«Y en las épocas de crecimiento, tenemos una filial en Rumania, en Bucarest y lo que hacíamos era seleccionar fabricantes del metal allí. Porque aquí no había o era una época en la que un trabajador sin una gran cualificación quería... bueno, no voy a retratar el mercado español, no le voy a poner palabras. Encontrábamos trabajadores cualificados en Rumania, con contratación directa allí, y eran gente cualificada, con ganas de trabajar y con unos precios que nos permitían un poco mantener la competitividad» (E7).

«Si vamos a buscar soldadores, lo tenemos difícil, no hay. Entonces lo que vale es irlos a buscar a Polonia, o Rumania o Ucrania, que allí han hecho “mejor los deberes” que en España, allí cuando tienen 14 años entran en la formación Profesional, y de allí te vienen buenos soldadores, buenos operarios... tenemos a varios aquí, porque los soldadores que hay en España, ya no les gusta ni quieren hacer este trabajo» (E12).

2.2.8.- Redes sociales virtuales.

Una empresa (E15) bastante innovadora en cuestión de procesos y productos ha intentado reclutar personal mediante redes sociales virtuales sin un especial éxito.

«Es decir, se han utilizado todas estas nuevas plataformas como Facebook, Twitter... el resultado fue un montón de candidaturas pero cuesta “separar el grano de la paja”» (E15).

En nuestra opinión, utilizar una red social virtual a modo de tablón de anuncios puede mejorar la difusión de la oferta pero no permite el filtrado de candidaturas de un modo tan eficaz como un portal de empleo. Esto último, en caso de gran afluencia de candidaturas, puede desbordar a los seleccionadores y generar pérdida de tiempo y recursos. Las opiniones más recientes indican que el reclutamiento mediante redes sociales («reclutamiento 2.0»)⁶⁶¹ proporciona mejores resultados si se realiza de forma similar a la operativa de los *head-hunters*, es decir, iniciando un contacto progresivo con los potenciales candidatos, estudiando sus intervenciones en la red social, en los foros de opinión, en sus webs personales, etc., ganándose su confianza y proponiendo finalmente la posibilidad de entrar en el proceso de selección mediante la concertación de una entrevista. Además, tal y como se indicó en el cap. IV, las redes sociales también resultan útiles como método para ampliar o verificar la información que aporta un candidato inmerso en un proceso de selección.

2.2.9.- Otras empresas que han cerrado.

El 20% de los actuales trabajadores de una empresa (E20) provienen de una cercana empresa del mismo sector que cerró pocos años atrás.

«Y es una empresa muy buena, con un producto muy bueno, pero lamentablemente la competencia procedente de China la ha hecho polvo y en el momento en que nosotros estábamos buscando gente, que estábamos en pleno crecimiento, en el año 2006, 2007, tuvimos la suerte en que era la época en que XXXX iba sacando gente, y cuando te decía que lo que había por suerte era bueno, nosotros tenemos 12 personas que proceden de esta empresa que es XXXX y todos son excelentes. Todos son excelentes y trabajadores» (E20).

⁶⁶¹ Sobre este tema véase la obra ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección...*, op. cit.

2.3.- Perfil requerido.

En este apartado analizamos los perfiles de candidatos que buscan las empresas y las dificultades que tienen para encontrar trabajadores que se adapten a ese perfil requerido. También intentamos averiguar si, mediante la búsqueda de un perfil concreto, se discrimina a determinados colectivos en el acceso al empleo. Hemos dividido este apartado en 4 puntos con las conclusiones más relevantes que hemos observado.

2.3.1.- Formación y experiencia dependiendo del puesto.

La mayoría de las empresas estudiadas (19 empresas: E2, E3, E4, E5, E7, E8, E9, E10, E11, E12, E14, E15, E16, E17, E18, E19, E20, E21, E22) se centran en requerir al candidato una determinada formación académica y experiencia previa según el puesto demandado. Todas pueden ofrecer diferentes puestos, desde los menos cualificados (sin estudios) a los más cualificados (estudios universitarios): operarios, comerciales, ingenieros, etc. Se requieren trabajadores con conocimientos de idiomas si lo estiman necesario, en especial en las empresas que realizan mucha exportación. En ocasiones se ha otorgado prioridad a candidatos jóvenes o de la comarca, lo que puede ser discutible legalmente.

«Pues mira, el último año: ingenieros técnicos, el último año ha sido prácticamente esto, porque hemos reforzado el departamento de ingeniería. Otros años podrían ser mecánicos, porque es una empresa mecánica, luego en los comerciales buscamos gente que sepa hablar idiomas porque tenemos mucha exportación, y cuando bajamos a técnico buscamos ingenieros eléctricos, ingenieros mecánicos de formación normal o superior» (E2).

«El perfil de trabajo va desde un operario que pondrá una chapa, y que no requerirá una formación específica, o sea, la exigencia para ese puesto de trabajo será baja. La gente que deberá programar una línea de estampación, o visión artificial, deberá ser ingeniero, por la manipulación de robots o de PLC, eso depende del lugar de trabajo, porque es muy plural, muy heterogéneo» (E3).

«Depende de para qué lo queramos, por ejemplo, nuestro caso para el comercial se buscaron perfiles altos, se buscaron perfiles de ingeniería mecánica o ingeniería superior mecánica, siempre, porque han de dominar muy bien el tema técnico pero a la vez han de ser capaces de hacer esta labor comercial de tratar con el cliente, discutir precios, discusiones técnicas, etc.; por ejemplo, si hemos buscado a alguien de

«Nuestros comerciales son técnicos comerciales, con lo que la mayoría son ingenieros. Porque esto no es un motor eléctrico, sino que lo que se vende normalmente son aplicaciones, y muchas veces los comerciales tienen que saber incluso calcular porque una oferta se puede mejorar bajando el tamaño del producto. Si nosotros sabemos que por los coeficientes de seguridad que aplicamos, y por la tipología de aplicación, de si funciona 8 horas al día en lugar de 24, etc. pues el propio comercial es capaz de escoger una relación o un tipo de producto un poco inferior, a lo mejor de lo que haría un comercial puro. Entonces el mismo comercial delante del cliente, le hace el cálculo pertinente y le dice si hace una buena inversión o no» (E8).

«Para cada lugar de trabajo, dentro de lo que es el perfil ocupacional hay unos parámetros que normalmente tienen que cumplir, a nivel de formación básica mecánica, eléctrica, idiomas (sobre todo inglés y francés), a nivel de experiencia es importante contar con personas que tengan experiencia en otros campos, principalmente en el campo del automóvil, porque es un campo que de alguna forma no tiene nada que ver con el sector ferroviario pero las personas que trabajan en el campo del automóvil, sobre todo a nivel mecánico y eléctrico tienen una formación importante y tienen una forma de trabajar que también es adecuada para poderse adaptar al sector ferroviario y va un poco por ahí. Evidentemente hay niveles en los cuales se necesita una formación universitaria a nivel de ingeniería o ingeniería técnica. Esto dentro de los perfiles ocupacionales está muy definido» (E16).

2.3.2.- Dificultades para encontrar determinados perfiles.

Tal y como ya se ha indicado a la hora de hablar de la fase de reclutamiento, algunas empresas (9 empresas: E2, E4, E6, E7, E11, E12, E13, E17, E20) tienen problemas para encontrar determinados perfiles profesionales: becarios, soldadores, profesionales del metal, torneros, fresadores, ingenieros especializados, etc. La dificultad viene en ocasiones determinada, bien por la zona geográfica donde se ubica la pyme, bien por la competencia del sector de la construcción que absorbe muchos jóvenes candidatos, o bien por el sistema educativo español que se encuentra muy separado de la empresa. Esta falta de mano de obra adecuada al perfil solicitado ha obligado a las pymes a alargar los procesos de selección de personal, a recurrir a la incorporación de estudiantes en prácticas o a buscar mano de obra en el extranjero.

«Yo lo que he echado en falta aquí es que los estudiantes están muy apartados del sistema industrial, los estudiantes hasta el final de su carrera están en la universidad y hay una barrera que no permite la facilidad

de incorporación en la industria hasta el último momento. Comparado con Francia o Alemania, donde desde que has pasado el bachillerato tienes que hacer una práctica en la empresa y tienes que ir, a la fuerza; en cambio aquí hay que “llorar” a la gente para que vengan a la empresa hasta que hayan acabado o que hagan el proyecto de final de carrera (...) No encuentro con este perfil, a alguien que viene, que pasa 6 meses aquí y va a estar haciendo un proyecto durante 6 meses y luego se vuelve a su escuela. En España está el proyecto de final de carrera y no existe este perfil, al menos en ingeniería» (E2).

«A nivel de operario cuesta encontrar operarios que sepan llevar máquinas de control numérico y tengan cierta experiencia, sí, a nivel de operarios un FP – II es lo que buscamos, y si es posible que tengan experiencia previa en un taller mecánico» (E4).

«Estamos buscando a un ingeniero superior, con unas características mínimas, que son unos conocimientos de aluminio y unos conocimientos de herramientas de ingeniería como el Pro – ingenier, y no hay manera. Han pasado por aquí media docena de personas que vienen con unas nociones por debajo de mínimas que nosotros demandamos» (E17).

«No estamos en una comarca industrial. Si estuviéramos en el Baix Llobregat, en el Vallés, en el Camp de Tarragona, en la Osona, que la zona de Ripoll tiene muy buenos técnicos y soldadores, pues podríamos tener criterios de selección. Aquí para algunas profesiones hemos tenido que coger a personal desde cero y darle toda la formación. Por ejemplo un metrólogo, coger un ingeniero técnico y cuando hablas de un metrólogo no sabe ni de que le hablo y gastarse 6 o 7000 euros en formarlo como metrólogo» (E20).

2.3.3.- Exigencia de requisitos más allá de la aptitud profesional.

Las empresas con más de 90 empleados, excepto alguna de tamaño menor con un director muy paternalista (en total 7 empresas: E1, E2, E8, E14, E15, E16, E21), valoran en el proceso de selección actitudes personales que cuesta observar y que se relacionan con los valores de la propia empresa. Se trata de actitudes no siempre relacionadas directamente con el desempeño del concreto puesto de trabajo que son difíciles de medir y que pueden entrar en el terreno íntimo del candidato (creatividad, polivalencia, honestidad, etc.) por lo que son discutibles legalmente. En principio este tipo de aptitudes se evalúan mediante exámenes psicotécnicos (cuestionarios, test y entrevistas personales) y deben estar justificadas por la propia actividad a desarrollar en el puesto de trabajo tal y como indicamos en el cap. IV.

«Educat, net, que no vingui amb els pantalons cagats, que quan parli, parli bé, que sigui educat, només això, és la cultura del pare (...) després m'arriba un xicot amb el cabell rosa, “perdona però amb un rosa, punki, no pots anar a buscar treball”, l'altre ensenyant els calçotets» (E1).

«Siempre buscamos gente que sea lo más dinámica, lo más autónoma posible, esto es lo básico, alguien sin ganas de trabajar, aquí no. Pero dicho esto es muy difícil de valorar, porque se valora en los primeros meses de trabajo pero la capacidad de innovar o de retar a la organización, se observa en los meses de trabajo, no en la entrevista, pero sí que lo valoramos» (E2).

«Sí, tenemos una serie de preguntas preparadas para ver la predisposición de la persona a ciertos aspectos, como puede ser soportar cierta presión, en ciertos puestos se valora más o se valora menos. La predisposición a ser flexible en el horario, la predisposición a trabajar en equipo, la predisposición a aceptar las directrices de los demás... hay toda una “checklist” que desarrollamos que ahora no me acuerdo de toda precisamente para valorar esto (...) Digamos que no queremos personas con el “encefalograma plano”, para eso ya tenemos a las máquinas, necesitamos a alguien que aporte y hay también una serie de preguntas como: “para usted, que es más importante, ¿estar aquí trabajando 8 horas mirando a la máquina, o ver si puede mejorar alguna cosa?”» (E8).

«Buscamos “emprendimiento”, la gente normalmente busca mucha responsabilidad y que de esta responsabilidad se preocupan como mejorar cada día y que tengan un papel activo para una mejora continua» (E14).

«Pero la figura de emprendedor, dentro de la empresa tiene mucha cabida. Una persona con ideas, con visión de futuro, con ganas de hacer cosas es un tema interesante» (E16).

«Sobre todo se prima mucho los valores como la ilusión, espíritu responsable... aunque parezca que sea por quedar bien, es verdad (...) Se busca gente con ilusión, con honestidad, sincera...» (E21).

2.3.4.- Segregación de la mujer a determinados puestos.

Hemos observado que en 3 empresas (E4, E9, E11) las mujeres quedan prácticamente relegadas a puestos repetitivos y monótonos de control de calidad o de cadena de montaje, empleos menos cualificados y en condiciones de precariedad por estar subcontratadas. Se cumple aquí la dinámica empresarial de la segregación vertical y horizontal de género característica del conjunto de organizaciones españolas⁶⁶². En

⁶⁶² ABRIL, P. y ROMERO, A.: «Medidas para incorporar a los hombres en las políticas de conciliación», Sociología del Trabajo, nº 64, 2008, p. 50. Un estudio sobre organización del trabajo en doce empresas catalanas de tres sectores diferentes (financiero, metalúrgico y agroalimentario) desde una perspectiva de

algún caso, gracias a la incorporación de personal femenino y a la innovación tecnológica en producción, se han podido solventar las dificultades para encontrar personal antes comentadas.

«Por ejemplo, una de las cosas que dijimos cuando no encontrábamos personal, decidimos apostar por el personal femenino porque había mucha disponibilidad, pero entonces hicimos un replanteamiento de todos los puestos de trabajo, para disminuir el esfuerzo innecesario. Y hoy en día tenemos casi el 30% de la plantilla de mujeres, en la fundición» (E11).

2.4.- Pruebas de selección.

En este apartado nos interesamos por las pruebas de selección utilizadas por las empresas de la muestra. La prueba que más pymes utilizan en sus procesos de selección es la entrevista personal con el candidato, que a su vez puede combinarse con otros métodos. Sin embargo, aparte de la entrevista, pocos de los métodos enumerados en el cap. IV son empleados por las empresas para seleccionar trabajadores. En su lugar se prefiere evaluar la aptitud profesional del candidato durante el periodo de prueba o durante el periodo que pasa realizando prácticas formativas, así como promocionar a trabajadores de la propia empresa o contratar a los que hayan prestado servicios satisfactoriamente a través de ETTs. Parece ser que las empresas prefieren «probar» al candidato en el mismo puesto de trabajo antes que realizar pruebas de selección clásicas que permitan predecir el futuro desempeño laboral. ¿Por qué desarrollar un costoso sistema de evaluación cuando se puede tener al candidato desempeñando el trabajo durante un cierto tiempo con la posibilidad de descartarlo si no cumple con las expectativas? De hecho, la normativa legal les permite llevar a cabo este tipo de prácticas con relativa facilidad y costes mínimos. Podría decirse que la importancia que se le da al periodo de prueba o de prácticas y a la promoción interna nos indica que lo que las empresas consideran más fiable para saber si un candidato es apto o no es el trabajo efectivo en la empresa, es decir, en el propio entorno del puesto de trabajo. Esta tendencia se aleja de los métodos más científicos como, por ejemplo, los test psicotécnicos.

2.4.1.- Periodo de prueba o tiempo de prácticas.

Casi la mitad de las empresas de la muestra (9 empresas: E2, E5, E8, E10, E11, E12, E14, E16, E20), ya tengan estas un mayor o menor número de trabajadores, otorgan mucha importancia para una correcta selección de trabajadores al periodo de prueba del inicio de la relación laboral o al tiempo de prácticas que ha pasado el estudiante en la empresa. Consideran que la mejor prueba de selección para comprobar la aptitud profesional es la observación del trabajador en el lugar de prestación de servicios, sea cual sea el tipo de puesto a ocupar, con mayor o menor nivel de cualificación. Para ello se contrata al candidato durante un tiempo mediante una ETT, o bien se pacta un periodo de prueba y se evalúa el desempeño, o bien se celebra un convenio de prácticas si es un estudiante universitario o de formación profesional. La sencilla justificación de la temporalidad de un contrato y las múltiples posibilidades antes mencionadas en cuestión de prácticas no laborales permiten llevar a cabo esta particular prueba selectiva de personal.

«Una vez se ha hecho esto, si la persona se acepta, se le hace un contrato en período de prueba de 15 días, inicialmente, a los 15 días se hace una valoración por los mandos y al mes se hace otra, si se acepta la persona continua, con el tipo de contrato que se decida, que eso no tienen nada que ver, y si no se acepta se rescinde y viene otra» (E8).

«Cada any teníem dos nois en pràctiques, i llavors sempre teníem gent i quan se'ls acabava el contracte, els que ens pensàvem que eren els millors, son els que agafàvem» (E10).

«El personal de planta siempre lo hacemos a través de ETT, están un período de prueba, se hace una capacitación de la persona para que se adapte a las tecnologías que utilizamos nosotros y cuando llevan un tiempo, se decide si se incorpora o no se incorpora» (E11).

«En cuanto a Universidad, también estamos colaborando, y algunos ingenieros que hay aquí también han venido antes, otros están estudiando ingeniería y están haciendo las prácticas aquí, muchos de ellos que están haciendo FP, una vez lo terminan pasan a hacer ingeniería y mientras tanto trabajan 4 horas aquí y cuando terminan, no tienes que formarlos porque ya lo has hecho. En cambio si coges a un ingeniero que ha terminado la carrera y no ha pisado nunca una fábrica, pues antes de un año no te produce nada, tienes que formarlo, en cambio de esta manera, quizá es más caro y más lento pero los vas formando en este sistema (...) Yo soy reacio a hacer una prueba a un operario, antes se hacía pruebas de tornero o de fresador o de soldadura, aquel hombre que en 3 horas te tiene que soldar una pieza, igual se pone nervioso

y en realidad es un gran operario, y puede pasar en otros ámbitos. Sí que ves algo, pero en 3 o 4 horas es difícil de ver. Lo mejor es probarlo, que trabajen unos días y ver como lo hacen» (E12).

«A través de ETT se quedan bastante tiempo y una vez vemos que funciona y que tanto aptitudes como actitudes entran en la filosofía de la empresa, pues normalmente se quedan» (E14).

«Decimos que entre 3 meses por ETT y si funciona, le haremos una oferta y le daremos formación cuando acabe los 3 meses por ETT» (E20).

2.4.2.- Entrevista final con superior directo de la empresa.

En 10 empresas (E3, E4, E8, E9, E11, E13, E16, E17, E18, E19) la decisión de contratar o no a un candidato la toma el superior jerárquico directo del puesto vacante, no entrando en esta cuestión los miembros del departamento de recursos humanos de la empresa, en caso de proceso de selección propio, o de la ETT o empresa de selección de personal en caso de proceso de selección externo. Esto es así porque se entiende que el superior jerárquico es la persona que mejor puede valorar finalmente si el candidato posee la aptitud profesional requerida para el puesto. Ello no obsta a que se hayan realizado otras entrevistas o pruebas de selección anteriores con el candidato.

«La decisión siempre suele recaer sobre la persona responsable de la sección, junto con algún directivo» (E4).

«Hacemos una serie de entrevistas, primero por parte de RRHH y una vez se ha hecho el primer filtraje por parte de RRHH, entonces los especialistas y el director de producción hacen la última entrevista para decidir si se acepta o no se acepta» (E8).

«Trabajamos con empresas de RRHH, pero siempre hay una última visita, una última reunión que es con nosotros. Ellos nos hacen de filtro, pero al final, cuando tienen claro que hay 3 o 4 que pueden funcionar, estos 3 o 4, quien los ve es el responsable directo del departamento y luego el director general también conoce a los candidatos» (E9).

«Si trabajamos con un consultor externo nos manda tres candidatos, con todos los estudios hechos. Y al final quien decide no es RRHH, porque pienso que en RRHH yo puedo ver las características de la persona o profesional, pero yo entiendo que quien tiene que decidir, en este caso es el responsable, el director del departamento. Y quien ve a estas personas, el director de departamento y es él quien decide quién es la persona que le interesa para ocupar este lugar» (E16).

2.4.3.- Promoción interna.

Algunas empresas (4 empresas: E4, E9, E10, E16), ante un nuevo puesto de trabajo vacante o de nueva creación, tienen como norma o costumbre ascender o promocionar a sus propios trabajadores, antes que contratar a personal externo. Se trata de empresas, con un mayor o menor número de trabajadores, que valoran la fidelidad a la empresa y la formación y aprendizaje de sus empleados. En general se considera que se conoce perfectamente la aptitud profesional del trabajador y se confía en que desempeñará el trabajo de forma satisfactoria.

«Y para reforzar el departamento de mantenimiento, por ejemplo, teníamos un candidato dentro de la empresa que era bastante adecuado, pero le faltaba una formación específica, por ejemplo en temas de electricidad, neumática... entonces a este señor se le ha buscado un curso específico para la empresa, un curso específico bastante potente de todos estos temas» (E4).

«Aquí hay una cosa bonita y es que generalmente, antes de coger gente de fuera, se intenta que la gente de dentro suba, promoción interna. Muchas veces gente que estaba en el almacén con el toro arriba y abajo, luego han estado en una cadena de montaje y luego han llegado a ser comerciales, y unos comerciales buenísimos, de los que más han vendido. Porque esto también gente que coges desde abajo, que lleva mucho tiempo en la empresa, que saben bien cómo funciona la empresa y conoce muy bien el producto, y también si tienen dotes, es un valor más. Es una cosa que la empresa fomenta la promoción interna de la gente» (E9).

«Nosotros creemos mucho en lo que es la promoción interna, en el sentido de que tenemos personas que sin tener un perfil universitario, en este momento están ocupando un lugar de trabajo que el perfil ocupacional pone “titulación universitaria”. ¿Por qué?, porque son personas que se han hecho a sí mismas, que han crecido, que además de trabajar se han formado, han adquirido conocimientos teóricos, y en este momento sin ser ingenieros están capacitados para desarrollar este tipo de trabajo (...) como tenemos muy bien “fotografiado” de alguna forma, las personas que están trabajando allí, primero vemos si el lugar que tenemos que cubrir lo podemos cubrir con una persona interna» (E16).

2.4.4.- Curso obligatorio de formación.

Un pequeño grupo de 3 empresas (E8, E9, E11), todas de entre 100 y 140 empleados, obligan a sus candidatos a realizar cursos de formación específicos como condición a su efectiva incorporación. Esta formación se realiza en centros que las propias empresas han creado en colaboración con otras del mismo sector y con entes

públicos de la zona, en parte para garantizar mano de obra cualificada para el sector siderometalúrgico.

«Y por la otra parte antes de contratar a alguien le hemos pedido que haga las 40, 50 o 60 horas pertinentes en el centro de formación práctica. Donde hacen temas de interpretación de planos, temas de cotación que son importantes, hacen algo de dibujo... dan una base para que un operario llegue y sepa coger un pie de rey, sepa coger un palmer, sepa programar una máquina... que es el nivel de operario que nosotros requerimos» (E8).

«Normalmente la gente de cadenas de montaje, normalmente tienen pocos estudios, o formación profesional o no han terminado estos estudios... pero antes de entrar se les hace un pequeño curso con 4 conceptos básicos antes de estar dentro de la cadena de montaje (...) el FICAP que es este “cluster” de iluminación se crea como una escuela de formación de iluminación. Para cada empresa tiene un coste importante coger a gente joven y formarla, entonces si entre todos los fabricantes montamos una escuela de iluminación, entre todos lo pagaremos. Cuando entre gente nueva en el sector o en las empresas, los mandamos 6 meses a esta academia de iluminación, por decir algo y ahí se van a formar» (E9).

2.4.5.- Comprobación de referencias del candidato.

Un total de 3 empresas (E7, E13, E15), de entre 200 y 220 empleados, que en ocasiones utilizan el *head-hunting* para seleccionar personal directivo o altamente cualificado, investiga los antecedentes de los candidatos en anteriores empresas. Esta práctica debería respetar el derecho de los trabajadores a su intimidad y en especial la protección de datos de carácter personal tal y como se ha explicado ampliamente en anteriores capítulos.

«Si el trabajador es de la zona, llamas para pedir referencias a las otras empresas (...) pero tiene una ventaja ser de la Cataluña interior y todos conocidos, que tienes un respeto por tus amigos empresarios, y si viene alguien a pedir trabajo pues pides “permiso” a otros empresarios» (E13).

2.4.6.- Test psicotécnicos.

Tan solo la empresa E17, de las de mayor tamaño de la muestra, manifiesta recurrir a este instrumento de selección. Resulta cuanto menos extraño que uno de los métodos más clásicos, dejando de lado la entrevista de selección, e incluso de los que más se ha estudiado su validez y fiabilidad, sea el menos utilizado por las empresas

analizadas. En cualquier caso es posible que este método sea utilizado por las ETTs y empresas de selección que prestan sus servicios para suministrar personal a las pymes estudiadas, realizando estas últimas una entrevista con los candidatos finalistas que les aportan. Esta situación se correspondería con la dificultad de aplicación correcta de las pruebas psicométricas y la necesaria especialización de los profesionales que las practican.

3.- La selección de personal en los convenios colectivos aplicables.

En el cap. IV apuntábamos que la negociación colectiva podría ser el instrumento más adecuado para regular los procesos de selección de personal en las empresas, con la finalidad de permitir una presencia activa en los mismos por parte de los representantes de los trabajadores y así garantizar a su vez el debido respeto a los derechos fundamentales de los candidatos. Por lo tanto, nos interesa observar si los convenios colectivos aplicables a la muestra de empresas contienen cláusulas que inciden de algún modo en los procesos de selección de trabajadores. Las empresas entrevistadas pueden encuadrarse en tres convenios colectivos: los dos primeros se refieren a la industria siderometalúrgica de las provincias de Barcelona y Tarragona, y el tercero a la industria química con un ámbito estatal.

3.1.- Convenio Colectivo de la Industria siderometalúrgica de la provincia de Barcelona años 2007-2012 (DOGC 29 de junio de 2007).

Este convenio colectivo de ámbito provincial se aplica en 18 empresas (E1, E2, E3, E4, E5, E6, E7, E8, E9, E10, E11, E12, E13, E14, E15, E18, E19, E21) de la muestra estudiada. No contiene ninguna cláusula que se refiera específicamente a la selección de personal. Únicamente contiene dos elementos que pueden incardinarse en el tema que nos ocupa. En primer lugar existe una previsión (art. 34.1) sobre la duración de los periodos de prueba: de entre 15 días a 6 meses dependiendo del grupo profesional⁶⁶³. Este periodo de tiempo resulta muy inferior a los contratos mediante

⁶⁶³ «En las relaciones de trabajo podrán fijarse siempre que se concierte por escrito un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de:
Grupos profesionales 6, 7 y 8: quince días laborables.

ETT o a los periodos de prácticas que suelen emplear las empresas entrevistadas. Por lo tanto puede decirse que se utilizan las ETTs y los convenios de prácticas para aumentar la capacidad del empresario de comprobar la aptitud profesional de los trabajadores recién incorporados. En segundo lugar, en los pactos complementarios de la parte final del convenio se trata el fenómeno del acoso sexual en las relaciones de trabajo, incluyendo en menor grado la fase de acceso al empleo, señalándose que en el supuesto de acoso sexual de intercambio «la aceptación del requerimiento de esta naturaleza se convierte, implícita o explícitamente, en condición de empleo, bien para acceder al mismo bien para mantener o mejorar el status laboral alcanzado, siendo su rechazo la base para una decisión negativa para el sujeto pasivo». La inexistencia de clausulado específico referente a la selección de personal denota una falta de interés por parte de los negociadores colectivos en este punto, lo que tampoco resulta extraño en la tónica habitual de la negociación colectiva española tal y como indicamos en los caps. I y IV.

3.2.- Convenio Colectivo de la Industria siderometalúrgica de la provincia de Tarragona años 2007-2012 (DOGC 10 de septiembre de 2007).

Este convenio colectivo de ámbito provincial se aplica en 3 empresas (E16, E17, E20) y la selección de personal tiene el mismo tratamiento que el anterior convenio en cuanto al acoso sexual de intercambio se refiere (art. 67). Respecto al periodo de prueba, existe alguna pequeña diferencia, pues el art. 43 lo establece en seis meses para técnicos y titulares, treinta días para el personal cualificado y quince días para el no cualificado. Las conclusiones a las que podemos llegar son las mismas que las mencionadas para el convenio del sector siderometalúrgico de la provincia de Barcelona.

Grupos profesionales 4 y 5: un mes.
Grupo profesional 3: dos meses.
Grupos profesionales 1 y 2: seis meses».

3.3.- XV Convenio Colectivo de la Industria Química años 2007-2009 (BOE 27 de agosto de 2007).

Este convenio colectivo de ámbito estatal resulta de aplicación en la empresa E22, de unos 70 empleados, y contiene más cláusulas sobre selección de personal que los anteriores que hemos visto. Sobre el periodo de prueba, de entre uno y seis meses «según la índole de los puestos a cubrir» (art. 12)⁶⁶⁴, llegamos a la misma conclusión que en los dos convenios antes analizados. Únicamente destacar que el empresario está obligado a comunicar a los representantes de los trabajadores el supuesto en que un trabajador no supere dicho periodo de prueba.

En cuanto al proceso de selección de personal (art. 11), se estipula una preferencia para el ingreso, en igualdad de méritos, de quienes hayan desempeñado o desempeñen funciones en la empresa con carácter eventual, interino, con contrato por tiempo determinado, contrato a tiempo parcial o contrato en aprendizaje, formación y prácticas. Este tipo de cláusulas son hasta cierto punto habituales en los convenios colectivos, y además una buena parte de las empresas de nuestro estudio sigue esa política de contratación como ya hemos indicado anteriormente. Del mismo modo se manifiesta, para favorecer la promoción interna, que «cuando existan vacantes en puestos de trabajo que no impliquen mando o confianza, la Dirección de la empresa, salvo acuerdo en contrario con los representantes de los trabajadores, previamente a acudir a la contratación de personal externo a la empresa, informará por los medios habituales establecidos en la Empresa, con la finalidad de que cualquier trabajador pueda optar al proceso de selección del puesto que se pretende cubrir».

También se ha negociado en este convenio la preferencia de contratación, en igualdad de condiciones de idoneidad, de las personas del sexo menos representado en

⁶⁶⁴ «El ingreso de los trabajadores se considerará hecho a título de prueba, cuyo periodo será variable según la índole de los puestos a cubrir y que en ningún caso podrá exceder del tiempo fijado en la siguiente escala:

Grupos profesionales 8 y 7, seis meses.

Grupos profesionales 6 y 5, cuatro meses.

Grupos profesionales 4 y 3, tres meses.

Grupo profesional 2, dos meses.

Grupo profesional 1, un mes.

En todo caso, no podrá ser superior a 1 mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado superior».

el grupo o función de que se trate. La inclusión de este precepto es una posibilidad que permite el art. 17 ET como medida de acción positiva, tal y como explicamos en el cap. II, al tratar la discriminación por razón de sexo. En un mismo sentido antidiscriminatorio se establece que «los criterios a utilizar en los procedimientos de selección deberán ser objetivos y neutros para evitar cualquier tipo de discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de edad, discapacidad, género, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social o lengua».

Sobre la intervención de los representantes de los trabajadores en la selección de personal, existe una obligación de comunicarles el puesto o puestos de trabajo que se prevén cubrir, las condiciones que deben reunir los aspirantes, las pruebas de selección a realizar y la documentación a aportar por los aspirantes. Se trata de un mero derecho de información aunque se permite que los representantes de los trabajadores puedan emitir un informe al respecto. Asimismo se indica que estos deben velar «por su aplicación objetiva, así como por la inexistencia de discriminación por razón de los factores anteriormente expuestos», pese a que no se concreta la forma en que se llevará a cabo dicha garantía por lo que parece una medida un tanto estéril.

Una vez enumerado el contenido del convenio debemos realizar una serie de puntualizaciones:

En primer lugar, la empresa entrevistada no mencionó en ningún momento las cuestiones del convenio colectivo referidas a la selección de personal, ni la participación de los representantes de los trabajadores en ese ámbito. Recordemos que la empresa cuenta con 70 trabajadores, por lo que debería disponer como mínimo de un comité de empresa compuesto por cinco miembros, que debería ser informado de los diferentes aspectos del proceso de selección (puestos a cubrir, pruebas a realizar, etc.) y velar por la inexistencia de discriminación. Esta actitud nos hace pensar que la empresa no otorga una importancia significativa a los procesos de selección de personal, pese a que existe una mínima regulación convencional sobre esta materia.

En segundo lugar la empresa E22 suele recurrir habitualmente a empresas de selección de personal para cubrir los puestos de trabajo vacantes de mayor cualificación,

por lo que difícilmente los representantes de los trabajadores podrán intervenir en ese supuesto a menos que exista algún tipo de mecanismo coordinador, lo que no parece que suceda.

4.- Conclusiones finales.

4.1.- Resumen de las prácticas principales.

1.- Las pymes industriales catalanas recurren mucho a ETTs y empresas de selección, externalizando la selección de trabajadores. Eso les permite diversas ventajas: por un lado les permite economizar recursos de todo tipo en referencia a esa actividad necesaria en cualquier organización empresarial; por otro lado, los contratos mediante ETTs son utilizados también como sustitutivo del periodo de prueba estipulado en el convenio colectivo, lo que permite un mayor periodo de observación del trabajador para valorar su aptitud profesional. En último extremo, la externalización del reclutamiento y la selección facilita que, en caso de acciones discriminatorias ordenadas por la propia empresa, esta no se vea afectada directamente por las posibles reclamaciones legales.

2.- Los estudiantes en prácticas son el medio más eficaz para encontrar mano de obra cualificada cuando esta escasea en la zona o sector. Además es uno de los métodos preferidos por las empresas, junto con la entrevista personal, con el fin de seleccionar fiablemente a los trabajadores más aptos precisamente porque los han observado trabajar. De hecho, se les considera como auténticos trabajadores más que como personas que se están formando. Esta tendencia pensamos que irá en aumento gracias a las nuevas disposiciones legales sobre la materia que aparecieron a finales del verano de 2011.

3.- La formación académica y la experiencia profesional son las características más importantes en los perfiles de los puestos de trabajo ofertados. Por otro lado las empresas tienen dificultades para cubrir según que perfiles, aunque suponemos que el avance de la crisis económica y del desempleo habrá reducido dicha problemática. En relación a la segregación horizontal y vertical de la mujer, existe un menor número de

mujeres en las empresas industriales y suelen cubrir perfiles de baja cualificación y con elevada monotonía, bajo condiciones de contratación precarias.

4.- La negociación colectiva aplicable apenas trata el tema de la selección de personal. En ese sentido es importante que los representantes de los trabajadores intervengan en los procesos de selección para salvaguardar los derechos fundamentales de los candidatos, en especial el derecho a la no discriminación.

4.2.- Confirmación o no de las hipótesis formuladas.

Hipótesis 1: «En las pymes catalanas de media-alta tecnología se pueden encontrar más mercados de trabajo que los descritos por la teoría de la segmentación original».

Entendemos confirmada la Hipótesis 1, ya que en las pymes de la muestra pueden distinguirse varios mercados de trabajo, si bien no podemos ahora mismo elaborar unos perfiles tan concretos como, por ejemplo, los propuestos por ALÓS MONER⁶⁶⁵. En nuestro caso podemos encontrar: puestos de trabajo pertenecientes al mercado primario independiente, como directivos y trabajadores de alta cualificación dedicados o no a la innovación (ingenieros, comerciales con perfil técnico y similares); puestos de trabajo del mercado primario dependiente, como operarios de producción cualificados, administrativos, comerciales y similares. Estos dos mercados tienen contratos estables y reciben formación por parte de la empresa, entre otras características. No son pues exclusivos de las medianas y grandes empresas.

También encontramos puestos de trabajo típicos del mercado secundario, que corresponderían con los operarios de producción de cualificación media o inferior, tengan contrato indefinido, temporal (ETTs) o pertenezcan a subcontratas. Su característica común más destacable sería la inestabilidad en el empleo derivada de la adopción por parte de la pyme de estrategias de externalización y flexibilidad numérica. De hecho, algunas pymes entrevistadas no podían indicar con seguridad su número de

⁶⁶⁵ Primario independiente, primario integrado, primario tradicional, secundario incierto, secundario cierto y secundario débil, ALÓS MONER, R.: «Segmentación de los...», op. cit., p. 130 y ss.

empleados concreto debido a que constantemente recurren a esas estrategias de flexibilidad laboral externa para hacer frente a puntas de producción. Algunos de estos trabajadores pueden acceder a puestos del mercado primario ya que, como hemos indicado, hay pymes que utilizan la flexibilidad numérica como método de selección de personal *sui generis*.

Por último, encontraríamos puestos inestables en ambos tipos de mercados. Se trataría de los estudiantes en periodo de prácticas procedentes tanto de la universidad como de la formación profesional. Estos estudiantes son considerados como trabajadores de menor estatus y son utilizados para desarrollar prácticamente las mismas tareas que el resto de trabajadores de su unidad productiva. Tienen opciones preferentes de entrada en el mercado primario estable siempre y cuando se produzcan vacantes en el mismo. La dificultad que tiene algunas pymes para cubrir determinados puestos de trabajo les facilitan la entrada en las mismas, pese a no tener las cualificaciones específicas demandadas por la empresa.

Por todo lo apuntado, parece que la teoría de la dualidad del mercado de trabajo ha quedado superada por la constatación de diferentes segmentos de trabajadores, cuyo factor diferenciador no puede limitarse al tipo de contratación (temporal/indefinida), sino que puede incluir aspectos como la experiencia laboral, el sexo del trabajador, la edad, etc. También las barreras de entrada a los diferentes mercados deben contemplarse relacionándolas con fenómenos como la externalización o no de determinados procesos productivos, la existencia o no de mano de obra adecuada en la zona, el fomento de los convenios de prácticas por parte de la patronal o de instituciones educativas, etc.

Hipótesis 2: «Las pymes industriales catalanas, con el fin de cubrir los puestos de trabajo estables de mayor cualificación, acuden a vías externas de selección de trabajadores (empresas de selección de personal), mientras que si desean cubrir puestos temporales y de menor cualificación, realizan un proceso de selección propio o utilizan una ETT».

No se ha confirmado la Hipótesis 2 puesto que la mayoría de pymes de la muestra seleccionan los puestos de alta cualificación mediante procesos de selección

llevados a cabo por sus propios medios, incluyendo la promoción o ascensos. Solamente 6 empresas externalizan la selección de esos puestos mediante empresas especializadas.

Respecto a los puestos de menor cualificación, se cumple la hipótesis puesto que la mayoría de pymes seleccionan por sus medios ese tipo de trabajadores (10) o recurren a ETTs (11).

Estos resultados parecen reafirmar el carácter heterogéneo e informal del funcionamiento interno de las pymes.

Hipótesis 3: «En los procesos de selección propios que realizan las pymes, la prueba más utilizada es la entrevista de selección».

Se cumple la Hipótesis 3 en vista de los resultados observados. En general, la entrevista de selección no deja de ser una toma de contacto personal entre empresario y candidato, lo que resulta imprescindible para llevar a cabo la contratación. Aunque el candidato venga recomendado por otros empleados, se considera que el mínimo y primer vínculo con el empresario contratante es una entrevista personal. Además, al tratarse de una conversación y no de una prueba más compleja (test, pruebas profesionales), cualquier individuo se considera apto para realizarla. En cualquier caso, esa práctica refuerza la idea de que las pymes funcionan de un modo muy informal y personal, valorándose en especial las relaciones individuales entre empresario y trabajador. Téngase en cuenta que incluso a la hora de incorporar candidatos evaluados por empresas especializadas externas (ETTs y empresas de selección) la mayoría de empresas emiten su decisión de contratación tras una entrevista final con algún responsable.

Hipótesis 4: «La negociación colectiva aplicable no contempla la selección de personal y, si lo hace, es de forma poco efectiva».

Una vez analizados los convenios colectivos aplicables podemos afirmar que se confirma la Hipótesis 4. Las pymes industriales catalanas no reflejan en sus convenios colectivos cláusulas sobre selección de personal. El convenio colectivo, que en teoría tanto trabajadores como empresarios lo consideran «como la norma que más tiene en

cuenta su realidad laboral y la que en consecuencia resulta más fácilmente aplicable»⁶⁶⁶, no se ocupa de la selección de personal y, cuando lo hace, acaba siendo ninguneado. En ese sentido parece que la selección y contratación de trabajadores se sigue considerando una potestad exclusiva del empresario, donde no caben injerencias por parte de comités de empresa ni delegados de personal. También puede llegar a pensarse que los representantes de los trabajadores que negocian convenios colectivos no tienen interés en esta cuestión, teniendo en cuenta que favorecería únicamente a un colectivo indeterminado (los posibles candidatos) que no pertenece a la empresa ni participa en las elecciones de representantes de los trabajadores.

En nuestra opinión, las prácticas de selección de personal observadas no se corresponden con las pocas regulaciones normativas que las apoyan o formalizan. Se utiliza el periodo de prueba, la contratación temporal y las prácticas no laborales como único método de selección de trabajadores, pervirtiéndose así, en mayor o menor grado, su naturaleza original. Esto significa que la vía de acceso a un puesto estable en la pyme suele pasar por la previa cobertura de un puesto inestable. Como consecuencia de lo anterior, se puede acrecentar el desinterés de los negociadores en regular los procesos de selección de personal ya que, a causa de la normativa, pocos trabajadores temporales pueden votar en la elección de representantes de los trabajadores y, cuando pueden hacerlo, no lo hacen por la falta de lazos colectivos derivada precisamente de su situación de temporalidad⁶⁶⁷.

4.3.- Reflexión final.

Las pymes industriales de Cataluña que llevan a cabo ciertas prácticas innovadoras mantienen unas características de informalidad y heterogeneidad en lo que a reclutamiento y selección de personal se refiere. Este comportamiento no es extraño en las organizaciones empresariales de menor estructura pues el trato personal e individualizado entre empresario y trabajador constituye la tónica habitual. De ahí que las entrevistas de selección y la observación de estudiantes en prácticas, trabajadores temporales y personal en periodo de prueba, sean los métodos más utilizados para

⁶⁶⁶ FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de...*, op. cit., p. 135.

⁶⁶⁷ MIGUÉLEZ, F.: «Presente y futuro del sindicalismo en España», en AAVV (dir. y coord. MIGUÉLEZ, F. y PRIETO, C.): *Las relaciones de empleo en España*, Siglo XXI, Madrid, 1999, p. 203.

evaluar la aptitud profesional. De ahí también procede el poco interés en regular el acceso al empleo en la negociación colectiva sectorial.

En general, parece que la única normativa que interesa a las pymes es la que les permite mayor flexibilidad numérica. Sería el caso de la regulación de la contratación temporal contenida en el ET, la cesión de trabajadores estipulada en la LETT y la múltiple normativa referente a las prácticas formativas (no laborales) en las empresas. Estas disposiciones legales les permiten contar con mano de obra barata, flexible y, en el caso de las prácticas, relativamente cualificada. Por el contrario, no recurren a las agencias de colocación autorizadas que son precisamente los intermediarios más regulados que operan en nuestro mercado de trabajo. Cuando hablamos de reclutamiento y selección de trabajadores parece que la libertad del empresario derivada del art. 38 CE prevalece por encima de todo: normativa, procesos de selección estructurados y fiables, derechos de los candidatos, etc.

CONCLUSIONES

1.- La selección de personal es una facultad que se incardina dentro del poder de dirección del que goza el empresario en virtud del art. 38 CE. El empresario, a la hora de organizar el proceso productivo, tiene libertad para contratar a los trabajadores que desee. Para ello puede llevar a cabo un proceso de selección, más o menos estructurado, con el fin de obtener información sobre la aptitud profesional de los candidatos y así proceder a captar a los más adecuados para su empresa. Esta actividad indagatoria constituye en sí misma una expresión típica de la facultad controladora del empresario, sujeta a los límites generales previstos por el ordenamiento jurídico y no a los de la relación laboral, pues la misma no se ha perfeccionado al encontrarnos aún en los estadios preliminares del contrato de trabajo. Dichos límites a respetar son, en primer lugar, los establecidos por el contenido esencial de los derechos fundamentales; en segundo lugar, los dispuestos por las normas legales; en tercer lugar, si los hubiera, los pactados en los diferentes convenios colectivos de aplicación; por último, el principio general de buena fe.

2.- Según una construcción doctrinal, el derecho a la intimidad del candidato puede ser lesionado durante el transcurso de un proceso de selección si se intenta obtener información sobre aspectos no relacionados directamente con la aptitud profesional requerida por el puesto de trabajo a desempeñar. Las únicas excepciones a esta regla general, que además concurrirán para contados puestos de trabajo, son: por un lado, la selección de personal en las organizaciones ideológicas o de tendencia, donde se permite la comprobación de la adhesión del candidato al ideario propio en el caso de que pretenda acceder a un puesto de difusión de dicho ideario; por otro lado, la incompatibilidad entre las creencias religiosas del candidato y la organización de la prestación de servicios en la empresa; finalmente, la existencia de un elemento fiduciario en el puesto de trabajo incompatible con los comportamientos privados del candidato.

Esta doctrina ha sido incorporada a nuestro cuerpo normativo mediante el principio de pertinencia/racionalidad en la recogida y tratamiento de datos de carácter personal (art. 4.1 LOPD). De este modo, e interpretándolo dentro del ámbito de la

selección de personal, solamente se podrán recoger y tratar datos personales del candidato cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la evaluación de su aptitud profesional. Además, este principio de pertinencia/racionalidad guarda relación directa con el principio de proporcionalidad de la restricción de derechos fundamentales. Por ese motivo, podemos afirmar que las vulneraciones del derecho a la intimidad, para ser admitidas durante un proceso de selección de personal, deben superar los tres requisitos del principio de proporcionalidad: que la lesión sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea necesaria, en el sentido de que no exista otra forma más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que la misma sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

3.- La discriminación de candidatos, consustancial al proceso de selección de personal, no puede obedecer en ningún caso a razones proscritas por la normativa, en virtud del derecho constitucional a la no discriminación. De lo contrario, nos encontraríamos ante discriminaciones en el acceso al empleo que pueden ser de diferente tipología (directas, indirectas, por asociación, múltiples o por error) y por diferentes motivos (sexo, origen racial o étnico, ideología o creencias, discapacidad, edad, etc.).

Las conductas discriminatorias que, consideramos, afectan más a la etapa precontractual son la discriminación por razón de sexo, edad y la derivada del ejercicio de derechos fundamentales. La primera incluye, no solo la negativa a contratar a un candidato por la pertenencia a un determinado sexo, sino también las situaciones de embarazo, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, así como el acoso sexual o por razón de sexo. La segunda se produce al establecer el empresario una edad mínima o máxima para el acceso a un puesto de trabajo, al considerar arbitrariamente que la edad está relacionada con un mejor desempeño de la prestación laboral. La tercera ocurre al excluir a candidatos del proceso de selección por haber ejercido su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al haber demandado con anterioridad a la empresa contratante o a otras empresas.

La diferencia de trato cometida por el empresario encuentra muy difícil justificación cuando se lleva a cabo por razón de sexo, pues se precisa de una causa justificativa muy estricta que normativa y jurisprudencia no acostumbran a aceptar. Por el contrario, la protección frente a la discriminación por razón de edad en el acceso al empleo resulta mucho menor porque se aceptan excesivos motivos justificadores, entre ellos la exigencia física del puesto de trabajo. A nuestro parecer debería evaluarse de forma objetiva la condición física del candidato, pues no puede relacionarse directamente la edad con una mayor o menor aptitud para el desempeño de un puesto de trabajo.

4.- El empresario puede recurrir a vías externas para la selección de trabajadores, especialmente tras la reforma laboral operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que ha regulado por primera vez, aunque mínimamente, la prestación de servicios de selección de personal. La norma incluye dicha actividad dentro de las previstas para las agencias de colocación autorizadas, sumándola a la actividad de intermediación en el mercado laboral que ya podían llevar a cabo desde 1994 e indicando que deben cumplir con la normativa aplicable en materia de protección de datos y respetar el principio de igualdad de trato y no discriminación, así como la intimidad y dignidad de los trabajadores. No obstante, tanto la selección de personal como la intermediación se venían tolerando (y se toleran) en un clima de absoluta ilegalidad (intermediación) y alegalidad (selección). Así, portales de empleo virtuales, empresas de *head-hunting* y empresas de recolocación (*outplacement*), ejercían como intermediarios en el mercado laboral y, las empresas de selección y las ETTs, llevaban a cabo tanto actividades de selección de personal como de intermediación.

Tras la reforma señalada los portales de empleo y las agencias de recolocación deben obtener la autorización prevista para las agencias de colocación y, las ETTs, pueden solicitarla si desean ejercer la actividad intermediadora junto con la tradicional de cesión de trabajadores. En nuestra opinión, se ha perdido una oportunidad para obligar al resto de empresas mencionadas a someterse a esa normativa, de forma que todas las actividades relacionadas con la colocación de trabajadores (formación y orientación profesional, intermediación, selección) queden bajo el paraguas legal y se garanticen correctamente los derechos de los candidatos durante los procesos de selección de personal. Pensamos que debe crearse una única figura empresarial que

englobe todas esas actividades (agencia privada de empleo) y que esté convenientemente regulada, en especial en cuanto a técnicas de selección de trabajadores respetuosas con los derechos de los candidatos.

5.- En ocasiones, para la cobertura de determinados puestos de trabajo puede resultar necesario y proporcionado conocer hechos que afecten al ámbito laboral, económico, financiero y personal del candidato, pues tienen relación directa con el puesto a ocupar. Se trata de información sobre la aptitud profesional del candidato que no puede ser obtenida mediante las técnicas habituales de selección de personal. En estos casos el empresario puede recurrir a los servicios de detectives privados pues esa especial e intensa actividad investigadora es exclusiva para dichos profesionales en virtud de su normativa reguladora (LSP y RSP), por lo que no puede ser llevada a cabo por ningún tipo de empresa de selección de personal o similar. La regulación de la profesión de detective privado, sometida al respeto de los derechos fundamentales y a un periódico control administrativo, junto con la aceptación de sus informes en los procesos judiciales, alejan a esta figura de connotaciones turbias ligadas con el espionaje y la vulneración de la intimidad y la privacidad.

6.- El proceso de selección de personal se desarrolla en diferentes fases: el reclutamiento, la aplicación de las pruebas de selección, la verificación y ampliación de la información obtenida y la evaluación y decisión de contratación. En la fase de aplicación de las pruebas selectivas es donde aparece el mayor peligro de vulneración de derechos fundamentales del candidato, en especial la intimidad. Existen técnicas de selección que aumentan esa posibilidad de menoscabo de derechos, como por ejemplo, la entrevista no estructurada, los test psicométricos de personalidad o los cuestionarios biográficos. Siguiendo con métodos similares, actualmente los seleccionadores están acudiendo a redes sociales en Internet con el objetivo de verificar y ampliar informaciones sobre los candidatos, además de para obtener información personal sobre los mismos con el fin de discriminarlos por razones prohibidas por nuestro ordenamiento. Este peligro de discriminación se acrecienta porque las personas vuelcan en las redes sociales contenidos privados e íntimos, propios y de terceros, sin tomar las necesarias medidas de precaución en cuanto a privacidad se refiere.

7.- Con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los candidatos, en especial el derecho a la intimidad y a no ser discriminados por razones prohibidas, proponemos la figura del plan de igualdad que regule, entre otras materias, el acceso al empleo. Puesto que los planes de igualdad tienen como finalidad alcanzar la igualdad de trato y la eliminación de la discriminación por razón de sexo, pueden llegar a establecer durante los procesos de selección de personal pruebas objetivas y adecuadas a los requerimientos del puesto ofertado, relacionadas exclusivamente con la valoración de aptitudes y capacidades individuales. De ese modo, los planes de igualdad pueden ser utilizados como un auténtico «caballo de Troya» para implantar sistemas de selección de personal objetivos, libres de discriminaciones de cualquier tipo y no solamente por razón de sexo, como era su intención inicial. A esa figura le podemos añadir, mediante convenio colectivo, la intervención real y efectiva de los representantes de los trabajadores en el diseño y desarrollo de los procesos de selección.

8.- Pese a no haberse formalizado aún la relación laboral, la jurisprudencia ha señalado que los estadios preliminares del contrato de trabajo tienen la naturaleza de este. Por lo tanto, el candidato que haya visto vulnerados sus derechos fundamentales durante su participación en un proceso de selección de personal puede acudir al amparo de la jurisdicción social mediante la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales (art. 177 y ss. LRJS). El candidato deberá aportar un indicio razonable de prueba que permita deducir la posibilidad de que se le haya lesionado su derecho fundamental, no bastando la mera alegación de la vulneración. En el caso de discriminaciones indirectas ha sido útil como indicio la denominada prueba estadística, es decir, el porcentaje hombres/mujeres afectados por una medida. A partir de ahí, la parte demandada (empresario o seleccionador) deberá probar que su actuación obedece a causas objetivas, razonables, proporcionales y absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales. En cualquier caso resulta difícil aportar indicios o pruebas de esos actos pues la mayoría de las técnicas de selección se desarrollan sin testigos. Por eso proponemos el uso de la prueba preconstituída; por ejemplo, utilizar dispositivos ocultos de grabación del sonido y de la imagen durante el proceso de selección de personal (entrevistas, test, simulaciones, etc.).

9.- La sentencia estimatoria de la vulneración de derechos fundamentales de un candidato contiene lo siguiente: en primer lugar, la declaración de nulidad radical de la

conducta lesiva; en segundo lugar, la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental; en tercer lugar, la reparación de todos los tipos de daño mediante una indemnización real, efectiva y proporcional al perjuicio sufrido. La jurisprudencia y la doctrina entienden que no existe obligación de contratar al candidato discriminado, pero en ocasiones se ha dictaminado que este tiene derecho a ser evaluado de nuevo mediante un proceso de selección. Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización, se ha tomado como criterio el importe correspondiente a los salarios dejados de percibir, amén de otros gastos ocasionados al candidato. También se pueden resarcir los daños morales pese a la difícil cuantificación de los mismos. Cabría, a nuestro juicio, indemnizar el coste de los tratamientos psicológicos o la imposibilidad de prestar servicios en otra empresa durante el tiempo en que duran las secuelas psíquicas. En cualquier caso, los daños no se presumen producidos automáticamente por haber quedado acreditada la vulneración de un derecho fundamental. Deben acreditarse indicios o puntos de apoyo suficientes de que existen los daños producidos.

10.- Tras un pequeño estudio realizado en una muestra de pymes catalanas de sectores industriales de tecnología media-baja, media y media-alta, hemos observado que suelen externalizar la selección de trabajadores, en especial cuando se trata de incorporar trabajadores de baja cualificación. Esa práctica, por un lado, les permite economizar costes y, por otro, las contrataciones mediante ETTs son utilizadas como sustitutivo del periodo de prueba estipulado en el convenio colectivo, lo que permite un mayor periodo de observación del trabajador para valorar su aptitud profesional.

Cuando realizan el proceso de selección por sí mismas, la prueba selectiva que más utilizan las pymes de la muestra es la entrevista de selección junto con la observación y evaluación de los estudiantes que realizan prácticas en la empresa. Esta tendencia pensamos que irá en aumento gracias a las nuevas disposiciones legales sobre la materia que aparecieron a finales del verano de 2011 y que amplían la posibilidad de realizar prácticas no laborales en empresas.

11.- La negociación colectiva aplicable no trata el tema de la selección de personal y no parece que exista interés en mejorar nada al respecto, ni por la parte empresarial ni por la parte sindical. Además, las pymes utilizan el periodo de prueba, la contratación

temporal y las prácticas no laborales como único método de selección de trabajadores pervirtiéndose así, en mayor o menor grado, su naturaleza original. Todo esto nos lleva a la conclusión de que las prácticas de selección de personal observadas no se corresponden con las pocas regulaciones normativas que las apoyan o formalizan. En las pymes de la muestra prima la total libertad de contratación del empresario para hacer frente a los cambios en el mercado, algo que puede verse reflejado en el elevado uso de la flexibilidad numérica, convertida a su vez en una especie de proceso de selección *sui generis*.

12.- Como norma general, no se puede relacionar el mercado primario con grandes empresas y el mercado secundario con pymes. Dentro del mercado interno de las pymes industriales de Cataluña, por sus especiales características, pueden existir otros segmentos diferentes de los propuestos por la teoría clásica de la segmentación del mercado de trabajo. Podemos encontrar puestos estables propios del mercado primario independiente y dependiente y también puestos de trabajo inestables propios del mercado secundario. También es posible encontrar puestos inestables en el mercado primario, como por ejemplo los estudiantes en prácticas universitarios o de formación profesional. Estos tienen opciones preferentes de entrada en el mercado primario estable siempre y cuando se produzcan vacantes en el mismo pese a no tener, en principio, las cualificaciones específicas demandadas por la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *Factbook Recursos Humanos*, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

AAVV (dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.): *Lecciones de Derecho del empleo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

ABRIL, P. y ROMERO, A.: «Medidas para incorporar a los hombres en las políticas de conciliación», *Sociología del Trabajo*, nº 64, 2008.

ACED, C.: *Perfiles profesionales 2.0*, Editorial UOC, Barcelona, 2010.

AEPD: *Selección de personal a través de Internet*, 2005, disponible en www.agpd.es.

AEPD: *La protección de datos en las relaciones laborales*, disponible en www.agpd.es.

AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva», ref. BIB 2003\465, Westlaw-Aranzadi.

AGUSTINA SANLLHEÍ, J.R.: «Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa. A propósito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad (*ex artículo 197 CP*)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2009.

ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: Servicios Públicos de empleo y entidades afines*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009.

ALASTRUEY, R.: *Empleo 2.0*, Editorial UOC, Barcelona, 2009.

ALCAIDE CASTRO, M., GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo, reclutamiento y formación en España*, Pirámide, Madrid, 1996.

ALEGRE NUENO, M.: «La contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Locales: ¿“agencias de colocación de los afines”?», ref. BIB 2010\2182, Westlaw-Aranzadi.

ALÓS MONER, R.: «Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales. El sindicalismo ante la acción colectiva», Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 26, nº 1, 2008.

ALZAGA RUIZ, I.: «Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo: un estudio sobre su concepto, las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades preparatorias del contrato de trabajo», Documentación Laboral, nº 65, 2001.

AQU: *Universitat i treball a Catalunya 2011. Estudi de la inserció laboral de la població titulada de les universitats catalanes*, AQU, Barcelona, 2011, disponible en www.aqu.cat.

ARBONÉS LAPENA, H.I.: «La intervención procesal del sindicato tras la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», ref. BIB 2012\536, Westlaw-Aranzadi.

ARDERIU COSTAS, J., DEL PALACIO AGUIRRE, I. y SOLÉ PARELLADA, F.: *Les pimes dins el sistema regional d'innovació: el cas de Catalunya i el Vèneto*, Centre d'Innovació i Desenvolupament Empresarial (CIDEM), Barcelona, 2007.

ARENAS VIRUEZ, M.: «El estado de la negociación colectiva en materia de planes de igualdad», ref. BIB 2010\368, Westlaw-Aranzadi.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El Derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

BALLESTER PASTOR, M.A.: «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», Relaciones Laborales, tomo I/1993.

BALLESTER PASTOR, M.A.: «La evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BARBER, A.E., WESSON, M.J., ROBERSON, Q.M. y TAYLOR, M.S.: «A Tale of Two Job Markets: Organizational Size and Its Effects on Hiring Practices and Job Search Behavior», *Personnel Psychology*, Vol. 52, nº 4, 1999.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

BLASCO PELLICER, A.: «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador», en AAVV (dir. BORRAJO DACRUZ, E.): *Trabajo y libertades públicas*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.

BRUNET ICART, I. y VIDAL SUÑÉ, A.: *El gobierno del factor humano*, Delta, Madrid, 2008.

BURGOS GINER, M.A.: «Facultades empresariales de control en la fase de acceso al empleo y formalización del contrato de trabajo», *Tribuna Social*, nº 159, 2004.

CALVO GALLEGO, F.J.: «TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales», ref. BIB 2012\56, Westlaw-Aranzadi.

CAMAS RODA, F.: «Un empuje a la protección completa del trabajador ante situaciones de acoso moral mediante la imposición a la empresa del recargo de prestaciones: un comentario a la Sentencia núm. 7682/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 15 de octubre de 2008», ref. BIB 2009\567, Westlaw-Aranzadi.

CAMAS RODA, F. y LÓPEZ ROCA, C.: «La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CARABIN, T.M.: *Test de aptitudes profesionales*, Editorial De Vecchi, Barcelona, 1998.

CARDENAL CARRO, M.: «La constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión y moral católica», *Aranzadi Social*, nº 5, 2006.

CARDONA RUBERT, M.B.: «La utilización de redes sociales en el ámbito de la empresa», *Revista de Derecho Social*, nº 52, 2010.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El Derecho Social ante la crisis», *Aranzadi Social*, Vol. I, nº 19, 2009.

CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A.: *Psicología de la selección de personal*, TEA Ediciones, Madrid, 2010.

CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Extra: Igualdad de oportunidades para todos*, 2007.

CISCART BEA, N.: *El despido por embriaguez y toxicomanía*, Bosch, Barcelona, 1998.

CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007.

COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G.: *Reclutamiento y selección. Marco de actuación para obtener el éxito*, Ediciones Paraninfo, Madrid, 2005.

DE LAMA AYMÁ, A.: «Discriminación múltiple: género y religión», en AAVV (dir. GARCÍA RUBIO, M. P. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, coord. LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y OTERO CRESPO, M.): *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.

DE VICENTE PACHÉS, F.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo», *Tribuna Social*, nº 157, 2004.

DEL VALLE VILLAR, J.M.: «EL Derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español», en AAVV (edit. GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L.): *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.

DESSLER, G.: *Administración de personal*, 8ª ed., Pearson Educación, México, 2001.

DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: «Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial», *Actualidad Laboral*, nº 7, 2011.

DÍAZ VALERO, P.: «Avanzar en igualdad: estudio sobre la organización del trabajo desde una perspectiva de género», *Sociología del Trabajo*, nº 64, 2008.

DOERINGER, P.B. y PIORE, M.J.: *Mercados internos de trabajo y análisis laboral*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1985.

FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FABREGAT MONFORT, G.: *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

FABREGAT MONFORT, G.: *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, 2ª ed., Bomarzo, Albacete, 2009.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicios públicos de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación», en AAVV (dir. MONTOYA MELGAR, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F.): *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», *Relaciones Laborales*, tomo II, 1985.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1994.

FIGUERA GAZO, L., DORIO ALCARAZ, I. y TORRADO FONSECA, M.: «Funcionament dels processos d'accés al mercat qualificat», en AAVV (edit. SERRA RAMONEDA, A.): *Educació superior i treball a Catalunya: anàlisi dels factors d'inserció laboral*, AQU, Barcelona, 2007.

GALIANA MORENO, J.M. y CAMARA BOTÍA, A.: «Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales», en AAVV (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V. y coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *Actualidad Laboral*, tomo I/1996.

GARCÍA GIL, B.: «Mecanismos de intermediación laboral tras la reforma laboral de 2010: principales modificaciones», ref. BIB 2010\3267, Westlaw-Aranzadi.

GARCÍA NINET, J.I. y DE VICENTE PACHÉS, F.: «El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, 2005.

GARCÍA NINET, J.I. y SALIDO BANÚS, J.L.: «Intermediación laboral y agencias de colocación y recolocación privadas», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24, 2011.

GARCÍA TESTAL, E.: «Discriminación por orientación sexual. Del ámbito europeo al ordenamiento interno», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA TESTAL, E. y ALTÉS TÁRREGA, J.A.: «El control de la selección de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza. La aplicación de la STC 38/2007 por la STC 51/2011, de 14 de abril de 2011», *Justicia Laboral*, nº 48, 2011.

GARCÍA VIÑA, J.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.

GÓMEZ-MEJÍA, L.R., BALKIN, D.B. y CARDY, L.R.: *Dirección y gestión de recursos humanos*, 3ª ed., Prentice Hall, Madrid, 2001.

GÓMEZ CALLE, E.: «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en AAVV (coord. REGLERO CAMPOS, L.F.): *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.

GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.

GOÑI SEIN, J.L.: «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos», en AAVV (coord. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.

INTECO y AEPD: *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, 2009, disponible en www.inteco.es y www.agpd.es.

KÖHLER, H. y MARTÍN ARTILES, A.: *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*, 3ª ed., Delta, Madrid, 2007.

LASAOSA IRIGOYEN, E.: «Indemnización por daños y perjuicios derivada de acoso sexual en el trabajo», ref. BIB 2003\1518, Westlaw-Aranzadi.

LASAOSA IRIGOYEN, E.: «Competencia jurisdiccional en las reclamaciones por ausencia de la contratación pactada», ref. BIB 1998\1651, Westlaw-Aranzadi.

LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003.

LEAL MILLÁN, A. (coord.): *El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión*, Pirámide, Madrid, 1999.

LÓPEZ BALAGUER, M.: «El principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

LÓPEZ ORTEGA, M.J.: «Empleo y discriminación salarial de la mujer», en AAVV (coord. RUIZ PÉREZ, E.): *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Represalias sindicales en acceso al empleo y carga de su prueba», ref. BIB 2009\376, Westlaw-Aranzadi.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El principio de igualdad de los sexos en la doctrina social más reciente», Ponencia V Escuela de Mujeres Dirigentes de UGT, 2010, disponible en

http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/El%20principio%20de%20igualdad%20de%20los%20sexos%20en%20la%20doctrina%20judicial%20social%20mas%20reciente%20F%20LOUSADA.pdf., consultado el 11/10/2012.

LUJÁN ALCARAZ, J.: «Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo», ref. BIB 2003\890, Westlaw-Aranzadi.

MALDONADO MONTOYA, J.P.: *Las actividades religiosas ante el derecho del trabajo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

MALDONADO MONTOYA, J.P.: «Profesor de religión huelguista que es omitido en la propuesta del Obispado, que guarda silencio sobre el motivo de su decisión», *Aranzadi Social*, Vol. I, nº 9, 2008.

MALDONADO MONTOYA, J.P.: «Significación laboral del ideario de una institución educativa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 142, 2010.

MARTÍN PARDO DE VERA, M.: «El tratamiento de los datos personales en los procesos de selección», *Datospersonales.org*, *La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº 9, 2004.

MARTÍN VALVERDE, A. et al: *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ-GIRALT, X.: «L'entorn: estímuls i obstacles per a la innovació», en AAVV, (coord. BUSOM, I.): *La situació de la innovació a Catalunya*, Centre d'Innovació i Desenvolupament Empresarial (CIDEM), Barcelona, 2006.

MARTÍNEZ FONTS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial», *Actualidad Laboral*, nº 42, 1994.

MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones Empresariales y Principio de Igualdad*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La edad máxima como límite para el acceso a la función pública», ref. BIB 2005\2009, Westlaw-Aranzadi.

MIGUÉLEZ, F.: «Presente y futuro del sindicalismo en España», en AAVV (dir. y coord. MIGUÉLEZ, F. y PRIETO, C.): *Las relaciones de empleo en España, Siglo XXI*, Madrid, 1999.

MOLERO MANGLANO, C.: «El derecho al honor y a la intimidad del trabajador», *Actualidad Laboral*, nº 21, 2001.

MOLINA NAVARRETE, C.: *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción social*, La Ley, Madrid, 2012.

MONDY, R.W. y NOE, R.M.: *Administración de Recursos Humanos*, 6ª ed., Prentice Hall Hispanoamericana, México, 1997.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: «Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 48, 2004.

MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.

MORENO CÁLIZ, S.: *Enfermedades profesionales. Un estudio de su prevención*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

MORENO GARCÍA, J.A.: «Informes de los detectives privados y prueba en el proceso», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº1, junio 2007.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, 2008.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La tutela antidiscriminatoria por razón de la discapacidad en el ordenamiento jurídico laboral», en AAVV (coord. BALLESTER PASTOR, M.A.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

OJEDA AVILÉS, A. e IGARTÚA MIRÓ, M.T.: «La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, 2008.

OLLEROS IZARD, M.: *El proceso de captación y selección de personal*, 2ª ed., Gestión 2000, Barcelona, 2001.

PANIZA FULLANA, M.A.: «Redes sociales, derechos de los usuarios y privacidad», *Datospersonales.org*, La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 41, 2009.

PEÑACOBIA RIVAS, E.: «Sobre la prueba de acoso sexual en procesos por despido», ref. BIB 2012\76, Westlaw-Aranzadi.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La reforma de la intermediación laboral en España», *Actualidad Laboral*, Tomo I, 2010.

PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho Comunitario», en AAVV (coord. RUIZ PÉREZ, E.): *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

PORRET GELABERT, M.: *Dirección y gestión de los recursos humanos en las organizaciones*, 6ª ed., Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005.

PUCHOL, L.: *Dirección y gestión de recursos humanos*, 6ª ed., Díez de Santos, Madrid, 2005.

PURCALLA BONILLA, M.A.: «Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico», ref. BIB 1997\1011, Westlaw-Aranzadi.

PURCALLA BONILLA, M.A.: «Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)», ref. BIB 2004\1522, Westlaw-Aranzadi.

PURCALLA BONILLA, M.A.: «Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal: comentario a la STSJ Cantabria de 14 de noviembre de 2005 (AS 2005\3000)», ref. BIB 2005\2635, Westlaw-Aranzadi.

PURCALLA BONILLA, M.A.: «La relación laboral de los profesores de religión en centros de enseñanza públicos», *Tribuna Social*, nº 208, 2008.

PURCALLA BONILLA, M.A.: «Responsabilidad social de las empresas. Del mito (o la moda) a las primeras realidades normativas», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24, 2011.

PURCALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Tratos preliminares y precontrato de trabajo: estado de la cuestión», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 142, 2009.

PURCALLA BONILLA, M.A. y JORDÁ FERNÁNDEZ, A.: *Las Relaciones Laborales en España hasta la Constitución de 1978*, Dykinson, Madrid, 2007.

PURCALLA BONILLA, M.A. y PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: «Los cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 31, 2012.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «El proceso de colocación: intervencionismo público e iniciativa privada», en AAVV (coord. ALARCÓN CARACUEL, M.R.): *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

RECIO, A.: «La segmentación del mercado laboral en España», en AAVV (dir. y coord. MIGUÉLEZ, F. y PRIETO, C.): *Las relaciones de empleo en España, Siglo XXI*, Madrid, 1999.

REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008.

RIESGO MÉNGUEZ, L.: *Selección de personal*, 2ª ed., Paraninfo, Madrid, 1990.

RIVAS VALLEJO, M.P.: *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

ROCA Y TRÍAS, E.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Outplacement, Head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo», en AAVV (coord. MONEREO PÉREZ, J.L.): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y la salud laboral: XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Universidad de Granada, Granada, 1996.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo», en AAVV (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V. y coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2011.

ROJAS, P.: *Reclutamiento y selección 2.0. La nueva forma de encontrar talento*, Editorial UOC, Barcelona, 2010.

ROQUETA BUJ, R.: «El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario», en AAVV (dir. BOIX REIG, J. y coord. JAREÑO LEAL, A.): *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010.

RUIZ-FRUTOS, C. et al: *Salud laboral: conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, 3ª ed., Masson, Barcelona, 2007.

SÁEZ LARA, C.: «Espacio y funciones de las agencias de recolocación», *Temas Laborales*, nº 170/2010.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: «Los derechos constitucionales del empresario», en AAVV (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V. y coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «Datos personales, datos profesionales y su tratamiento automatizado», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1995.

SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AAVV (dir. BORRAJO DACRUZ, E.): *Trabajo y libertades públicas*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.

SAMPER JUAN, J.: «La vigilancia de la salud laboral y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 1, 1999.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53, 2004.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *El precontrato de trabajo: régimen jurídico*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La preparación del contrato de trabajo», *Documentación Laboral*, nº 34, 1991.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)», *Aranzadi Social*, nº 14/2008.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi, Navarra, 2002.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», en AAVV (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V. y coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2011.

SERRA CRISTÓBAL, R.: «Mujer y doble discriminación», en AAVV (coord. FABREGAT MONFORT, G.): *Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de València*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Comares, Granada, 2009.

SIMÓN CASTELLANO, P.: «El encaje constitucional del derecho al olvido digital en perspectiva comparada», *Datospersonales.org*, La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 54, 2012.

SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La Política de Colocación*, Bomarzo, Albacete, 2006.

SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: «Régimen jurídico de las agencias de colocación»,
Temas Laborales, nº 110/2011.

TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de los datos personales de los
trabajadores. (Análisis del estado de la cuestión)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

TASCÓN LÓPEZ, R.: «El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno
de las redes sociales de Internet», *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de
Estudios Financieros*, nº 340, 2011.

TERWANGNE, C.: «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al
olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 13, 2012.

THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo
Blanch, Valencia, 2006.

TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Algunas propuestas de reforma del derecho del trabajo
como punto de partida para el diálogo social», ref. BIB 2009\664, Westlaw-Aranzadi.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma de la intermediación laboral», en AAVV (dir.
RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.): *La reforma del mercado de trabajo
y la Ley 35/2010*, La Ley, Madrid, 2011.