



## EDITORIAL

Aquest butlletí el dediquem a oferir-vos l'habitual ressenya legislativa, així com dos nous comentaris jurisprudencials. El primer, a càrrec d'Eva Comellas, es refereix a la **igualtat en l'accés pel torn de reserva de persones amb discapacitat**, mentre que el segon, de Jorge Pérez, tracta sobre el **registre de la jornada de treball**.

## LEGISLACIÓ

**DECRET LLEI 10/2019, DE 28 DE MAIG, DEL PROCEDIMENT D'INTEGRACIÓ DE CENTRES EDUCATIUS A LA XARXA DE TITULARITAT DE LA GENERALITAT** ([accés al text](#))

Preveu, entre d'altres, els casos d'integració a la xarxa de la Generalitat de centres educatius que són titularitat d'entitats locals. Pel que fa als aspectes de personal (art. 5), s'hi regula la seva integració. Es diferencien els casos de: personal laboral, que s'integra com a personal a extingir conforme a les normes de successió d'empresa; personal funcionari de carrera, que s'integra en places singulars del grup o subgrup de titulació corresponent; i personal funcionari interí, que passa a tenir vincle com a funcionari interí i a formar part de la borsa de treball de personal interí docent per prestar serveis en centres dependents del Departament d'Educació. Tot aquest personal només pot adquirir la condició de personal al servei de l'Administració de la Generalitat prèvia superació dels processos selectius corresponents.

**ORDRE TSF/116/2019, DE 7 DE JUNY, PER LA QUAL S'ESTABLEIX EL CALENDARI OFICIAL DE FESTES LABORALS A CATALUNYA PER A L'ANY 2020** ([accés al text](#))

Per a l'any 2020, a Catalunya s'hi estableixen 12 festes laborals. Es fixaran també, mitjançant una Ordre, dues festes locals, retribuïdes i no recuperables, a proposta dels ajuntaments.

## SENTÈNCIES

**LA IGUALTAT EN L'ACCÉS PEL TORN DE RESERVA DE PERSONES AMB DISCAPACITAT**

STS de 23 d'abril de 2019, recurs 3039/2016 ([accés al text](#))

Cometada per Eva Comellas

En el present supòsit el TS aplica la solució de les sentències de 19 de desembre de 2017, recurs 393/2017, i de 20 de desembre de 2017, recurs 480/2017, ambdues dictades amb interès cassacional objectiu, les quals **fixen com a doctrina que en els processos selectius consistents en concurs-oposició que contemplin diversos torns independents per a la provisió de places amb idèntiques funcions, la regla general serà la igualtat quant al nivell d'exigència, però el tracte diferent serà conforme al contingut essencial de l'art. 23.2 de la Constitució (CE) si obeeix a raons objectives i justificables en funció de les**

circumstàncies que concorrin en els integrants de cada torn, sempre que en termes de mèrit i capacitat el resultat final sigui el mateix nivell de competència al marge dels diferents torns.

Les esmentades sentències cassaven que no hi ha contradicció entre les anteriors del mateix TS de 2 de gener de 2014, recurs 195/2012, i de 18 de març de 2016, recurs 419/2015. Totes dues es van dictar amb relació a un mateix procés selectiu amb tres torns: lliure, promoció interna, i discapacitat. La STS de 2 de gener de 2014 va resoldre que els requisits de capacitat exigits en el torn de promoció interna han de ser els mateixos que els exigits en el torn lliure, en concret la nota de tall fixada amb l'objectiu de limitar l'accés dels aspirants a la fase de concurs. La STS de 18 de març de 2016 va arribar a la mateixa conclusió amb relació al torn de reserva per a persones amb discapacitat, afirmant el TS: "l'exigència constitucional de la igualtat imposa que en ambdós torns han de funcionar amb la mateixa autonomia i amb els mateixos criteris de qualificació o valoració aquelles dues fases en allò que tinguin en comú, i que així ha de ser mentre no afirmi i justifiqui l'Administració les raons per entendre convenient una altra solució".

La STS de 23 d'abril de 2019, objecte del present comentari, segueix el criteri decidit en cassació i per tant considera que l'Administració ha actuat correctament aplicant una mateixa nota de tall en el torn de reserva per a persones discapacitades i en el torn lliure. En concret, es qüestiona l'acord de la Comissió de selecció pel qual, en aplicació de les bases de la convocatòria, es va establir una fórmula correctora que transformava la puntuació obtinguda en un escalat proporcional però que acabava determinant una nota de tall més exigent. Com a conseqüència d'aquesta nota de tall la recurrent, que participava pel torn de persones discapacitades, va quedar exclosa.

La recurrent defensa que aplicar una nota de tall que incrementa el nombre d'exclusos desconeix la filosofia del torn de discapacitats, els quals haurien de competir només entre ells i no comparant-se amb el torn lliure. I sol·licita el plantejament de qüestió prejudicial davant del TJUE perquè entén que el criteri de les sentències del TS contradiu la STC 269/1994 i la *Directiva 2000/78/CE del Consell, de 27 de novembre de 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tracte en l'ocupació*. El TS no admet aquesta petició perquè no aprecia tal contradicció.

Tanmateix, cal fixar-se en la citada STC 269/1994. Entre altres qüestions, el TC afirmava que un cop demostrada la capacitat considerada mínima per desenvolupar les tasques, és respectuós amb la CE que les persones amb discapacitat obtinguin plaça pel torn de reserva encara que la seva nota o capacitat demostrada sigui inferior a la d'altres aspirants del torn lliure. Aquesta afirmació no és contrària a l'establiment de diferents nivells d'exigència o capacitat un cop superat el mínim necessari.

Hauria estat interessant conèixer l'opinió del TJUE. D'acord amb l'art. 2.b) de la *Directiva 2000/78/CE*, hi ha discriminació indirecta quan una disposició, criteri o pràctica aparentment neutres puguin ocasionar un desavantatge particular a unes persones respecte d'altres, excepte si aquella disposició, criteri o pràctica es poden justificar objectivament amb una finalitat legítima i els mitjans per a assolir-la són adequats i necessaris. D'altra banda, segueix dient aquest article, les organitzacions i empreses estan obligades, en virtut de la legislació nacional, a adoptar les mesures que siguin adequades per eliminar els desavantatges que suposen aquella disposició, criteri o pràctica. En virtut de l'existència de discriminació indirecta s'han adoptat mesures de discriminació positiva en l'accés a l'ocupació pública, per exemple en matèria de gènere (STJUE de 18 d'octubre de 2017, assumpte C-409/16, sobre l'alçada requerida a les dones per accedir als Cossos de la Policia Local, comentada en el [butlletí núm. 142](#) per Carolina Gala, i també en relació amb les dones, l'aplicació de diferents barems d'exigència en les proves físiques).

La interpretació de l'art. 23.2 CE que fa el TS en aquesta sentència, les bases de la convocatòria i la decisió de la Comissió de selecció podrien constituir, sota el meu punt de vista, criteris i pràctiques de discriminació indirecta, ja que posen obstacles a la cobertura de les places reservades més enllà del mínim de capacitat requerit. L'objectiu de les notes de tall o l'aplicació de fórmules correctores en les bases de la convocatòria no és altre que el de limitar el volum d'aspirants que en el torn lliure accedeixen a les successives proves. Són mesures anti massificació de les diferents fases del procés selectiu. Això es pot entendre perquè el gran volum d'aspirants genera uns costos elevats de gestió del procés, i no obstant el tall, les places en el torn lliure queden cobertes.

Ara bé, quin sentit té això en el torn de reserva de persones amb discapacitat, on són hi concorren menys aspirants i encara són menys els que aproven els processos selectius? És respectuós amb el principi d'igualtat que, malgrat haver demostrat la capacitat mínima requerida a la convocatòria, persones amb discapacitat quedin fora del procés perquè no assolixen la nota de tall pensada per al torn lliure amb l'objectiu, precisament, de reduir el nombre d'aspirants aptes? Concloure que l'art. 23.2 CE exigeix que totes les persones, malgrat l'existència de desigualtat, han de competir amb base a uns mateixos criteris que inclouen l'aplicació de fórmules correctores i notes de tall sense haver reflexionat sobre els efectes d'aquesta doctrina, és un exercici d'interpretació formal del Dret, que no material.

L'Administració està obligada a comptar amb, com a mínim, un 2% dels efectius de personal amb discapacitat. Mesures com la que valida el TS en aquesta sentència podrien ser qualificades de discriminació indirecta als ulls de la Directiva per a la igualtat d'oportunitats, encara més si les referim a les persones amb discapacitat intel·lectual. Veurem què n'opina el TJUE quan algun dia tingui l'oportunitat de pronunciar-s'hi.

## L'OBLIGACIÓ DEL REGISTRE DE LA JORNADA DE TREBALL EN EL CAS DEL PERSONAL LABORAL

STJUE de 14 de maig de 2019, assumpte C-55/18 ([accés al text](#))

Comentada per Jorge Pérez

La configuració del temps de treball com a condició que se subjecta als principis bàsics de l'ordenament laboral implica que la limitació de la jornada de treball esdevingui un mínim de dret necessari, indisponible per a les parts; i la seva vulneració ha de ser considerada com a infracció en matèria laboral mereixedora de la corresponent sanció administrativa. En definitiva, el dret a un treball digne i l'adequada protecció de la salut i la seguretat dels treballadors exigeixen que la normativa laboral estableixi una jornada màxima de treball -en l'actualitat, l'art. 34.1 del ET fixa el màxim en 40 hores setmanals en còmput anual- i que els excessos de jornada també es limitin per llei -l'art. 35.2 del mateix ET estableix un màxim de 80 hores a l'any- i tinguin, a tots els efectes, la consideració d'hores extraordinàries.

Un eficaç control dels esmentats límits quantitius establerts legalment, o aquells que la negociació col·lectiva pogués fixar dintre dels màxims legals, sembla que requereixi que el còmput de les hores de treball realitzades diàriament pel treballador s'hagi de reflectir d'alguna manera que permeti el seu posterior control per determinar si s'ajusta o no a les exigències legals o, si escau, convencionals. En aquest sentit, l'AN, en sentències de 4 de desembre de 2015 i 19 de febrer de 2016, havia interpretat que l'art. 35.5 ET, que estableix que "a l'efecte del còmput d'hores extraordinàries, la jornada de cada treballador s'ha de registrar cada dia i s'ha de totalitzar en el període fixat per al pagament de les retribucions", en realitat conté una obligació general de registre diari de la jornada de treball, ja que per tal que sigui possible determinar si se'n produeixen excessos, és condició necessària conèixer el nombre d'hores realitzades cada dia. En el mateix sentit s'havia pronunciat la *Dirección General de Empleo* en informes de 31 de juliol de 2014 i 1 de març de 2016 i la *Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social* a la Instrucció 3/2016.

No obstant, el TS, en sentències de la Sala Social de 23 de març i 20 d'abril de 2017 (casos "Bankia" i "Abanca") va resoldre, a diferència del criteri de l'AN, que en els estrictes termes del contingut de l'art. 35.5 ET s'havia d'interpretar que l'obligació de registre de la jornada de treball és únicament exigible quan es produeixen excessos. Per tant, quan es realitzen hores extraordinàries. L'alt tribunal empra en aquestes sentències -que compten amb interessants vots particulars de cinc magistrats de la Sala- arguments històrics, teleològics, sistemàtics i lògics, reforçant la interpretació a partir del tenor literal del precepte per concloure que no hi ha en el nostre ordenament laboral una obligació genèrica de registre diari de la jornada per part de l'empresa.

Davant aquesta tensa situació des del punt de vista jurídic, la Sala Social de l'AN, en haver de pronunciar-se sobre un nou assumpte relacionat amb aquesta matèria (cas "Deutsche Bank") el 19 de gener de 2018 va dictar una interlocutòria per sotmetre la qüestió al TJUE, a través d'una petició de decisió prejudicial. Un cop presentat l'informe de l'Advocat General, aquest tribunal va dictar sentència el passat 14 de maig. Cal assenyalar que només dos dies abans, el 12 de maig, havia entrat en vigor a Espanya la reforma de l'art. 34 ET introduïda pel *Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo*, que va afegir un apartat novè al precepte per exigir l'empresa que garanteixi "el registre diari de jornada, que ha d'incloure l'horari concret d'inici i

finalització de la jornada de treball de cada persona treballadora”. Així doncs, en el moment que el TJUE dicta sentència en aquesta matèria, ja hi havia una obligació genèrica de registre de jornada.

No obstant, la sentència europea no només confirma el sentit d'aquesta reforma introduïda pel *Real Decreto-ley 8/2019*, sinó que la blindava, des del punt de vista del dret comunitari, davant eventuais temptacions futures de reversió, de manera que podem afirmar que el registre de la jornada diària de treball és una obligació empresarial actualment a Espanya i que ho seguirà sent en el futur per exigència del mateix dret comunitari.

Aquesta sentència considera que el registre de la jornada de treball esdevé obligatori a la vista d'allò que disposen els arts. 3, 5 i 6 de la *Directiva 2003/88/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de novembre de 2003, relativa a determinats aspectes de l'ordenació del temps de treball*, interpretat a la llum de l'art. 31, apartat 2, de la *Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea* i dels arts. 4, apartat 1; 11, apartat 3; i 16, apartat 3, de la *Directiva 89/391/CEE del Consell, de 12 de juny de 1989, relativa a l'aplicació de mesures per promoure la millora de la seguretat i de la salut dels treballadors en el treball*. En aquest sentit, entén el tribunal, com ja ho va fer l'Advocat General a les seves conclusions, que ni l'empresa afectada ni el Govern espanyol han identificat de manera precisa i concreta els obstacles pràctics que podrien impedir els empresaris implantar, amb un cost raonable, un sistema que permeti computar la jornada laboral diària realitzada per cada treballador. Per tant, la implantació d'un sistema objectiu, fiable i accessible que permeti computar la jornada laboral diària realitzada per cada treballador forma part de l'obligació general que han de complir els Estats membres i els empresaris, prevista als arts 4, apartat 1, i 6, apartat 1, de la *Directiva 89/391/CEE*, de constituir una organització i els mitjans necessaris per protegir la seguretat i la salut dels treballadors.

En conseqüència, conclou que la normativa comunitària exposada anteriorment s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a una normativa d'un Estat membre que, segons la interpretació d'aquella normativa adoptada per la jurisprudència nacional, no imposa als empresaris l'obligació d'establir un sistema que permeti computar la jornada laboral diària realitzada per cada treballador. D'aquesta manera, l'obligació de registre de la jornada s'ha de considerar com a una exigència del dret comunitari europeu.