



EDITORIAL

En este boletín os ofrecemos la habitual reseña legislativa, así como dos nuevos comentarios jurisprudenciales. El primero, de Eva Comellas, se refiere a las convocatorias para puestos que se cubren en comisión de servicios, mientras que el segundo, de Jorge Pérez, trata sobre los trienios de los trabajadores fijos discontinuos.

LEGISLACIÓN

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

Las cuantías del tope máximo y de la base máxima de cotización en el sistema de Seguridad Social (art. 7) serán las establecidas en el 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](#). Se prorroga (DA 2ª), en todo lo que no se oponga a este Real Decreto-ley lo que dispone en materia de cotización 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 este mismo sentido, se prorroga (DA 5ª) el plazo de vigencia del [Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019](#) hasta que no se apruebe la norma que fije el salario mínimo interprofesional para el año 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 \(acceso al texto\)](#)

Todos los candidatos que obtengan el nombramiento como personal funcionario de carrera de Policías de comunidades autónomas o de los Cuerpos de policía local obtendrán la equivalencia genérica al título de Técnico correspondiente a la Formación Profesional del sistema educativo, a efectos académicos y de acceso al empleo público y privado (arts. 1 y 2), con arreglo a los requisitos y al procedimiento que se establece.

SENTENCIAS

[CONVOCATORIA PARA CUBRIR PUESTOS DE TRABAJO EN COMISIÓN DE SERVICIOS](#)

STS de 24 de junio de 2019, recurso 1594/2017 ([acceso al texto](#))

Comentada por Eva Comellas

El TS determina que, en aplicación del art. 81.3 EBEP, es imprescindible que la cobertura de puestos de trabajo en comisión de servicios vaya precedida de una convocatoria pública, cuando en cambio no consta la existencia de normas de aplicación

que señalen un plazo específico para proceder a tal convocatoria.

El TS fundamenta así esta decisión:

a) La comisión de servicios se regula dentro de la movilidad funcional (art. 81.3 EBEP), figura esta distinta al régimen de provisión de puestos de trabajo (art. 78.2 EBEP).

b) La exigencia de convocatoria pública se deduce de la literalidad del precepto.

c) La regulación básica -art. 81.3 EBEP- se limita a una modalidad de comisión de servicios -la que viene exigida por existir plazas vacantes de urgente e inaplazable necesidad-, a su carácter potestativo, al hecho de que haya convocatoria pública y a la posibilidad de que se fije un plazo para su cobertura transitoria. Si en la normativa de desarrollo de la legislación básica no se fija un plazo concreto, este será determinado por la Administración en atención a las necesidades urgentes, es decir, en función de cuánto tiempo puede estar la plaza sin ser servida hasta que se ofrezca en comisión de servicios.

El TS no desarrolla ni argumenta ninguno de estos fundamentos.

En primer lugar, da por hecho que la movilidad es una figura distinta de la provisión de puestos de trabajo por el simple hecho de que están reguladas en dos artículos diferentes (que sin embargo se regulan bajo el mismo capítulo del EBEP). Además, limita el alcance del art. 81.3 EBEP a la comisión de servicios voluntaria para cobertura de vacantes, cuando eso no lo dice la literalidad del artículo ni se puede deducir de su contexto normativo, ya que el precepto se refiere a la adscripción provisional, sin excluir la que se acuerde forzosamente ni otras tipologías diferentes a la comisión de servicios. Tampoco explica en qué consiste la diferencia entre el art. 78.2 -concurso de méritos y libre designación- y el 81.3 si a ambos les aplica la misma regla, es decir, la adscripción mediante previa convocatoria pública.

El motivo decisivo es por tanto la literalidad del artículo. Pero esta admite otras lecturas. De acuerdo con el art. 3.1 del *Código Civil*, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. En el sistema español de función pública la comisión de servicios se ha concebido desde siempre como una solución a una situación extraordinaria, y precisamente porque no se aplican los principios del art. 23.2 de la *Constitución*, el legislador requiere que concurra urgencia, que se acuerde con una duración estrictamente temporal y que se proceda a la provisión definitiva del puesto de trabajo mediante convocatoria pública dentro de esa duración máxima.

Tampoco tiene sentido que el TS afirme que si la normativa no fija el plazo de convocatoria previa, debe hacerlo la Administración en función del tiempo que considere que el puesto puede estar sin cubrir. Esta solución se contradice con la literalidad del EBEP, que requiere que la comisión de servicios sea urgente e inaplazable. La normativa no fija un plazo de convocatoria previa por el simple hecho de que esta convocatoria no existe en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que sí contempla la normativa es que se pueda actuar con celeridad cuando consta tal necesidad de prestación del servicio público, mediante una decisión directa e inmediata.

El motivo real de la decisión del TS lo hallamos en el fundamento 5º de la sentencia, en el cual manifiesta que la exigencia de convocatoria previa es coherente con el principio de igualdad en el acceso al desempeño de cargos y funciones públicas, para evitar así tratos preferentes en beneficio de la carrera profesional del funcionario o funcionaria comisionado. El TS quiere limitar con esta sentencia el mal uso de la comisión de servicios en la gestión pública, pero esta es una cuestión social, que no jurídica, y en cualquier caso también se sujeta al control jurisdiccional.

Por lo demás, la convocatoria previa que instaura el TS tampoco garantiza el objetivo perseguido. En primer lugar, porque no se exige la existencia de un procedimiento administrativo con las formalidades y garantías necesarias -tan solo es necesario un anuncio-, y en segundo lugar porque no atiende a los principios constitucionales de mérito y capacidad ya que únicamente se debe comprobar que el eventual adjudicatario cumple los requisitos para ocupar el puesto y que posee idoneidad. Por tanto, nos introduce en un nuevo mundo de incertidumbre jurídica que promete múltiples contenciosos. Probablemente será el mismo

TS el que, a golpe de sentencia, vaya regulando este nuevo trámite, ocupando el espacio del legislador de un modo similar a como ya ha sucedido con otras instituciones jurídicas del sistema de función pública.

CÁLCULO DEL COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD (TRINIENOS) DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS

ATJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 i C-472/18 ([acceso al texto](#))

Comentada per Jorge Pérez

Una cuestión planteada y largamente debatida en el ámbito del derecho español es la del modo en que debe computarse la antigüedad, a efectos retributivos, de los trabajadores fijos discontinuos, es decir, aquellos que a tenor de lo dispuesto en el art.16 ET prestan servicios en una determinada temporada del año y estos trabajos no se repiten en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa o ente público. Se trata, por tanto, de una relación laboral de carácter indefinido, pero con la peculiaridad de que no prestan servicios todos los días laborables del año sino únicamente aquellos que se encuentran dentro del periodo de actividad, es decir, los afectados por la temporada en que la empresa enmarca el desarrollo efectivo de estas relaciones laborales.

Consecuentemente con este planteamiento, el art. 16 ET exige que los trabajadores fijos discontinuos sean llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria. Así, los trabajadores fijos discontinuos tendrán, dentro de un mismo año natural, periodos de actividad y de inactividad, proyectando esta situación sobre la obligación de alta y cotización en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, y hallándose en situación legal de desempleo durante los periodos de inactividad, tal como establece el art. 267.1.d) LGSS.

Una de las múltiples controversias que ha suscitado esta figura es la relacionada con el cómputo de la antigüedad a todos los efectos, y muy especialmente lo relativo a sus derechos retributivos. En este sentido, en nuestro derecho interno se venía sosteniendo que la generación de los complementos retributivos relacionados con la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos debiera considerarse a partir de los periodos de actividad de los mismos, omitiendo en este cálculo aquellos en los que el trabajador fijo discontinuo no se halla en periodo de actividad, no presta servicios y, en consecuencia, no puede ser acreedor de derechos retributivos ni figura en alta en la Seguridad Social.

Pues bien, concluye el TJUE que esta práctica es discriminatoria, por cuanto trata de manera desigual a dos colectivos que, desde el punto de vista del contenido de la *Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES*, y de la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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*, debieran estar sometidos, sin excepción alguna, al principio de igualdad de trato. Estos dos colectivos son los trabajadores con relaciones laborales a jornada completa y aquellos que lo hacen a tiempo parcial, puesto que el trabajo fijo discontinuo es, en definitiva, una especialidad de esta segunda modalidad contractual.

El caso planteado es el de varias trabajadoras de la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT) cuyos contratos tienen la naturaleza de fijos discontinuos, estableciéndose el periodo de actividad en función de las campañas que la Administración tributaria española establece para el IRPF. Estas trabajadoras entienden que, a los efectos del cálculo de sus respectivos complementos de antigüedad, determinados a partir de los trienios acreditados por cada una de ellas, debe computarse la totalidad del tiempo transcurrido desde el inicio de cada una de las relaciones laborales y no, como hace la AEAT, únicamente aquellos periodos en los que efectivamente han prestado servicios por hallarse dentro de las temporadas de actividad derivadas de las campañas del IRPF.

La cuestión se suscita ante el TSJ de Galicia, que la eleva al TJUE por cuanto entiende, por una parte, que se pudiera estar vulnerando el principio *pro rata temporis* en el cálculo de los complementos de antigüedad de estas trabajadoras y, por otra,

que podríamos estar ante un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo, al ser mujeres la mayoría de las afectadas por esta práctica restrictiva. El TJUE resuelve que el cómputo del tiempo de trabajo, a los efectos de determinar los derechos de un trabajador a la retribución correspondiente al complemento de antigüedad, debe realizarse sobre todo el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral y no solo sobre los periodos de actividad del trabajador, puesto que esto último constituiría una vulneración del contenido de la normativa europea citada.

Estaríamos, por tanto, ante una vulneración injustificada del principio de igualdad de trato, al valorar de manera diferente el tiempo de permanencia en la empresa de un trabajador que tiene una relación laboral a jornada completa y el de otro que desarrolla su actividad en calidad de fijo discontinuo. Consecuentemente, el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo exige que la duración de la antigüedad tenida en cuenta para determinar la fecha de adquisición para percibir el complemento -trienio, en este caso- se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando íntegramente en consideración los periodos no trabajados.

En definitiva, el TJUE declara que la cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la *Directiva 97/81/CE*, así como el art. 14, apartado 1, de la *Directiva 2006/54/CE*, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una práctica empresarial nacionales como las controvertidas en los litigios principales, conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los periodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto aquellos en que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo.

Cabe recordar que el TS ha adoptado expresamente el criterio del TJUE en su [sentencia de 19 de noviembre de 2019, recurso 2309/2017](#).