



## EDITORIAL

Trobareu en aquest butlletí l'habitual ressenya legislativa, així com dos comentaris jurisprudencials. El primer, a càrrec de Carolina Gala, es refereix a l'excedència per cura de familiars, mentre que el segon, de Jorge Pérez, tracta sobre el canvi de doctrina del TS respecte dels contractes d'interinitat abusius arran de l'última jurisprudència del TJUE.

## LEGISLACIÓ

REAL DECRETO 636/2021, DE 27 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO PARA EL AÑO 2021 ([accés al text](#))

La regulació és força similar a la continguda en ofertes d'ocupació pública d'altres anys. Us en destaquem el següent:

- S'hi inclouen les places de les Escales de Funcionaris d'Administració Local amb Habilitació de caràcter nacional (arts. 1.3 i 2.5, en relació amb l'annex IV).
- Els òrgans qualificadors han d'actuar conforme el principi de transparència, en les actes de les seves reunions cal deixar constància de tots els acords que afectin les qualificacions i cal que difonguin, amb anterioritat a la realització de cada prova, els criteris generals i aspectes a considerar en la valoració que no figurin a les bases de les convocatòries (art. 3.11).
- Aquelles corporacions locals que aprovin la corresponent oferta pública d'ocupació han de remetre els acords aprovatoris a l'Administració General de l'Estat (DA 1a).
- Les administracions públiques poden convocar, sense que computin a efectes de taxa de reposició, places de personal declarat indefinit no fix per sentència judicial (DA 3a).
- Es poden acumular places autoritzades en diferents normes, en una sola convocatòria (DA 4a).
- Les relacions de l'AGE amb els participants a les convocatòries s'ha d'instrumentar per mitjans electrònics (art. 2, apartats 14 i 15), d'acord amb el *Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo*.

RESOLUCIÓ SLT/2704/2021, DE 2 DE SETEMBRE, PER LA QUAL ES PRORROGUEN I ES MODIFIQUEN LES MESURES EN MATÈRIA DE SALUT PÚBLICA PER A LA CONTENCIÓ DEL BROT EPIDÈMIC DE LA PANDÈMIA DE COVID-19 AL TERRITORI DE CATALUNYA ([accés al text](#))

Us en destaquem l'apartat 4, sobre mesures relacionades amb la prevenció i higiene en centres de treball. Se segueix recomanant el foment de l'ús del teletreball quan per la naturalesa de l'activitat laboral sigui possible.

# SENTÈNCIES

## ABAST DE L'EXCEDÈNCIA PER CURA DE FAMILIARS QUAN EL FILL TÉ MÉS DE TRES ANYS

STS de 5 de febrer de 2021, recurs 2102/2018 ([accés al text](#))

Comentada per Carolina Gala

En aquesta sentència el TS aborda una matèria que, fins ara, s'havia donat moltes vegades per suposada: l'abast de la tasca de cura que permet accedir a l'excedència per cura de familiars, regulada al paràgraf 2n de l'art. 46.3 ET (o en el paràgraf 2n de l'art. 89.4 EBEP per al cas de personal funcionari públic).

El supòsit de fet és el següent: una treballadora, mare divorciada amb un fill de nou anys, va sol·licitar l'excedència per cura d'un fill per un termini d'un any. L'empresa la hi va denegar en considerar que no complia els requisits, sens perjudici que pogués sol·licitar una excedència voluntària. La treballadora va aportar a la seva petició un informe del director del centre escolar del seu fill on es feia constar que aquest necessitava una major atenció a casa per poder millorar la seva situació. El debat se centra a determinar si l'excedència per cura de familiars inclou el cas d'un fill de nou anys a qui li cal ajuda escolar per superar el curs.

La resposta de TS és negativa, fonamentant-se en els següents motius:

a) Cal diferenciar l'excedència per cura de fills del 1r paràgraf de l'art. 46.3 ET de l'excedència per cura de familiars del paràgraf 2n de el mateix article. La primera és un dret que s'ostenta durant un màxim de tres anys per atendre la cura de cada fill, a comptar des de la data del seu naixement, i no s'exigeix cap requisit addicional. En canvi, l'excedència per cura de familiars, a banda de tenir una durada diferent (un màxim de dos anys, llevat que per negociació col·lectiva s'estableixi una durada major), requereix que el familiar, per raons d'edat, accident, malaltia o discapacitat, no es pugui valer per si sol i, a més, no exerceixi cap activitat retribuïda. S'exigeix, per tant, que el familiar (fins al segon grau de consanguinitat o afinitat) compleixi necessàriament tots dos requisits de manera acumulativa.

b) Aquests dos requisits impedeixen reconèixer l'excedència per cura de familiars en aquest supòsit, en tractar-se d'un fill de nou anys a qui li cal ajuda escolar per tal de no repetir curs. I això perquè no és fàcil encaixar la necessitat d'ajuda escolar en l'expressió que el familiar "no pugui valer-se per si sol", llevat que es desvirtui i eixampli indegudament aquesta expressió.

I, d'altra banda, tampoc és raonable interpretar, basant-se en la referència a l'"edat" que es fa a l'excedència per cura de familiars, que tots els fills majors de tres anys (als menors se'ls aplica sempre l'excedència per cura de fills), sense excepció, no poden valer-se per si sols. És cert que tots els menors d'una determinada edat no poden valer-se per si sols en el sentit que necessiten atencions i la llei obliga els seus progenitors a prestar-les. Però no sembla que sigui aquest el sentit que es vol donar a l'edat, com a raó de la impossibilitat de valer-se per si sol, en l'excedència per cura de familiars. Si es fes aquesta interpretació seria tant com dir que tots, o gairebé tots, els fills majors de tres anys podrien donar dret a una segona excedència, afegida a la potencialment ja causada fins als tres anys, perquè per raons d'edat no poden valer-se per si sols. No es pot entendre que sigui aquesta la voluntat de la llei quan ha limitat fins als tres anys l'excedència per cura de fills. L'edat, respecte dels fills, es contempla a l'art. 46.3 paràgraf 1r, fixant, en cas de naixement, una determinada edat màxima, per la qual cosa no sembla raonable interpretar que el paràgraf 2n de l'art. 46.3 eximeix d'aquest límit d'edat per al cas dels fills. Una altra cosa és que la raó per atendre la cura d'un fill major de tres anys sigui, no merament l'edat, sinó les restants causes enunciades en l'esmentat precepte, és a dir, un accident, malaltia o discapacitat; i aleshores escauria la cura del fill que podria inserir-se en el concepte d'excedència per cura de familiars.

c) També cal tenir present que de l'exposició de motius de la *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, la qual va introduir la figura de l'excedència per cura de familiars a l'ET, es dedueix que la referència a l'edat es vinculava a la impossibilitat de valer-se per si sol, circumstància que no es donaria en el cas plantejat.

A tot això cal afegir que el segon requisit de l'excedència per cura de familiars (no exercir una activitat retribuïda) confirma la interpretació realitzada, ja que l'art. 46.3 parteix de la idea de dur a terme o no una activitat retribuïda i en el supòsit dels menors de setze anys en cap cas poden desenvolupar una activitat retribuïda legalment.

d) La mateixa solució s'ha adoptat, per part de la Sala Tercera del TS, en relació amb els apartats d) i e) de l'art. 356 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que tenen una redacció pràcticament idèntica a la de l'art. 46.3 ET (paràgrafs 1r i 2n).

e) Aquesta interpretació de l'art. 46.3, paràgraf 2n, no contradiu les directives comunitàries sobre conciliació de la vida familiar i laboral, ja que les directives no tenen efecte directe horitzontal, de manera que "ni tan sols una disposició clara, precisa i incondicional d'una directiva que té per objecte conferir drets o imposar obligacions als particulars pot aplicar-se com a tal en el marc d'un litigi que afecta exclusivament particulars" (entre d'altres les SSTJUE, de 6 de novembre de 2018, C-569/16 i 570/16 i C-684/16), i amb independència de l'evident marge de disposició que tenen els Estats per transposar les directives, no sembla que les previsions de l'art. 46.3 plantegin cap problema de compatibilitat amb les esmentades directives, els permisos de les quals, com a mínim el de paternitat i el parental, es relacionen més aviat amb les causes de suspensió del contracte de treball per naixement de fill i causes similars de l'art. 48.4 i concordants de l'ET.

Al marge que es puguin compartir o no els arguments de TS, no hi ha dubte que la interpretació que fa a aquesta sentència restringeix, de manera important, les possibilitats d'accedir a l'excedència per cura de familiars en el cas dels fills majors de tres anys, ja que en aquest supòsit només serà possible acudir-hi quan, a més, aquest fill estigui malalt o hagi patit un accident o tingui declarada una discapacitat i, com a conseqüència d'això, no sigui capaç de valer-se per si sol. Aquesta tesi, no podem oblidar-ho, també podria traslladar-se a la reducció de la jornada per cura de familiars que regula el paràgraf 2n de l'art. 37.6 ET, que té una redacció pràcticament idèntica. Òbviament, també podria traslladar-se aquesta interpretació a allò que preveu, en ambdues matèries, l'EBEP, que segueix la mateixa lògica. I, en fi, igualment cal tenir present que la solució adoptada per a aquesta sentència pot suposar un límit a les possibilitats de conciliació de la vida familiar i laboral de les persones treballadores, ja que es fa difícil pensar que les cures que necessita un menor fins els tres anys justifiquen el dret a una excedència sense requisits addicionals i, un cop compleix els tres anys, les atencions que segueix necessitant -que, sens dubte, són molt semblants i variades, com a mínim durant uns anys- deixen de justificar automàticament una situació d'excedència. És una qüestió complexa.

## CONCRECIÓ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREM SOBRE CONTRACTACIÓ ABUSIVA DEL PERSONAL INTERÍ A LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES DESPRÉS DE LA SENTÈNCIA DEL TJUE DE 3 DE JUNY DE 2021

STS de 22 de juliol de 2021, recurs 543/2019 ([accés al text](#))

Comentada per Jorge Pérez

El TS resol el recurs de cassació per a la unificació de doctrina interposat per una administració autonòmica en relació amb una empleada pública amb la qual va subscriure un contracte d'interinitat per vacant. En concret, la treballadora va prestar serveis des del dia 2 de maig de 2000 amb un contracte d'aquesta naturalesa vinculat a l'oferta d'ocupació pública corresponent a l'any anterior. Nou anys després es va iniciar un procés de consolidació d'ocupació que no va ser resolt fins el 2016, el que va suposar l'extinció del contracte de la recurrent en haver-se cobert la vacant que ocupava. En definitiva, va ocupar aquest lloc durant més de setze anys amb un contracte de naturalesa temporal com és el d'interinitat.

La treballadora va demandar judicialment l'administració autonòmica i va resultar que, en segona instància, el TSJ va considerar procedent la indemnització de vint dies de salari per any de servei aplicant la doctrina de la STJUE assumpte C-677/19 (Montero Mateos) per l'expressió de contractes de durada "inusualment llarga". Recordem que en l'esmentada sentència europea el Tribunal va considerar que la treballadora no podia conèixer, en el moment que es va celebrar el seu contracte d'interinitat, la data exacta de provisió amb caràcter definitiu del lloc que ocupava en virtut d'aquest contracte, ni saber que aquest tindria una durada inusualment llarga. No obstant això, havent finalitzat el contracte com a conseqüència de la desaparició de la causa que havia justificat la seva celebració, correspon al jutge nacional examinar si, tenint en compte la imprevisibilitat de la finalització del contracte i de la seva durada, inusualment llarga, pertoca requalificar-lo com a contracte fix.

És especialment rellevant en el cas que ens ocupa que el TS pren en consideració, per primera vegada, la STJUE de 3 de juny de 2021, assumpte C-726/19 (comentada en l'anterior [Butlletí número 160, de juliol de 2021](#)) que fa referència a un assumpte molt similar i resol qüestions rellevants en relació amb l'adequació de la legislació espanyola a la *Directiva 1999/70/CE*, especialment a les clàusules 1 i 5 de l'Acord Marc, sobre el treball de durada determinada que hi figura com Annex. Recordem que aquesta recent sentència europea va concloure que la normativa espanyola contravé l'esmentat Acord Marc ja que permet, a l'espera de la finalització dels processos selectius iniciats per cobrir definitivament les places vacants de treballadors en el sector públic, la renovació de contractes de durada determinada, sense indicar un termini precís de finalització d'aquests processos, i, alhora, prohibeix tant l'assimilació d'aquests treballadors a personal "indefinit no fix", com la concessió d'una indemnització. Per tant, la nostra normativa no inclou cap mesura destinada a prevenir i, si escau, sancionar la utilització abusiva de successius contractes de durada determinada. Finalment, el TJUE va descartar que consideracions purament econòmiques, relacionades amb la crisi econòmica de 2008, puguin justificar la inexistència d'aquestes mesures.

A la STJUE de 3 de juny de 2021 s'afirmava que, d'acord amb la jurisprudència de TS, s'exclou que un contracte d'interinitat pugui ser requalificat com a relació laboral indefinida no fixa, ja que ni la celebració de successius contractes d'interinitat ni la pròrroga d'aquests contractes, que tenen per efecte prorrogar la relació laboral durant un període que pot arribar a ser de vint anys, es consideren abusives. Afirmava també el TJUE que el TS considera que el termini previst en l'art. 70 EBEP no constitueix una garantia inamovible ni té caràcter automàtic, i que aquest termini es podria prorrogar *sine die* per diverses causes i, en particular, com a conseqüència de la greu crisi econòmica de l'any 2008. Doncs bé, el TS respon ara que mai ha estat aquesta la seva doctrina, que ara concreta i aclareix, en relació amb l'eventual abús de la contractació d'interinitat; i la resumeix de la següent manera:

a) El termini de tres anys a què es refereix l'art. 70 EBEP no es pot entendre, amb caràcter general, com una garantia inamovible, ja que pot succeir que la temporalitat del contracte es desnaturalitzi amb anterioritat, o bé que es donin circumstàncies específiques que evitin el seu caràcter automàtic. La STJUE de 5 de juny de 2018, assumpte C-667/16, avala que un contracte d'interinitat, en determinades circumstàncies que ha de comprovar el tribunal nacional, pugui durar més de tres anys. Així doncs, el que determina la conducta fraudulenta de l'ocupador no és únicament la durada "inusualment llarga" del contracte, sinó que aquesta durada sigui "injustificada" per no tenir suport legal en les circumstàncies pròpies de cada cas. En aquest sentit, el TS insisteix en les especials circumstàncies que es van donar després de la crisi econòmica de 2008 a Espanya, que van afectar severament la despesa pública i van justificar que no es cobrissin places ocupades per personal interí.

b) El TS considera que la seva doctrina ha estat sempre plenament respectuosa amb l'ordenament de la Unió Europea, en especial amb la *Directiva 1999/70/CE*, i que reiteradament ha considerat fraudulenta la situació d' un empleat públic amb una relació laboral de durada determinada durant un període de temps inusualment llarg, exercint de forma constant i continuada les mateixes funcions, com a conseqüència de l'incompliment injustificat per part de l'ocupador de la seva obligació legal d'organitzar un procés selectiu a l'objecte de proveir definitivament la plaça vacant. En aquestes circumstàncies, ha entès des de fa temps que la situació així creada constitueix un abús de dret en la contractació temporal que deslegitima el contracte inicialment vàlid en convertir l'objecte del contracte en una activitat que, per l'extens període de temps transcorregut, calia haver incorporat a les tasques habituals de l'Administració.

Defensa, per tant, l'alt tribunal espanyol, la seva anterior doctrina, si bé admet que amb la recent sentència europea cal efectuar una nova reflexió. En aquest sentit admet que, considerant que la finalitat essencial de l'Acord Marc que incorpora la *Directiva 1999/70/CE* és evitar els abusos en la contractació temporal, aquest objectiu vincula de manera molt especial els òrgans jurisdiccionals nacionals, obligats a tenir en compte la situació del personal interí, les seves expectatives i l'activitat desplegada per l'administració contractant. Així, cal considerar que una durada excessivament llarga del contracte d'interinitat, provocada per la passivitat de l'Administració amb vista a la cobertura definitiva de la plaça, s'ha de tenir en compte com a element decisiu a l'hora de resoldre judicialment la qüestió. Les dilacions innecessàries en els tràmits administratius o les pròpies expectatives de l'interí relacionades amb els temps ordinaris de cobertura de les places són també elements molt rellevants a considerar en aquests casos.

Tanmateix, el TS aprecia en la doctrina del TJUE, expressada en aquesta recent sentència de 3 de juny de 2021, un element molt rellevant que sí ha de suposar una rectificació de la jurisprudència espanyola. Es tracta de la referència expressa a que les crisis econòmiques no poden justificar la inexistència de mesures destinades a prevenir i sancionar la utilització successiva de contractes de treball de durada determinada. El TS, que venia apreciament circumstàncies d'ordre econòmic i pressupostari per valorar la justificació d'aquests casos, reconeix ara que ha de rectificar i que desapareix la possibilitat d'admetre la perllongada extensió d'aquests contractes lligada a la vigència temporal de lleis pressupostàries en temps de crisi econòmica.

Conclou la Sala que el desenvolupament dels processos de selecció de cobertura de vacants no es pot deixar a l'arbitri de l'ens públic ocupador, perllongant innecessàriament la temporalitat dels interins. Conseqüentment, estima que, llevat d'excepcions molt limitades, els processos selectius no han de durar més de tres anys a comptar des de la subscripció del contracte d'interinitat, de manera que si així succeís estaríem en presència d'una durada injustificadament llarga. La indicació d'aquest termini de tres anys no vol dir, de cap manera, que en atenció a diverses causes no pugui apreciar-se amb anterioritat a la finalització la irregularitat o el caràcter fraudulent del contracte d'interinitat. Tampoc que, de manera excepcional, per causes extraordinàries, la prova de la qual correspon a l'entitat pública demandada, pugui arribar a considerar-se que estigui justificada una durada més llarga.

En el cas concret analitzat es comprova que, d'una banda, l'entitat ocupadora va trigar més de nou anys (ho va fer en 2009) a organitzar i publicar un concurs per a la cobertura de la plaça vacant que ocupava la demandant; i, d'altra, que va trigar més de set anys a resoldre'l, sense que hi hagi cap circumstància que pugui justificar la inactivitat durant uns períodes de temps tan amplis. Per tant, la treballadora tenia la consideració d'indefinida no fixa en el moment de l'extinció del seu contracte, per la qual cosa, en aplicació de la doctrina expressada en la STS de 28 de març de 2017, s'ha de reconèixer una indemnització de vint dies de salari per any de servei, amb un màxim de dotze mensualitats.