



EDITORIAL

Dediquem aquest butlletí a oferir-vos l'habitual ressenya legislativa, així com dos nous comentaris jurisprudencials. El primer, a càrrec d'Eva Comellas, es refereix a les **convocatòries per a llocs que es cobreixen en comissió de serveis**, mentre que el segon, de Jorge Pérez, tracta sobre els **triennis dels treballadors fixos discontinus**.

LEGISLACIÓ

REAL DECRETO-LEY 18/2019, DE 27 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE ADOPTAN DETERMINADAS MEDIDAS EN MATERIA TRIBUTARIA, CATASTRAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL ([accés al text](#))

Els imports del topall màxim i de la base màxima de cotització en el sistema de Seguretat Social (art. 7) seran aquells establertes a l'art. 3 del [Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo](#). Es prorroga (DA 2a) el que disposa en matèria de cotització la [Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019](#), en tot allò que no s'oposi a aquest Real Decreto-ley. En aquest mateix sentit, es prorroga (DA 5a) el termini de vigència del [Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019](#) fins que no s'aprovi la norma que fixi el salari mínim interprofessional per a l'any 2020.

ORDEN EFP/1241/2019, DE 19 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECE LA EQUIVALENCIA GENÉRICA DEL EMPLEO DE POLICÍA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y DE LOS CUERPOS DE POLICÍA LOCAL AL TÍTULO DE TÉCNICO CORRESPONDIENTE A LA FORMACIÓN PROFESIONAL DEL SISTEMA EDUCATIVO ([accés al text](#))

Tots els candidats que obtinguin el nomenament com a personal funcionari de carrera de Polícies de comunitats autònomes o dels Cossos de policia local obtindran l'equivalència genèrica al títol de Tècnic corresponent a la **Formació Professional del sistema educatiu**, a efectes acadèmics i d'accés a l'ocupació pública i privada (arts. 1 i 2), d'acord amb els requisits i procediment que s'hi estableix.

SENTÈNCIES

CONVOCATÒRIA PER COBRIR LLOCS DE TREBALL EN COMISSIÓ DE SERVEIS

STS de 24 de juny de 2019, recurs 1594/2017 ([accés al text](#))

Comentada per Eva Comellas

El TS determina que, en aplicació de l'art. 81.3 EBEP, és imprescindible que la cobertura de llocs de treball en comissió de serveis vagi precedida d'una **convocatòria pública**, quan en canvi no consta l'existència de normes d'aplicació que

assenyalin un termini específic per procedir a tal convocatòria.

El TS fonamenta així aquesta decisió:

a) La comissió de serveis es regula dins de la mobilitat funcional (art. 81.3 EBEP), figura diferent al règim de provisió de llocs de treball (art. 78.2 EBEP).

b) L'exigència de convocatòria pública es dedueix de la literalitat del precepte.

c) La regulació bàsica -art. 81.3 EBEP- es limita a una modalitat de comissió de serveis -la que ve exigida per existència de places vacants d'urgent i inajornable necessitat-, al seu caràcter potestatiu, al fet que hi hagi convocatòria pública i a la possibilitat que es fixi un termini per a la seva cobertura transitòria. Si en la normativa de desenvolupament de la legislació bàsica no es fixa un termini concret, aquest serà determinat per l'Administració en atenció a les necessitats urgents, és a dir, en funció de quant temps pot estar la plaça sense ser servida fins que s'ofereixi en comissió de serveis.

El TS no desenvolupa ni argumenta cap d'aquests fonaments.

En primer lloc, dona per fet que la mobilitat és una figura diferent de la provisió de llocs de treball pel simple fet que estan regulades en dos articles diferents (que tanmateix es regulen sota el mateix capítol de l'EBEP). A més, limita l'abast de l'art. 81.3 EBEP a la comissió de serveis voluntària per cobertura de vacants, quan això no ho diu la literalitat de l'article ni es pot deduir del seu context normatiu, ja que el precepte fa referència a l'adscripció provisional, sense excloure la que s'acordi forçosament ni altres tipologies diferents a la comissió de serveis. Tampoc explica en què consisteix la diferència entre els art. 78.2 -concurs de mèrits i lliure designació- i 81.3 si a ambdós els aplica la mateixa regla, és a dir, l'adscripció mitjançant prèvia convocatòria pública.

El motiu decisiu és per tant la literalitat de l'article. Però aquesta admet altres lectures. D'acord amb l'art. 3.1 del *Código Civil*, les normes s'han d'interpretar segons el sentit propi de les seves paraules, amb relació al context, els antecedents històrics i legislatius i la realitat social del temps en què han de ser aplicades, atenent fonamentalment al seu esperit i finalitat. En el sistema espanyol de funció pública la comissió de serveis ha estat des de sempre concebuda per donar solució a una situació extraordinària, i precisament perquè no s'apliquen els principis de l'art. 23.2 de la *Constitución*, el legislador requereix que hi concorri urgència, que s'acordi amb una durada estrictament temporal i que es procedeixi a la provisió definitiva del lloc de treball mitjançant convocatòria pública dins d'aquella durada màxima.

Tampoc té sentit que el TS afirmi que si la normativa no fixa el termini de convocatòria prèvia, ho ha de fer l'Administració en funció del temps que consideri que el lloc pot estar sense cobrir. Aquesta solució es contradiu amb la literalitat de l'EBEP, que requereix urgència i inajornabilitat en la comissió de serveis. La normativa no fixa un termini de convocatòria prèvia pel simple fet que aquesta convocatòria no existeix en el nostre ordenament jurídic. El que sí preveu la normativa és que es pugui actuar amb celeritat quan hi ha aquesta necessitat de prestació del servei públic, mitjançant una decisió directa i immediata.

El motiu real de la decisió del TS el trobem en el fonament 5è de la sentència, on manifesta que l'exigència de convocatòria prèvia és coherent amb el principi d'igualtat en l'accés al desenvolupament de càrrecs i funcions públiques, per així evitar tractes preferents en benefici de la carrera professional del funcionari o funcionària comissionat. El TS vol limitar amb aquesta sentència el mal ús de la comissió de serveis en la gestió pública, però aquesta és una qüestió social, que no jurídica, i en qualsevol cas també està subjecta a control jurisdiccional.

Per a més inri, la convocatòria prèvia que instaura el TS tampoc garanteix l'objectiu perseguit. En primer lloc, perquè no s'exigeix l'existència d'un procediment administratiu amb les formalitats i garanties necessàries -només cal un anunci-, i en segon lloc perquè no atén als principis constitucionals de mèrit i capacitat ja que únicament s'ha de comprovar que l'eventual adjudicatari compleix els requisits per ocupar el lloc i que té idoneïtat. Per tant, ens endinsa en un nou món d'incertesa jurídica que promet múltiples contenciosos. Probablement serà el mateix TS que, a cop de sentència, vagi regulant aquest nou tràmit, ocupant l'espai del legislador, de manera similar a com ja ha passat amb altres institucions jurídiques del sistema de funció pública.

CÀLCUL DEL COMPLEMENT D'ANTIGUITAT (TRIENNIS) DELS TREBALLADORS FIXOS DISCONTINUS

ITJUE de 15 d'octubre de 2019, assumptes acumulats C-439/18 i C-472/18 ([accés al text](#))

Comentada per Jorge Pérez

Una qüestió plantejada i llargament debatuda en l'àmbit del dret espanyol és la de com s'ha de computar l'antiguitat, a efectes retributius, dels treballadors fixos discontinus, és a dir, aquells que segons el que disposa l'art.16 ET presten serveis en una determinada temporada de l'any i aquests treballs no es repeteixen en dates certes, dintre del volum normal d'activitat de l'empresa o ens públic. Es tracta, per tant, d'una relació laboral de caràcter indefinit, però amb la peculiaritat que no presten serveis tots els dies laborables de l'any sinó només quan es troben en el període d'activitat, és a dir, els afectats per la temporada en què l'empresa emmarca el desenvolupament efectiu de les esmentades relacions laborals.

En conseqüència i d'acord amb aquest plantejament, l'art. 16 ET exigeix que la crida als treballadors fixos discontinus es dugui a terme en l'ordre i la forma que es determini en els respectius convenis col·lectius. El treballador pot, en cas d'incompliment, reclamar en procediment d'acomiadament a la jurisdicció social, iniciant-se el termini per a la reclamació des del moment que tingués coneixement de la manca de convocatòria. Així, els treballadors fixos discontinus tenen, en un mateix any natural, períodes d'activitat i d'inactivitat, el que es reflecteix en l'obligació d'alta i cotització en el corresponent règim de la Seguretat Social, i es troben en situació legal d'atur durant els períodes d'inactivitat en aplicació de l'art. 267.1.d) LGSS.

Una de les múltiples controvèrsies que ha suscitat aquesta figura és la relacionada amb el còmput de l'antiguitat a tots els efectes, i molt especialment allò relatiu als seus drets retributius. En aquest sentit, en el nostre dret intern se sostenia que la generació dels complements retributius relacionats amb l'antiguitat dels treballadors fixos discontinus s'havia de considerar a partir dels seus períodes d'activitat, ometent en aquest càlcul aquells en què el treballador fix discontinu no està en període d'activitat, no presta serveis i, en conseqüència, no pot ser creditor de drets retributius ni figura en alta en la Seguretat Social.

Doncs bé, el TJUE conclou que aquesta pràctica és discriminatòria, perquè tracta de manera desigual dos col·lectius que, des del punt de vista del contingut de la *Directiva 97/81/CE del Consell, de 15 de desembre de 1997, relativa a l'Acord Marc sobre el treball a temps parcial conclòs per la UNICE, el CEEP i la CES*, i 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*, s'haurien de sotmetre, sense cap excepció, al principi d'igualtat de tracte. Aquests dos col·lectius són els treballadors amb relacions laborals a jornada completa i aquells que ho fan a temps parcial, atès que el treball fix discontinu és, en definitiva, una especialitat d'aquesta segona modalitat contractual.

El cas plantejat és el de diverses treballadores de l'*Agencia Española de Administración Tributaria* (AEAT) els contractes de les quals tenen la naturalesa de fixos discontinus, establint-se el període d'activitat en funció de les campanyes que l'Administració tributària espanyola estableix per a l'IRPF. Aquestes treballadores entenen que, als efectes del càlcul dels seus respectius complements d'antiguitat, determinats a partir dels triennis acreditats per cadascuna d'elles, s'ha de computar la totalitat del temps transcorregut des de l'inici de cadascuna de les relacions laborals i no, com fa l'AEAT, únicament aquells períodes en què efectivament han prestat serveis, en el marc de les temporades d'activitat derivades de les campanyes de l'IRPF.

La qüestió se suscita davant el TSJ de Galícia, que l'eleva al TJUE perquè entén, d'una banda, que podria estar-se vulnerant el principi *pro rata temporis* en el càlcul dels complements d'antiguitat d'aquestes treballadores i, de l'altra, que podríem estar davant d'un supòsit de discriminació indirecta per raó de sexe, en ser dones la majoria de les afectades per aquesta pràctica restrictiva. El TJUE resol que el còmput del temps de treball, als efectes de determinar els drets d'un treballador a la retribució corresponent al complement d'antiguitat, s'ha d'efectuar respecte de tot el temps transcorregut des de l'inici de la relació laboral i no només sobre els períodes d'activitat, atès que això últim constituïria una vulneració del contingut de la normativa europea citada.

Ens trobaríem, per tant, davant d'una vulneració injustificada del principi d'igualtat de tracte, en valorar de manera diferent el temps de permanència a l'empresa d'un treballador que té una relació laboral a jornada completa i el d'un altre que duu a terme la seva activitat en qualitat de fix discontinu. En conseqüència, el principi de no-discriminació entre treballadors a temps parcial

i a temps complet exigeix que la durada de l'antiguitat tinguda en compte per determinar la data d'adquisició per percebre el complement -trienni, en aquest cas- es calculi per al treballador a temps parcial com si hagués ocupat un lloc a temps complet, prenent íntegrament en consideració els períodes no treballats.

En definitiva, el TJUE declara que la clàusula 4, punts 1 i 2, de l'Acord Marc sobre el Treball a Temps Parcial, celebrat el 6 de juny de 1997, que figura a l'annex de la *Directiva 97/81/CE*, així com l'art. 14, apartat 1, de la *Directiva 2006/54/CE*, s'han d'interpretar en el sentit que s'oposen a una normativa i a una pràctica empresarial nacionals com les controvertides als litigis principals, conforme a les quals, en el cas dels treballadors fixos discontinus, només es computen, a efectes del càlcul de l'antiguitat requerida per poder percebre triennis en concepte de complements retributius, els períodes efectivament treballats, excloent-hi per tant aquells en què no s'ha treballat, mentre que aquesta normativa i aquesta pràctica no s'apliquen en el cas dels treballadors a temps complet.

Cal recordar que el TS ha adoptat expressament el criteri del TJUE a la seva [sentència de 19 de novembre de 2019, recurs 2309/2017](#).