



EDITORIAL

Dediquem aquest butlletí a oferir-vos l'habitual ressenya legislativa, així com dos nous comentaris jurisprudencials. El primer, a càrrec de Carolina Gala, es refereix al **dret a mantenir un torn fix de treball per fer-se càrrec de descendents menors d'edat**, mentre que el segon, d'Eva Comellas, tracta sobre la **motivació exigible quan es produeix el cessament del personal funcionari que ocupa un lloc proveït per lliure designació**.

LEGISLACIÓ

RESOLUCIÓN DE 3 DE OCTUBRE DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, POR LA QUE SE PUBLICA LA RELACIÓN DE FIESTAS LABORALES PARA EL AÑO 2020 ([accés al text](#))

S'aprova la relació de festes laborals d'àmbit estatal, de les comunitats autònomes i de les ciutats de Ceuta i Melilla.

SENTÈNCIES

CONCILIACIÓ DE LA VIDA LABORAL I FAMILIAR: NO ES RECONeix EL DRET A MANTENIR UN TORN FIX DE TREBALL AMB LA FINALITAT DE FER-SE CÀRREC DELS FILLS MENORS D'EDAT

STJUE de 18 de setembre de 2019, assumpte C-366/18 ([accés al text](#))

Comentada per Carolina Gala

Un empleat que treballava en règim de torns (matí, tarda i nit) va sol·licitar prestar els seus serveis en un únic torn fix de matí, sense reducció de la jornada i del salari, per poder fer-se càrrec de la cura dels seus dos fills. L'empresa li ho va denegar.

El jutjat social que inicialment va conèixer del cas va plantejar una qüestió prejudicial davant el TJUE. Va preguntar si l'ET -aplicable al personal laboral de les entitats locals- s'oposa als arts. 8, 10 i 157 del *Tractat de Funcionament de la Unió Europea*, 3 del *Tractat de la Unió Europea*, 1 i 14.1 de la *Directiva 2006/54/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 5 de juliol de 2006, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat d'oportunitats i igualtat de tracte entre homes i dones en assumptes d'ocupació*, i a la *Directiva 2010/18/UE del Consell, de 8 de març de 2010, per la que s'aplica l'Acord marc revisat sobre el permís parental, celebrat per BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP i la CES, i es deroga la Directiva 96/34/CE*. I això pel fet de condicionar l'exercici del dret a conciliar la vida familiar i laboral a que, en tot cas, l'empleat redueixi la seva jornada ordinària de treball amb la consegüent reducció proporcional del seu salari (art. 37.6 ET), sense que es pugui acollir a un torn de treball fix mantenint la seva jornada ordinària (art. 34.8 ET).

El TJUE nega que hi hagi oposició amb els següents arguments:

a) L'Acord marc sobre el permís parental estableix disposicions mínimes per facilitar la conciliació de les responsabilitats familiars i professionals als empleats amb fills, respectant la legislació, els convenis col·lectius o els usos nacionals. Així mateix, l'apartat 1 de la clàusula 6 preveu que els Estats membres o els interlocutors socials han d'adoptar les mesures necessàries per vetllar perquè els empleats, en "reincorporar-se del permís parental", puguin demanar canvis en els seus horaris o règims de treball durant un període determinat de temps.

b) No obstant això, ni la Directiva 2010/18/UE ni l'Acord marc sobre el permís parental contenen cap disposició que permeti obligar els Estats membres, en el context d'una sol·licitud de permís parental, a concedir el dret a treballar amb un horari fix quan el règim de treball habitual és de torns amb un horari variable.

c) De l'anterior cal concloure que la Directiva 2010/18/UE s'ha d'interpretar en el sentit que no s'aplica a una normativa nacional com l'espanyola, que estableix el dret de l'empleat a reduir la jornada ordinària de treball per atendre la cura directa de menors o familiars al seu càrrec, amb una disminució proporcional del seu salari, sense que es pugui acollir, quan el seu règim de treball habitual és a torns amb un horari variable, a un horari fix mantenint la seva jornada ordinària de treball.

Tot i aquesta negativa, la rellevància d'aquesta sentència se situa precisament en el fet que, pocs mesos abans de ser dictada, es va aprovar el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que va modificar el text de l'art. 34.8 ET en un sentit clarament flexibilitzador i favorable a la conciliació de la vida laboral i familiar. Així, en el text vigent s'estableix que els empleats tenen dret a sol·licitar "les adaptacions de la durada i distribució de la jornada de treball, en l'ordenació del temps de treball i en la forma de prestació, inclosa la prestació del seu treball a distància, per fer efectiu el seu dret a la conciliació de la vida familiar i laboral". La manera d'exercir aquest dret s'ha de fixar en el corresponent conveni col·lectiu o, en absència de regulació convencional, s'ha d'obrir un procés de negociació entre l'empleat i l'empresa durant un període màxim de 30 dies. Un cop finalitzat aquest, l'empresa ha de comunicar l'empleat l'acceptació de la sol·licitud, li ha de plantejar una proposta alternativa que possibiliti les necessitats de conciliació, o bé li ha de manifestar la negativa al seu exercici (justificant objectivament dita negativa).

Al meu parer, amb aquesta nova redacció legal de l'art. 34.8 ET la solució a la qüestió plantejada en la sentència comentada podria ser diferent ja que, a diferència de la redacció anterior, si el conveni col·lectiu no estableix i desenvolupa una reformulació del temps de treball (inclosos canvis en els torns de treball) i de la manera de prestar serveis (teletreball) sense reduir la jornada de treball, l'empresa ha de negociar directament amb l'empleat afectat amb l'objectiu de fer possible la conciliació de la seva prestació de serveis amb la cura dels seus fills o familiars sense reduir la seva jornada i la seva remuneració.

En altres paraules, amb la nova regulació, si no s'aborda la qüestió de manera convencional -cosa molt freqüent-, l'empresa o entitat resta obligada a negociar directament amb l'empleat la possibilitat de mantenir-se en un torn de treball fix i, si escau, motivar -per causes objectives, de caràcter organitzatiu o productiu- una negativa. Amb la nova redacció, doncs, s'avança sens dubte en el reconeixement del dret de conciliació de la vida laboral i familiar dels empleats.

No es pot oblidar, finalment, cal reiterar-ho, que l'esmentat art. 34.8 ET, és aplicable al personal laboral de les entitats locals.

EL CESSAMENT EN LLOCS DE TREBALL PROVEÏTS PER LLIURE DESIGNACIÓ

STS de 19 de setembre de 2019, recurs 2740/2017 ([accés al text](#))

Comentada per Eva Comellas

En aquesta sentència es tracta la següent qüestió d'interès cassacional objectiu: determinar quin és el contingut del deure de motivació exigible en les resolucions administratives que acorden el cessament de personal funcionari públic en llocs de lliure designació i si, a aquest efecte, resulta extensible la doctrina jurisprudencial establerta per a la seva provisió.

Afirma el Tribunal, en síntesi, el següent:

- a) Qui ocupa un lloc mitjançant lliure designació té un mer interès en la seva permanència i no un dret a la inamovibilitat en el lloc, cosa que només es pot atribuir al concurs de mèrits.
- b) El funcionari cessat té dret a saber per què les raons d'oportunitat, basades en la confiança i idoneïtat apreciades per al lloc, ja no hi concorren o, si hi concorren, quina altra circumstància objectiva determina la pertinença del cessament.
- c) La raó o raons del cessament no es poden enjudiciar en allò que tenen de lliure apreciació. Però s'han d'explicitar de manera concreta, amb relació als requeriments del lloc o les exigències d'idoneïtat professional que van dur a l'elecció del candidat o candidata.

Amb base a l'anterior, com que en el cas concret no s'han explicitat les causes del cessament, el Tribunal condemna l'Administració a que dicti un acte en què exposi la causa del cessament.

És indiscutible que d'acord amb l'art. 35.1.i) de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, s'han de motivar els actes que es dicten en exercici de potestats discrecionals. La motivació fa efectiu el dret de defensa de la persona que rep les conseqüències de la decisió administrativa, ja que conèixer els motius que fonamenten l'acte administratiu és condició necessària per poder-los impugnar. Per això la motivació no ha de ser merament formal (referida al procediment i a l'òrgan), sinó que ha d'explicar les raons de la decisió material. Aquesta teoria ha evolucionat molt significativament els últims anys en matèria d'accés a l'ocupació pública. I també en matèria de provisió de llocs de treball per lliure designació, ja que per evitar l'arbitrarietat la jurisprudència exigeix que l'acte d'elecció del candidat es motivi fent ben visibles les raons i els criteris essencials o fonamentals pels quals ha sigut preferit un candidat per sobre d'altres, sempre d'acord amb els principis de mèrit i capacitat. Per això s'han d'identificar els mèrits considerats prioritaris per decidir la preferència determinant del nomenament. I el control judicial ha de poder avaluar amb suficiència les dades i raons que van motivar la decisió.

En la sentència comentada el Tribunal conclou que les causes del cessament no són avaluable judicialment en allò que tenen de lliure apreciació, i amb aquesta decisió podria estar perjudicant els principis de mèrit i capacitat igual que si no s'avaluessin les causes en l'acte d'elecció. Però a l'apartat 4 del fonament de dret 10è també afirma que l'Administració ha d'explicitar la causa del cessament i que ho ha de fer en termes susceptibles de control.

Per tant, el Tribunal admet el control judicial dels motius del cessament en la lliure designació, tot i respectar els marges de flexibilitat que té l'Administració per valorar-los. I és que mitjançant el sistema de lliure designació es proveeixen els llocs directius i els de més responsabilitat de la carrera administrativa, són els més crítics en la presa de decisions directives i tècniques i per això no poden quedar desprotegits davant una decisió arbitrària, no només en la forma sinó també en el fons.

Per aquest motiu és insuficient la decisió del Tribunal de no restituir el funcionari cessat en el seu lloc de treball al·legant que la lliure designació no comporta un dret de permanència en el lloc. La inexistència del dret a la permanència en el lloc és el que permet precisament el cessament discrecional del funcionari. Però no justifica que se l'aparti del seu lloc de treball sense motiu o amb motius clarament insuficients.

Qualsevol administrat ha de poder ser restituit en els seus drets quan hagi estat víctima d'una decisió administrativa injustificada, mancada de motivació i fonament, arbitrària o desviada. Per tant, la decisió de l'Administració hauria de ser anul·lada si un cop explicitats els motius del cessament -primera obligació que imposa el Tribunal-, aquests resulten clarament insuficients, o en paraules del TS, les raons es limiten a expressions opaques, estandarditzades, que puguin encobrir una intenció patològica per falsa, capritxosa o aliena als requeriments del lloc o a les exigències d'idoneïtat professional que van portar a l'elecció del candidat.