



La contractació laboral temporal i el treball a temps parcial a l'Administració local

**Xavier Boltaina Bosch
Carolina Gala Durán**



Generalitat de Catalunya
Escola d'Administració Pública
de Catalunya

La contractació laboral temporal i el treball a temps parcial a l'Administració local

Col·lecció «Manuals i Formularis», 16

Xavier Boltaina Bosch i Carolina Gala Durán

La contractació laboral temporal i el treball a temps parcial a l'Administració local

Barcelona, 2007



Generalitat de Catalunya
**Escola d'Administració Pública
de Catalunya**

Boltaina Bosch, Xavier

La Contractació laboral temporal i el treball a temps parcial a l'Administració local.
(Manuais i formularis ; 16)

Bibliografia

ISBN 978-84-393-7463-3

I. Gala Durán, Carolina II. Escola d'Administració Pública de Catalunya III. Títol IV.
Col·lecció: Manuais i formularis ; 16

1. Treball temporal Dret i legislació Catalunya 2. Treball a temps parcial Dret
i legislació Catalunya 3. Funcionaris i empleats locals Situació legal, lleis, etc.
Catalunya

349.222:352(467.1)



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el licenciadador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).



No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.



Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra.
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular dels drets d'autor.
- No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior.

Això és un resum del text legal de la llicència completa
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>

A fi de contribuir a una major sostenibilitat ambiental l'Escola d'Administració Pública de Catalunya ha imprès aquest llibre en paper reciclat i l'ha posat a disposició lliure a la seva pàgina web (www.eapc.cat)

© 2007, Xavier Boltaina Bosch i Carolina Gala Durán

D'aquesta edició:

© 2007, Escola d'Administració Pública de Catalunya

Primera edició: maig de 2007

ISBN: 978-84-393-7463-3

Dipòsit legal:

Disseny gràfic i composició: Dotstation, SL

Impressió: Gráficas Salas

Sumari

Pròleg	11
---------------------	-----------

Abreviacions	13
---------------------------	-----------

Capítol 1. Marc jurídic i especificitats de la contractació laboral temporal i a temps parcial a les corporacions locals

1.1. La precarietat en les administracions públiques	17
1.2. El temps parcial a les administracions públiques	21
1.3. Marc jurídic de la contractació laboral temporal i el treball a temps parcial a les administracions locals catalanes	22
Bibliografia	26

Capítol 2. El contracte per a obra o servei determinat

2.1. Marc general. El contracte per a obra o servei determinat com a modalitat contractual.....	31
2.2. Característiques generals i bàsiques del contracte per a obra o servei determinat	33
2.3. L'objecte del contracte per a obra o servei determinat i les dificultats d'aplicació a l'Administració local	35
2.4. La identificació precisa de l'obra o el servei objecte del contracte	37
2.5. La durada del contracte per a obra o servei determinat	45
2.6. El contracte per a obra o servei determinat vinculat a una contracta o a una concessió administrativa	47
2.7. El contracte per a obra o servei determinat vinculat a plans d'actuació i subvencions i ajuts externs. La vinculació a dotacions pressupostàries internes	50
Bibliografia	56

Capítol 3. El contracte eventual per circumstàncies de la producció

3.1. Marc general. El contracte eventual com a modalitat contractual	59
3.2. Característiques generals i bàsiques del contracte eventual	61
3.3. La identificació precisa, real i objectiva de la causa del contracte eventual	67
3.4. L'objecte del contracte eventual i les seves possibilitats	
d'aplicació <i>ad hoc</i> a l'Administració local	70
Bibliografia	73

Capítol 4. El contracte d'interinitat

4.1. Introducció	77
4.2. El contracte d'interinitat per substitució de treballadors	
de l'Administració local amb dret a reserva del lloc de treball	78
4.2.1. Definició	78
4.2.2. Causa de la substitució i identificació del treballador substituït ...	78
4.2.2.1. Tipologia de supòsits	80
4.2.2.2. Un supòsit especial: el contracte d'interinitat per substituir	
un funcionari públic amb reserva del lloc de treball	81
4.2.3. L'extinció del contracte d'interinitat	82
4.3. El contracte d'interinitat per ocupar una plaça vacant	
en la plantilla laboral de la corporació local	87
4.3.1. Objecte del contracte d'interinitat per ocupar una plaça vacant.	
El caràcter reglamentari de la seva provisió	88
4.3.2. La identificació de la plaça vacant	90
4.3.3. Durada del contracte d'interinitat per ocupar una plaça vacant:	
l'absència de convocatòria del procés de selecció o promoció	92
4.3.4. L'extinció del contracte d'interinitat	97
4.3.5. Supòsits especials d'extinció del contracte d'interinitat	
a les corporacions locals	99
Bibliografia	103

Capítol 5. El contracte de treball en pràctiques

5.1. Introducció i marc regulador general	107
5.2. El supòsit de fet i l'àmbit subjectiu d'aplicació. La durada del contracte ...	108
5.3. Règim retributiu	112
5.4. Formalitats pròpies del contracte de treball en pràctiques	113
5.5. Consideracions a l'entorn de les irregularitats i presumpcions legals	114
5.5.1. La correspondència entre el títol i les pràctiques efectivament realitzades	115
Bibliografia	119

Capítol 6. El contracte per a la formació. El paper de les escoles taller, les cases d'oficis i els tallers d'ocupació

6.1. El contracte per a la formació	123
6.1.1. Introducció i marc regulador general	123
6.1.2. El supòsit de fet i l'àmbit subjectiu d'aplicació	123
6.1.3. La forma del contracte	126
6.1.4. La durada del contracte	127
6.1.5. El compliment de l'obligació de formació	128
6.1.6. Les condicions de treball	131
6.2. El paper de les escoles taller, les cases d'oficis i els tallers d'ocupació ...	133
6.2.1. Introducció	133
6.2.2. Les escoles taller i les cases d'oficis	136
6.2.2.1. Concepte, finalitat i destinataris	136
6.2.2.2. Tramitació, obligacions i abast de les subvencions	138
6.2.2.3. La selecció dels alumnes-treballadors i del personal de les escoles taller i cases d'oficis	141
6.2.2.4. Les etapes formativa i de pràctica professional dels alumnes	146
6.2.3. Els tallers d'ocupació	153
Bibliografia	158

Capítol 7. La contractació laboral a temps parcial i el treball fix discontinu

7.1. El contracte a temps parcial	161
7.1.1. Introducció	161
7.1.2. Delimitació del supòsit de fet	162
7.1.3. Les modalitats del contracte a temps parcial	166
7.1.4. La forma del contracte a temps parcial	168
7.1.5. Les condicions de treball	171
7.1.6. Conversió de contractes i mobilitat	174
7.1.7. El pacte sobre hores complementàries	180
7.1.8. La suspensió i l'extinció del contracte a temps parcial	187
7.2. El contracte de treball fix discontinu	189
7.2.1. El supòsit de fet	189
7.2.2. La complexa distinció entre treball fix periòdic i treball fix no periòdic	194
7.2.2.1. El treball fix periòdic	196
7.2.2.2. El treball fix no periòdic	196
7.3. El contracte de treball a temps parcial del treballador jubilat parcialment i el contracte de relleu	199
7.3.1. Règim legal vigent	199
7.3.2. Les novetats que s'incorporen mitjançant l'Acord sobre mesures en matèria de seguretat social	205
Bibliografia	209

Capítol 8. Regles comunes sobre la contractació laboral temporal a les corporacions locals. Mesures per a la reducció d'aquest tipus de contractació

8.1. Regles comunes a la contractació temporal	213
8.1.1. Període de prova	213
8.1.2. Forma escrita	215
8.1.3. Obligació de comunicació d'informació als treballadors temporals sobre les seves condicions de treball	216
8.1.4. Notificació a la representació del personal de l'entitat local	216
8.1.5. Comunicació al Servei Públic d'Ocupació	217
8.2. Aspectes comuns a l'ús reiterat o abusu dels contractes laborals temporals. Mesures de reducció de la precarietat	219

8.2.1. Reducció de les modalitats contractuals	220
8.2.2. La indemnització compensatòria	221
8.2.3. Aplicació del principi d'igualtat als contractes temporals	222
8.2.4. La limitació de la concatenació de contractes temporals irregulars	223
8.2.5. La concatenació de contractes laborals temporals ajustats a la llei	224
8.2.5.1. Limitacions per previsió expressa de la legislació laboral	224
8.2.5.2. Limitacions per mitjà d'una previsió recollida en un conveni	225
8.2.6. Irregularitats en la contractació laboral temporal. Conseqüències. El frau de llei en la contractació laboral temporal	226
8.2.7. Les limitacions previstes per la normativa administrativa i, de manera especial, la legislació pressupostària	229
Bibliografia	232

Capítol 9. Aproximació a altres fórmules de prestació de serveis temporals: les empreses de treball temporal

9.1. Marc general	235
9.2. El recurs a les empreses de treball temporal en el cas de les corporacions locals	237
9.2.1. Marc normatiu	237
9.2.2. Límits i condicionaments	238
9.2.2.1. La utilització del contracte administratiu de serveis	238
9.2.2.2. La necessitat de personal «eventual»	241
9.2.2.3. La durada del contracte	242
9.2.2.4. La no-consideració com a «contractes menors»	244
9.2.3. Les exclusions expresses de caràcter voluntari	246
Bibliografia	248

Capítol 10. El treballador indefinit no fix

10.1. Introducció	251
10.2. Conceptualització del vincle del treballador indefinit no fix	253
10.3. Règim jurídic dels treballadors indefinits no fixos	255
10.3.1. El règim jurídic del dret d'estabilitat i l'extinció del vincle laboral indefinit no fix	257
Bibliografia	261

Capítol 11. Contractació temporal i seguretat social

11.1. Introducció	265
11.2. Les obligacions d'afiliació, alta, baixa i comunicació de la variació de dades dels treballadors	266
11.3. L'obligació de cotitzar	271
11.4. Les responsabilitats derivades de l'incompliment de les obligacions d'afiliació, alta o cotització	281
Bibliografia	293

Epíleg. El treball temporal i a temps parcial en l'Estatut bàsic de l'empleat públic de 2007

Pròleg

El llibre que el lector té ara a les mans deu el seu origen als cursos que l'any 2000 es van iniciar a l'Escola d'Administració Pública de Catalunya (EAPC) sobre contractació laboral a les administracions locals. Quan el Servei de Formació Local de l'Escola va proposar a un dels autors aquesta iniciativa, vam intuir tots plegats que hi havia una necessitat formativa en el món local pel que feia a l'ús del contracte de treball i de les seves modalitats i particularitats. Fins al moment, aquella intuïció s'ha confirmat any rere any pel nombre d'alumnes inscrits, i s'ha acreditat que, efectivament, el paper del personal laboral a les entitats locals és prou significatiu per tenir-lo en compte en les accions formatives i editorials.

Aquest llibre s'adreça, doncs, a totes les persones que, des de diversos angles, han de gestionar la contractació laboral temporal i el treball a temps parcial a les corporacions locals catalanes. La seva voluntat és apropar el lector al règim jurídic dels contractes més emprats i alhora, també, plantejar i donar respostes a les qüestions més problemàtiques i, sobretot, a les especificitats i les singularitats de la contractació temporal i a temps parcial que es configuren en les relacions laborals dels ens locals. Un llibre, per tant, que pot ser útil per al gestor de recursos humans, els representants del personal i els mateixos treballadors, així com per a tothom que d'una manera o altra hagi d'operar en l'àmbit de l'ocupació pública i, més concretament, de la funció pública laboral.

Aquest llibre no hagués estat possible sense l'aposta decidida de l'EAPC per editar-lo. Aprovat com a projecte l'any 2004, s'ha hagut d'esperar prop de tres anys per veure la llum ja que al mig hi ha hagut una reforma laboral, esdevinguda l'any 2006, que s'ha inclòs en el text final. Així mateix, en el moment de redactar aquestes línies el Parlament espanyol acaba d'aprovar l'Estatut bàsic de l'empleat públic, que, potser en el futur, reformuli algunes de les qüestions que es plantegen al llarg del llibre, si bé pel que fa a la temporalitat i el treball a temps parcial tot allò que el lector hi pot consultar és plenament vàlid en el moment de sortir al carrer aquesta edició, amb els matisos que s'indiquen en l'epíleg d'aquest mateix llibre.

Els autors volem agrair, doncs, a l'Escola el suport a aquesta iniciativa, que finalment ha arribat a bon port, i ens sentim orgullosos que hagi estat la primera entitat a Catalunya que hagi pres la davantera a fer a mans del lector un llibre sobre aquesta temàtica, en català, i elaborat tenint presents en totes i cadascuna de les seves línies

les necessitats i particularitats de les nostres corporacions locals. L'aposta de la Direcció de l'Escola per tal que els ajuntaments i altres entitats locals catalanes tinguin manuals i monografies que tractin de la seva problemàtica, i des de la seva perspectiva, ens omple de satisfacció.

Així mateix, volem donar les gràcies, de manera especial, a l'equip humà que compon el Servei de Formació Local de l'EAPC, liderats d'una manera indiscutible i entusiasta per la Magda Castro i el Xavier Torreguitart. Uns excel·lents professionals, apassionats de la tasca que porten a terme, amb un conjunt de col·laboradors que conformen tot el Servei —eficaços i entranyables per als que els coneixem i treballem amb ells— i que fan que per als professors de l'Escola sigui un plaer col·laborar en la formació del personal al servei de les entitats locals catalanes. L'elaboració d'aquest llibre va ser suggerida per la Magda Castro i la idea inicial va ser recollida pels autors, convençuts que podia ser força útil per al nostre món local.

També volem agrair al Servei de Publicacions de l'EAPC, i a l'Enric Travesset en especial, la paciència que ha tingut amb els autors i l'ajut que hem rebut a l'hora d'enllestir aquesta monografia. Esperem que la utilitat del llibre que té el lector a les mans compensi la feina que el Servei ha hagut de fer per editar una monografia com aquesta.

En un producte final com aquest hi ha persones que col·laboren i que, generalment, no “surten a la foto”. Creiem de justícia, per això, l'agraïment a una professional de molt alta qualificació que ha dut a terme una feina rigorosa i en molts moments àrdua. La Montserrat Marès s'ha encarregat de corregir tot el text del llibre perquè la qualitat lingüística fos la màxima possible. Els podem assegurar que no li ha estat gens fàcil. Malauradament, el català en el món jurídic continua sent una assignatura pendent per a molts juristes i moltes de les expressions, termes emprats i plantejaments escrits són sovint incorrectes. La Montserrat Marès no solament ha polit escrupolosament totes les imperfeccions del text sinó que ha volgut entendre allò que els autors dèiem per poder donar més qualitat al producte final. Ho ha aconseguit sense cap mena de dubte.

Esperem, doncs, no decebre el lector. Desitgem també que es tracti d'un llibre útil i que —ho haurem de pregar als déus, sempre capriciosos!— el legislador i el govern no modifiquin gaire aviat el règim de la contractació laboral temporal i la contractació a temps parcial per tal que aquesta monografia pugui ser profitosa durant molt de temps.

Barcelona, abril de 2007

Llista d'abreviacions utilitzades

CC	Codi civil
CE	Constitució espanyola
COSD	contracte per a obra o servei determinat
CP	Codi penal
CTP	contracte de treball en pràctiques
DA	disposició addicional
EBEP	Estatut bàsic de l'empleat públic (Llei 7/2007, de 12 d'abril)
ET	Estatut dels treballadors (Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març)
ETT	empresa de treball temporal
FGS	Fons de Garantia Salarial
INSS	Institut Nacional de la Seguretat Social
LBRL	Llei reguladora de les bases de règim local (Llei 7/1985, de 2 d'abril)
LCAP	Llei de contractes de les administracions públiques
LETT	Llei d'empreses de treball temporal (Llei 14/1994, d'1 de juny)
LGSS	Llei general de la seguretat social (Reial decret legislatiu 1/1994, de 20 de juny)
LIS	Llei d'infraccions i sancions en l'ordre social (Reial decret legislatiu 5/2000, de 4 d'agost)
LMRFP	Llei de mesures per a la reforma de la funció pública (Llei 30/1984, de 2 d'agost)
LPL	Llei de procediment laboral (Reial decret legislatiu 2/1995, de 7 d'abril)
OIT	Organització Internacional del Treball
OM	Ordre ministerial
RCF	Reial decret 488/1998, de 27 de març, sobre contractes formatius
RCT	Reial decret 2720/1998, de 18 de desembre, sobre contractes de durada determinada
RD	Reial decret
RETT	Reglament d'empreses de treball temporal (Reial decret 4/1995, de 13 de gener)
RPSELC	Reglament del personal al servei de les entitats locals de Catalunya (Decret 214/1990, de 30 de juliol)
SAN	Sentència de l'Audiència Nacional
SOC	Servei d'Ocupació de Catalunya
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STCT	Sentència del Tribunal Central de Treball
STS	Sentència del Tribunal Suprem
STSJ	Sentència del Tribunal Superior de Justícia
TGSS	Tresoreria General de la Seguretat Social
TRRL	text refós de les disposicions en matèria de règim local (Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril)
TUFPC	text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública (Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre)

Per tal de fer més fàcil la lectura del text, alguns contractes de treball temporal són expressats mitjançant una abreviació; en concret, el contracte per a obra o servei determinat (COSD), el contracte d'interinitat (CI) i el contracte de treball en pràctiques (CTP).



Marc jurídic i especificitats de la contractació laboral temporal i a temps parcial a les corporacions locals



1.1. La precarietat en les administracions públiques

La contractació laboral temporal, com a fenomen econòmic, social i jurídic, és un aspecte recurrent en el temps en el sistema de relacions laborals de Catalunya i la resta d'Espanya. La problemàtica d'aquesta contractació temporal ha estat i és una de les qüestions més insistentment estudiada per la doctrina teòrica i analitzada per la jurisdicció, ja que un dels subjectes afectats és l'Administració pública.

Per bé que en el moment de promulgar-se la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública (LMRFP), i especialment la seva reforma de l'any 1988, la Llei 23/1988, no semblava que la transcendència numèrica del personal que pogués estar afectat per la temporalitat fos rellevant,¹ en les dues últimes darreres dècades l'índex de precarietat s'ha elevat en tots els àmbits de l'Administració, fins al punt que avui es pot parlar de la greu patologia del mercat de treball del sector públic. Tenen sentit en aquest cas, doncs, algunes mesures orientades a reduir l'índex de precarietat, de la qual cosa és bona prova l'acord signat entre l'Administració de l'Estat i les organitzacions sindicals per al període 2003–2004, acord que dedica tot el seu títol iv a les mesures encaminades a afavorir l'estabilitat en l'ocupació pública estatal, amb l'objectiu de reduir la taxa de temporalitat al 8 %. En el capítol vuitè estudiarem algunes d'aquestes mesures.

En l'Administració local, la precarietat també s'ha convertit en un mal endèmic. I cal entendre per *precarietat* l'existència de treballadors amb contracte temporal, però també la de funcionaris interins i personal eventual —que queden fora de l'anàlisi d'aquest llibre— de manera generalitzada en tots els nivells administratius.

Les dades més exhaustives poden localitzar-se en dos informes específics relatius a aquesta problemàtica: l'informe del Defensor del Poble de l'any 2003 i l'informe del Consell Econòmic i Social de l'any 2004, que conclouen que, especialment en els àmbits autonòmic i local arreu d'Espanya, així com també en l'esfera universitària, els índexs de precarietat han esdevingut greument desorbitats. Per al cas concret de Catalunya, cal consultar el *Llibre blanc de la funció pública catalana*, de l'any 2005.

1. En aquella època, el professor Sainz Moreno xifrava en un percentatge inferior al 2 % el volum d'empleats afectats per la precarietat, si més no a l'Administració de l'Estat (Sainz Moreno, 1988:362).

Tanmateix, tota aquesta problemàtica s'ha d'emmarcar en una realitat de fet: l'evolució i el creixement de la nostra administració pública, que justifiquen —des de la perspectiva de conèixer per què s'ha arribat a aquest estat de coses— la situació esmentada.

1r. En primer lloc, hem de referir-nos a l'increment del nombre d'empleats públics a Espanya des de l'any 1984, que ha estat molt elevat. L'Estat s'ha modernitzat, les comunitats autònomes han desplegat tot el seu marc d'actuació, la universitat pública també s'ha expandit i les corporacions locals han assumit un paper cada vegada més rellevant com a administració propera al ciutadà. Així, si únicament es pren en consideració el període 1997–2004, pot indicar-se que, mentre que l'Administració de l'Estat ha vist com disminuïen els seus efectius —i ha passat de tenir quasi 600.000 empleats a tenir-ne una mica més de 230.000— com a conseqüència del traspàs de competències —i, per tant, d'efectius humans— a les comunitats autònomes, aquestes darreres han doblat el nombre d'empleats públics —i han passat de tenir 637.000 empleats a tenir-ne 1.162.000. En la mateixa línia, a Espanya les corporacions locals han incrementat les seves plantilles de 450.000 a 545.000 servidors públics directes. Tot això porta a dir que, a finals de l'any 2004, Espanya tenia un total de 2.800.000 empleats públics, dels quals 637.000 ho eren amb un vincle laboral temporal o de funcionari interí (22,8 %).

2n. L'augment del volum d'empleats públics ha estat paral·lel a l'increment de la precarietat. Si entre els anys 1987 i 2004 l'Administració pública espanyola va incrementar els seus efectius en 900.000 empleats, la meitat d'aquesta xifra ho va ser per mitjà de fórmules de caràcter laboral temporal o de funcionariat interí. Tanmateix, aquesta precarietat no és homogènia, i la seva concreció justifica l'objecte final de l'obra que el lector té ara a les seves mans. Les dades percentuals són les més significatives, analitzades per cada àmbit administratiu, més enllà de les globals, que únicament retraten un panorama de tot el conjunt de l'ocupació pública, però sense concretar-ne res. En aquest sentit, mentre que l'any 2004 l'Administració de l'Estat computava un índex de precarietat de l'11-13 %, que ascendia al 23 % en el global de les comunitats autònomes, les corporacions locals espanyoles suportaven un índex de precarietat del 30 %.

Centrant-nos en Catalunya, el referent més seriós sobre l'abast d'aquesta problemàtica el trobem reflectit en el *Llibre blanc de la funció pública catalana* de l'any 2005. Si de les xifres que s'hi transcriuen traiem el personal de l'Administració de l'Estat a Catalunya, resulta que 6 de cada 10 empleats públics catalans ho són de la Generalitat de Catalunya i 3 de cada 10 ho són de les corporacions locals. Això implica que els ens

locals catalans comptabilitzaven un total d'una mica més de 70.000 efectius, distribuïts en 1.760 entitats d'índole local.²

La precarietat a l'Administració local catalana, per bé que sensiblement inferior a la de la resta de l'Estat, no pot menystenir-se, de manera especial en relació amb determinats col·lectius. Així, és aclaparadora entre els cossos d'habilitació de caràcter nacional,³ i, pel que fa a la resta d'empleats, si bé és més baixa que a la resta de l'Estat, l'any 2005 es xifrava en un 17,5 %, tot i que una anàlisi detallada d'aquesta acredita que la temporalitat se centra en gran manera en els petits i mitjans municipis.

El llibre que ara es presenta al lector se centra a analitzar les particularitats del règim jurídic dels vincles laborals temporals i del contracte a temps parcial en l'Administració local. Volem formular, però, dues precisions.

En primer lloc, es tracta d'un llibre no exhaustiu de tots els aspectes jurídics, sinó que vol centrar-se especialment en les especificitats del règim laboral temporal i el treball a temps parcial en l'àmbit de les corporacions locals. No pretén ser un tractat general, sinó que pretén fer una anàlisi específica d'allò que més habitualment passa en les nostres administracions. Una altra opció hauria estat dur a terme un autèntic tractat de la temporalitat laboral i del treball a temps parcial, interessant sens dubte però aliè a la voluntat inicial de l'encàrrec de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya fet als autors.

2. Segons les dades del *Llibre blanc de la funció pública*, aquestes 1.760 entitats s'estructuren en ajuntaments, consells comarcals, diputacions, entitats metropolitanes, entitats municipals descentralitzades, mancomunitats i ens de gestió. El 60 % del total del personal local correspon als ajuntaments i el 6 %, a les diputacions. Cal remarcar, però, la xifra de 660 ens de gestió, que donen ocupació a una mica més de 23.000 empleats, que suposen un 30 % del total d'efectius del món local públic de Catalunya.

3. En concret, segons les dades de l'any 2005, enfront d'un total de 605 funcionaris de carrera, es comptabilitzaven 400 persones habilitades amb caràcter interí o accidental, la qual cosa situava la precarietat en aquest àmbit en el 40 %.

En segon terme, cal esmentar que moltes de les consideracions que es fan en aquest llibre són extrapolables sense cap dificultat a la resta d'administracions públiques catalanes, per bé que al llarg del text les referències es fan majoritàriament als ens locals i, en algun cas concret, l'especificitat solament es dóna en aquests, i no en la Generalitat de Catalunya i les universitats públiques. Tanmateix, insistim, l'operador jurídic o qui consulti aquest llibre podrà extreure consideracions aplicables a l'Administració pública no local. Tingueu en compte, en aquest sentit, que, segons l'estudi derivat del *Llibre blanc de la funció pública catalana* de 2005, l'índex de temporalitat en el conjunt de totes les administracions del nostre país, excepte l'estatal a Catalunya, se situaria en el 22 %. En xifres totals, la taula agregada situaria la problemàtica, al nostre país, en un total de 52.560 efectius vinculats de manera temporal o interina, d'un conjunt de 237.731 empleats públics catalans, sempre segons les xifres del referit *Llibre blanc*. Gosàriem dir que, malgrat que el percentatge és relativament baix, si es pren el conjunt del nombre total, la quantitat és certament elevada i, sens dubte, problemàtica a l'hora de la seva gestió jurídica i de recursos humans: més de 50.000 empleats en situació de temporalitat i interinitat a la Generalitat de Catalunya, les universitats públiques i les corporacions locals són un eix bàsic a l'hora d'encarar qualsevol política de recursos humans, raó per la qual entenem que moltes de les reflexions o consideracions jurídiques que es fan en aquest llibre són d'aplicació a la resta d'administracions, no només a les locals.

1.2. El temps parcial a les administracions públiques

El treball a temps parcial no ha de ser, necessàriament, treball temporal. Pot fer-lo un empleat fix o un de precari. Però hem volgut incloure'l en aquesta edició que l'EAPC posa a les mans del lector català, perquè sovint en les nostres corporacions locals l'ocupació a temps parcial és temporal, però també perquè, en el nostre àmbit, s'hi donen especificitats i singularitats que mereixen un estudi concret des de la perspectiva pública.

L'LMRFP estableix que és possible que hi hagi llocs les activitats dels quals s'adrecin a satisfer necessitats de caràcter periòdic i discontinu (art. 15), regla que també ha previst l'article 30 del TUFPC, que parla de llocs de caràcter periòdic o discontinu.

S'ha de dir, però, que moltes vegades les necessitats a temps parcial, o de caràcter periòdic o discontinu, són cobertes, en la quotidianitat pràctica, per mitjà de contractes laborals temporals, sovint en frau de la llei. El contracte eventual i el contracte d'obra o de servei determinat són les figures jurídiques més habituals; aquesta opció, però, com hem dit, no és correcta en una gran quantitat de supòsits, com així ho testimonia l'elevada conflictivitat judicial, que distingeix entre tasques permanents encara que discontinües i tasques estrictament temporals.

Per tant, el lector trobarà en el capítol setè d'aquest llibre una anàlisi del contracte de treball a temps parcial en la seva aplicació a l'Administració pública, però també un estudi de dos tipus de treball, un d'aquests subespècie del temps parcial: el contracte per a treballs fixos i periòdics —periodicitat en dates certes— dins del volum normal d'activitat de l'entitat pública, que s'articula per mitjà del contracte a temps parcial fix previst en l'article 12.3 de l'Estatut dels treballadors (ET), i el contracte per a treballs fixos discontinus, que no es repeteixen en dates certes però que també s'insereixen en el volum normal d'activitat de l'Administració en aquest darrer supòsit: la reforma laboral duta a terme l'any 2001 els ha privat de la consideració de contracte a temps parcial i els ha regulat en un apartat específic (art. 15.8 ET), però hem entès que és igualment important incloure'ls en l'estudi d'aquest llibre que presenta l'EAPC.

L'ús de totes aquestes fórmules de treball a temps parcial i treball fix discontinu ha estat força estès en l'Administració pública, i la jurisprudència no ha tingut cap inconvenient a acceptar-les en el si d'aquesta. Per aquesta raó, hem considerat necessari també apropar-nos-hi des de la perspectiva jurídica.

1.3. Marc jurídic de la contractació laboral temporal i el treball a temps parcial a les administracions locals catalanes

Cal partir de la consideració, en primer lloc, que la legislació laboral és una competència exclusiva de l'Estat, sens perjudici de la seva execució per part de les comunitats autònomes (art. 149.1.7 CE). Des d'aquesta perspectiva, ara per ara, el règim jurídic aplicable als contractes de treball temporals, als contractes de treball a temps parcial i als contractes de treball fix discontinu, deriva de la legislació estatal, a la qual hem d'afegir, fonamentalment, els criteris jurisprudencials, que, per al nostre cas, són d'una gran importància, ja que han modulats i fins i tot han *institucionalitzat* regles pròpies per a l'àmbit públic, com és el cas de la paradigmàtica figura del treballador indefinit no fix, existent exclusivament en les administracions públiques i al qual ens referirem en el capítol desè.

No obstant això, hi ha tot un conjunt de normes jurídiques dictades dins del marc de la funció pública, ja sigui per l'Estat, ja sigui per la Generalitat de Catalunya, molt especialment, que emmarquen administrativament el personal laboral temporal, el treballador a temps parcial i el treballador fix discontinu. Regles a les quals cal fer referència, si més no breument, a l'efecte que l'operador jurídic les tingui presents a l'hora de formalitzar els seus contractes de treball o gestionar els ja existents. Fonamentalment, podem indicar els següents ancoratges normatius:

— L'article 15.1c LMRFP estableix que, amb caràcter general, els llocs de treball de l'Administració de l'Estat, els seus organismes autonòmics i les entitats gestores i els serveis comuns de la seguretat social, han de ser ocupats per funcionaris públics, si bé també és possible que el personal laboral ocupi llocs de naturalesa no permanent i llocs on es desenvolupin activitats que s'adrecin a satisfer necessitats de caràcter periòdic i discontinu. L'article 15.1f LMRFP indica que la formalització de nous contractes de treball de personal laboral fix requerirà que els llocs de treball corresponents figurin detallats en les respectives relacions de llocs de treball, requisit que no serà necessari quan es tracti de realitzar tasques de caràcter no permanent per mitjà de contractes de durada determinada i amb càrrec a crèdits corresponents a personal laboral eventual o al capítol d'inversions (art. 15.1f, segon paràgraf). En el mateix sentit, l'article 30 TUFPC estableix, per a la Generalitat de Catalunya, que podran ser ocupats per personal laboral els llocs de naturalesa no permanent o de caràcter periòdic i discontinu. L'article 14 TUFPC indica que el personal laboral és el format pels qui, en virtut d'un contracte

de naturalesa laboral, que s'ha de formalitzar sempre per escrit, ocupen llocs de treball classificats com a tals (art. 14), i determina que, excepcionalment, atès el caràcter temporal de determinades tasques que s'han de realitzar, o per raons d'urgència, que han de ser degudament motivades, l'Administració podrà contractar personal laboral amb caràcter no permanent, d'acord amb la legislació laboral vigent, i el contracte s'haurà de formalitzar necessàriament per escrit (art. 15).

— La Llei reguladora de les bases de règim local (Llei 7/1985, de 2 d'abril [LBRL]) indica en el seu article 89 que el personal laboral conforma una de les modalitats de prestació de serveis de les entitats locals espanyoles, juntament amb els funcionaris de carrera i el personal eventual —de confiança o assessorament especial. També el text refós de les disposicions en matèria de règim local (Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril [TRRL]) indica que la contractació laboral pot ser per temps *indefinit*,⁴ d'una durada determinada, a temps parcial i seguint altres modalitats previstes en la legislació laboral (art. 177.2). La normativa local catalana, específicament, fixa que el personal laboral pot ser de «caràcter permanent» o de «caràcter no permanent» (art. 282 de la Llei municipal de 2003).⁵ Tanmateix, l'afirmació del darrer paràgraf del mateix precepte, que «el règim de tals relacions serà, en la seva integritat, l'establert en les normes de Dret Laboral», no és del tot certa, i tindrem ocasió de valorar-ho al llarg dels diferents capítols del llibre que el lector té ara a les seves mans.

— El Reglament del personal al servei de les entitats locals de Catalunya (Decret 214/1990, de 30 de juliol [RPSELC]) estableix tot un conjunt de referències, més extenses, als vincles laborals temporals i al temps parcial. Així, és possible l'existència de personal laboral (art. 3d), el règim del qual, pel que fa al seu concepte i marc bàsic, apareix recollit en els articles 16 a 24. El personal laboral temporal, el treballador a temps parcial i el treballador fix discontinu sempre hauran de vincular-se per mitjà d'un contracte escrit (art. 16.1), regla d'especialitat que no apareix en l'ET per a alguns tipus de contractes de durada inferior a quatre setmanes.

4. El TRRL anomena *indefinit* el personal laboral fix. No té en compte la distinció actual en l'Administració pública entre personal fix i personal indefinit, fruit d'una construcció jurisprudencial que va néixer l'any 1996 i que es va consolidar a partir del 1998 (vegeu el capítol 10).

5. Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya.

Els llocs de treball que poden ser ocupats per personal laboral temporal s'estructuren en quatre grups, en una descripció que emprava una terminologia administrativa que sovint casa malament amb el dret laboral (art. 4.2):

- a) llocs d'activitat amb caràcter continu i amb jornada completa;
- b) llocs d'activitat amb caràcter continu i amb jornada parcial;
- c) llocs de temporada, amb caràcter habitual i amb jornada completa o parcial;
- d) llocs de temporada, amb caràcter no habitual o per a tasques específiques de caràcter temporal, i amb jornada completa o parcial.

L'expressió «llocs de temporada» és, *strictu sensu*, un xic estranya al que preveu l'ET, però en aquest grup podem encabir els contractes temporals causals, ja sigui a jornada completa, ja sigui a temps parcial, i dins d'aquests podem incloure els contractes fixos periòdics i els contractes fixos discontinus. Les previsions de les lletres *c* i *d* de l'article 4.2 RPSEL no són gaire entenedores, però podríem concloure que permeten, seguint la normativa laboral, la contractació laboral causal (art. 15 ET), la contractació temporal no causal o formativa, i també les modalitats de treball fix discontinu, treball a temps parcial temporal —i també fix—, i la submodalitat de treball a temps parcial fix periòdic.

De tots aquests, únicament els llocs de temporada, amb caràcter no habitual o per a tasques específiques, no requereixen la seva incorporació a la relació de llocs de treball de l'entitat local (art. 16.3 RPSEL), si bé caldrà que en el pressupost existeixi el crèdit que permeti cobrir-los.

Els articles 19 i següents del RPSEL s'han de prendre en consideració amb totes les cauteles necessàries (com és el cas de l'art. 24), per la nul·litat en què hagin pogut incórrer després del pronunciament fet per la màxima instància judicial de Catalunya l'any 2002.⁶ En aquest sentit, la normativa recollida en el RPSEL s'ha d'aplicar i interpretar sempre tenint en compte el que prevegi en cada moment la legislació laboral de l'Estat.

6. En concret, per mitjà de la STSJ de Catalunya d'11 de juny de 2002 (RJCA 2003/528).

— Finalment, i encara que queda més enllà del contingut d'aquest llibre, cal indicar que la selecció de personal laboral temporal s'ha de fer mitjançant una convocatòria pública que garanteixi els principis prefixats en els articles 23.2 i 103.3 de la Constitució (art. 125.1 TUFPC). Excepcionalment, per causa d'una urgència apreciada per l'Administració, es pot nomenar personal interí o es pot contractar personal laboral temporal directament, sense necessitat de convocatòria. En aquest sentit, es preveu la possibilitat de regular una borsa de personal per prestar serveis amb caràcter temporal per als casos de màxima urgència (art. 125.2). Aquests preceptes s'han de conjuntar amb les previsions que estableix el RPSEL, amb totes les cauteles que es deriven de la dubtosa legalitat d'alguns dels seus preceptes i de la nul·litat d'altres que ha fixat la jurisdicció.

Bibliografía

Altés Tárrega, J. A. *La contratación temporal en la Administración pública*. València: Tirant lo Blanch, 1994.

Alzaga Ruiz, I. *Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*. Madrid: Eder-sa, 2000.

Boltaina Bosch, X. *Los puestos de trabajo del personal laboral en las administraciones públicas*. «Colección laboral», núm. 167. València: Tirant lo Blanch, 2006.

Borrajo Dacruz, E. «Contratación laboral temporal y administraciones públicas». *Actualidad Laboral*, núm. 2 (1998).

Camps Ruiz, L. M. *La contratación laboral temporal*. «Colección laboral», núm. 22. 2a ed. València: Tirant lo Blanch, 1998.

Consejo Económico y Social. «Informe del CES sobre la precariedad en la Administración pública», aprovat pel Ple del Consell en la sessió del 22 de desembre de 2004 (www.ces.es).

Defensor del Pueblo. *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y la temporalidad en el empleo público*. Col-I. «Informes, estudios y documentos». Madrid: Publicaciones del Defensor del Pueblo, 2003.

Escola d'Administració Pública de Catalunya. *Llibre blanc de la funció pública catalana*. Barcelona: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions, 2005.

Godino Reyes, M. *El contrato de trabajo en la Administración pública*. Madrid: Civitas, 1996.

López Gómez, J. M. *El régimen jurídico del personal laboral de las administraciones públicas*. Madrid: Civitas, 1995.

Mercader Uguina, J. R. *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. València: Tirant lo Blanch, 1999.

Ojeda Avilés, A.; Gorelli Hernández, J. *Los contratos de trabajo temporales*. Madrid: Iustel, 2006.

Sainz Moreno, F. «El Estatuto de la función pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y la Ley 23/1988». RAP, núm. 117 (1988).

Sempere Navarro, V. (dir.) *Los contratos de trabajo temporales*. Pamplona: Thomsom Aranzadi, 2004.

2

**El contracte per a obra
o servei determinat**

2.1. Marc general. El contracte per a obra o servei determinat com a modalitat contractual

L'article 15 ET regula les tres modalitats de contracte temporal conegudes com a *causals*, entre les quals destaca, per la seva complexitat jurídica i pel nombre de contractes formalitzats anualment, el contracte per a obra o servei determinat (COSD), previst en l'article 15.1a de la referida norma laboral.

Després de les successives reformes laborals que han tingut lloc a Espanya des de l'any 1993 i la restricció de les fórmules de contractació temporal, el COSD s'ha configurat com la segona modalitat de vincle temporal més utilitzada, tant en el sector privat com en les administracions públiques, de manera especial en les locals.⁷ Tanmateix, la seva aplicació a l'àmbit públic no ha estat pacífica, sinó al contrari: les particularitats i especificitats que suposa la funció que desenvolupa l'Administració lliguen poc, i sovint amb dificultat creixent, amb el règim jurídic del contracte esmentat.

En concret, la legislació sobre el COSD apareix en l'esmentat article 15.1a ET i en el Reial decret 2720/1998, de 18 de desembre, sobre contractes de durada determinada (RCT), que desenvolupa el precepte esmentat.

7. En concret, les estadístiques del Ministeri de Treball indiquen que durant l'any 2002 es van formalitzar una mica més de 5 milions de COSD, xifra que es va incrementar fins als 5,3 milions l'any 2003 i fins a un xic més de 6 milions l'any 2004; l'any 2005 es va assolir la xifra total de 6,4 milions de contractes. En tots els casos el COSD ha anat al darrere del contracte eventual, que sempre l'ha superat per una xifra d'1 milió, com a mínim, de contractes més. Cal destacar, per tenir una idea clara de la importància del COSD i del contracte eventual, que si entre tots dos tipus de contracte l'any 2004 es van signar a Espanya un total de 13,2 milions de contractes, el total de contractes temporals registrats en aquest període va ser de quasi 15 milions. Pel que fa a Catalunya, l'any 2005 es van formalitzar un total de 817.000 contractes d'aquest tipus. La STSJ de Canàries/Las Palmas de 14 de febrer de 2006 (AS. 1298) considera «perfectament admissible» que les administracions públiques formalitzin COSD.

El COSD està previst per a la realització d'una obra o un servei determinats, que han de gaudir, en ambdós casos, d'autonomia i substantivitat pròpies dins de l'activitat de l'entitat local i que han de constar especificats en el contracte de manera precisa i clara. La seva execució (l'obra, el servei), si bé limitada en el temps, ha de ser en principi incerta; el treballador contractat haurà d'estar normalment ocupat en l'execució de l'obra o el compliment del servei, i no en feines diferents,⁸ requisits que han de concórrer de manera conjunta i simultània en el COSD.⁹ A més a més, l'article 15.1a ET estableix que els convenis col·lectius sectorials i d'àmbit inferior, inclosos els d'empresa —i, per tant, també els de les corporacions locals—, podran identificar aquells treballs o aquelles tasques amb substantivitat pròpia dins de l'activitat normal de l'entitat que puguin cobrir-se amb el COSD.

8. Aquests quatre requisits, derivats de l'ET i de l'RCT, han estat conformats per la mateixa jurisprudència com a «requisits per a la validesa del contracte». Per a totes, vegeu les sentències del Tribunal Suprem de 19 de març de 2002 (Ar. 5989), 21 de març de 2002 (Ar. 5009), 23 de novembre de 2004 (Ar. 2005/569), 11 de maig de 2005 (Ar. 4981) i 10 d'octubre de 2005 (Ar. 8004). Vegeu un recull jurisprudencial dels diferents pronunciaments judicials més destacats respecte a aquesta qüestió a la STSJ de La Rioja de 20 d'abril de 2006 (AS. 2225).

9. Entre moltes d'altres, vegeu la STS de 23 de novembre de 2004 (Ar. 2005/569), amb cita de diversos pronunciaments anteriors (FJ 4t).

2.2. Característiques generals i bàsiques del contracte per a obra o servei determinat

Reglamentàriament, s'han previst els següents aspectes generals del contracte, que han estat validats i sovint són recordats per la doctrina judicial:¹⁰

- a) El contracte ha d'especificar i identificar, de manera suficient, clara i precisa, l'obra o el servei que constitueix el seu objecte, requisit que sembla que és més exigent per a les administracions públiques.¹¹
- b) La durada del contracte ha d'equivaler a la del temps exigint per a la realització de l'obra o el servei. Si en la forma escrita del contracte es fixa una durada o un termini, aquests tindran un caràcter orientatiu, ja que en realitat la durada dependrà sempre i en tot cas de la realització efectiva d'aquella obra o aquell servei.¹² Això és: *ab initio*, la durada del COSD està sotmesa a un termini *certus an sed incertus quando*, a diferència del contracte temporal per temps cert exprés (per exemple, el contracte eventual o el derogat —l'any 2006— contracte d'inserció), que està sotmès a un termini *certus an et certus quando*.
- c) El treballador contractat, naturalment, ha de ser destinat a l'obra o el servei que justifica el contracte i no a tasques diferents, consideració que jurisprudencialment ha estat descrita de la manera següent: «[cal que] el treballador sigui normalment ocupat en l'execució d'aquella [obra] o en el compliment d'aquest [servei] i no en tasques diferents.»¹³

10. Vegeu, pel seu interès, les sentències del Tribunal Suprem (TS) de 19 de març de 2002 (Ar. 5989), 21 de març de 2002 (Ar. 5990) i 10 d'abril de 2002 (Ar. 6006).

11. La STSJ de Canàries/Las Palmas de 14 de febrer de 2006 (AS. 1298) considera que les administracions públiques poden recórrer al COSD, si bé el requisit per emprar-lo correctament «és la perfecta i suficient identificació», per la qual cosa rebutja una «al·lusió genèrica i global» en el seu redactat.

12. Aquesta previsió no figurava en el Reial decret 2546/1994 i va ser incorporada en el vigent RCT de 1998, prenent en consideració la jurisprudència, que sempre ha indicat que «la referència a un període temps ha de tenir caràcter de simple previsió i no el d'inserció d'un terme cert i fatal».

13. Sentències del TS d'11 de maig de 2005 (Ar. 4981), 10 d'octubre de 2005 (Ar. 8004) i 24 d'abril de 2006 (Ar. 3628).

- d) El COSD es pot formalitzar a jornada completa o a temps parcial, i sempre ha de fer-se per escrit. Han de constar-hi, entre altres dades, la modalitat contractual escollida, la identificació de la circumstància que determina la durada —i, si escau, una durada orientativa— i el treball que s'ha de desenvolupar.
- e) El COSD s'extingeix, amb la denúncia prèvia de la part, amb la finalització de l'obra o el servei objecte del contracte. Si finalitzen l'obra o el servei referits i no hi ha denúncia expressa de finalització i el treballador continua prestant serveis, el COSD es presumeix prorrogat per temps indefinit, llevat que hi hagi una prova en sentit contrari que acrediti el caràcter temporal de la prestació, la qual cosa no sempre és fàcil d'establir. No obstant això, en el supòsit de les administracions locals, aquesta pròrroga ha d'entendre's referida, si s'escau, a la condició de treballador indefinit no fix, i, per tant, el contracte s'extingeix per amortització de la plaça o provisió definitiva per mitjà d'alguns dels procediments previstos reglamentàriament.
- f) Un aspecte que cal ressaltar i que ha tingut la consideració favorable de la doctrina judicial són els contractes d'obra o servei formalitzats per entitats locals l'objecte dels quals sigui erroni per a aquesta modalitat, però real i cert pel que fa a la seva temporalitat amb una altra fórmula (per exemple, considerar que es tracta d'un COSD quan en realitat es tracta d'un contracte d'interinitat o un contracte eventual). Així, no s'ha acceptat la presumpció de frau de llei quan el COSD està vinculat a la cobertura definitiva d'una plaça específica: es raona que això implica una mera irregularitat formal que no desvirtua la naturalesa real de la interinitat per vacant, per la qual cosa entra en joc l'excepció de l'article 8 RCT, de prova de la naturalesa temporal del contracte.¹⁴
- g) Si el COSD ha tingut una durada superior a l'any, la part que formula la denúncia està obligada a notificar a l'altra el termini del contracte amb una antelació mínima de quinze dies. Si l'ens local incompleix aquest termini, haurà d'indemnitzar el treballador amb una quantitat equivalent al salari corresponent als dies en què dit termini s'hagi incomplert.

14. Sentències del TS de 8 de febrer de 1996 (Ar. 860) i 4 de juliol de 1996 (Ar. 5635), entre moltes d'altres.

2.3. L'objecte del contracte per a obra o servei determinat i les dificultats d'aplicació a l'Administració local

La referència literal a l'objecte del contracte fa evident la dificultat de l'aplicació d'aquest a moltes de les tasques i funcions de l'Administració local. Així, la realització d'una obra o un servei determinats, amb autonomia i substantivitat pròpies dins de l'activitat d'un ajuntament, limitada en el temps i de durada incerta, és una descripció que està pensada en clau privada, però que és difícil d'encaixar en un ens públic.

En primer terme, es tracta d'una obra o un servei que finalitzaran en un moment determinat, malgrat que *a priori* es desconeixi el moment exacte en què això s'esdevindrà, però no sempre: és el supòsit, per exemple, d'un COSD vinculat a concessions administratives i amb un termini de finalització previ fixat exactament. En tot cas, la dada que cal destacar és que, des d'un primer moment, treballador i entitat local són coneixedors que el vincle laboral és temporal, coneixement *ab initio* que impedeix formular altres opcions de continuïtat, excepte el joc de presumpcions *iuris tantum* i *iuris et de iure* que preveu la normativa laboral.

Pel que fa a l'obra o el servei concrets, l'una i l'altre poden derivar de l'activitat normal de l'entitat local, però també d'aquella que no en sigui ordinària o habitual, si bé en tots aquests supòsits haurà de tenir una autonomia i una substantivitat pròpies, això és, haurà de tractar-se de treballs específics i delimitats de la resta de l'activitat normal de l'ens local.¹⁵ En tot cas, si es tracta d'una obra, aquesta ha estat definida jurisprudencialment com «una cosa mesurable, concreta i identificable en l'espai», en la mesura que, si correspon a un servei, no podrà ser un servei de tracte continuat, sinó que s'haurà de consumir o de finalitzar amb la seva realització total, ja que, si s'acceptés aquell primer, qualsevol activitat podria considerar-se un servei a l'efecte del COSD.¹⁶ Per tant, no cal que siguin obres o serveis públics extraordinaris, fora d'allò que és normal o imprevist, sinó que és suficient que estiguin al marge de la prestació de serveis ordinaris.¹⁷

15. STS de 19 de gener de 1995 (Ar. 362).

16. STSJ de La Rioja d'11 de juliol de 2002 (AS. 2839).

17. STSJ del País Basc de 24 de març de 1994 (AS. 872).

Però, si es tracta de serveis o obres noves, s'ha de dir que la jurisdicció opta pel COSD, en detriment del contracte eventual, quan la finalitat del contracte temporal enllaça amb la que tenia el contracte derogat per nova activitat. S'ha considerat que el contracte eventual no és l'adequat i sí que ho és el COSD,¹⁸ fins i tot quan l'ampliació de l'activitat o el servei públic té un cert caràcter de permanència.¹⁹

Hem dit que l'objecte del COSD, segons el redactat de la Llei, està pensat fonamentalment per al sector privat. Acredita això el fet que és un contracte d'ús comú i habitual en determinats sectors econòmics, com ara el de la construcció i les obres públiques, la indústria naval, el muntatge d'elements metàl·lics, etc., però res no impedeix la seva inserció en d'altres sectors, obres o serveis, dels quals són ampli testimoni les sentències judicials. I en aquest àmbit es troben el sector públic i, més concretament, les diferents administracions públiques existents, incloses les corporacions locals.

El marc d'aplicació del COSD a l'Administració local ha donat origen, juntament amb l'existència d'altres modalitats de contractes temporals, a l'estudi d'aspectes diversos de gran interès: els incompliments formals, els incompliments de fons, les infraccions en el termini o en els requisits de pròrroga, les conseqüències d'aquestes consideracions, com és la possible conversió del contracte en indefinit, entre d'altres. Alguns d'aquests aspectes ja han estat esmentats i altres ho seran més endavant.

D'entre totes aquestes qüestions, destaca la possibilitat de l'entitat local de concertar un COSD basant-se en allò que podríem anomenar *circumstàncies exteriors a la naturalesa de l'activitat desenvolupada*. En conseqüència, el factor de temporalitat del contracte, en el qual es fonamenta la fórmula a què ens referim, no es predica de l'activitat que es porta a terme —l'obra o el servei concrets—, que pot ser temporal però també permanent, sinó de factors externs que creen incertesa per a l'entitat local. Els supòsits més coneguts són els COSD vinculats a contractes i concessions administratives i els COSD que deuen la seva existència a un pla d'actuació o a una subvenció externa a l'Administració local. En l'apartat setè ens referirem a aquest darrer supòsit, atès que és una pràctica administrativa habitual i no exempta de dificultats.

18. STSJ d'Aragó de 30 de setembre de 2002 (AS. 2724).

19. En concret, la STSJ de Navarra de 25 de juliol de 1996 (AS. 2669) estableix que la finalitat del contracte eventual és donar sortida a activitats conjunturals o esporàdiques en relació amb les funcions pròpies de l'entitat, la qual cosa no casa amb la circumstància descrita en el text principal.

2.4. La identificació precisa de l'obra o el servei objecte del contracte

Com a pas previ a la determinació dels supòsits en què és possible formalitzar un COSD, es fa necessari establir amb claredat aquells aspectes sobre la identificació que han donat peu a més dubtes o conflictes pràctics. Com ja hem indicat, l'article 2.2a RCT prescriu que el contracte haurà d'especificar i identificar suficientment, amb precisió i claredat, l'obra o el servei que constitueix el seu objecte. No són pocs els COSD que, sota aquesta modalitat, contenen identificacions insuficients o fins i tot una manca total de justificació; en d'altres es confon la modalitat de contracte, ja que seria més encertada una altra, com ara la del contracte eventual o el d'interinitat.

Els punts fonamentals que podem establir respecte a aquesta qüestió són els següents:

a) En primer lloc, la identificació adequada de l'obra o el servei s'ha considerat un requisit fonamental i essencial i és una qüestió que fins i tot han recollit les lleis presupostàries quan el contractant és una administració:²⁰ «[...] difícilment pot existir una obra o un servei d'aquesta classe, o si més no difícilment pot saber-se quins són, si els mateixos no s'han concretat i determinat prèviament en el contracte concertat [...], de manera que la conseqüència d'això és que «[...] si hi manca aquesta concreció o determinació és forçós deduir el caràcter indefinit de la relació laboral corresponent, per què o bé no existeix realment obra o servei concret [...] o bé es desconeix quines són, amb la qual cosa s'arriba al mateix resultat [...] el contracte es presumeix concertat per temps indefinit [...]».²¹ Això significa que, si una obra o un servei concret està compost per diverses subobres o subserveis, és necessari determinar si el treballador està ad-

20. Així, com a manament adreçat a l'Administració de l'Estat, l'article 37.2 de la Llei 42/2006, de 28 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat, preveu que els contractes hauran de formalitzar-se seguint les prescripcions de l'article 15 ET: «En els contractes es farà constar, si s'escau, l'obra o servei per a la realització de la qual es formalitza el contracte [...]».

21. STS de 2 de març de 1990 (Ar. 1749). Precisament el fet que la descripció d'una obra o servei sigui inconcreta o difusa, afegit a la llarga durada d'aquesta, pot ser pres com un índex de frau de la llei: vegeu, respecte a aquesta qüestió, la STS de 10 d'octubre de 2005 (Ar. 8004), en la qual l'obra es va estendre del 1994 al 2001. Vegeu un recull de sentències relacionades amb aquesta qüestió a la STSJ de la Rioja de 20 d'abril de 2006 (AS. 2225).

crit a la primera en global o a una d'aquestes últimes específica, ja que hi ha la possibilitat que, davant la indefinició, els tribunals de justícia resolguin que l'adscripció és a la totalitat de l'obra o el servei i qualifiquin el cessament anticipat d'*acomiadament*.²² No obstant això, s'accepta la finalització gradual, i, per tant, la finalització també progressiva, dels COSD, quan no hi hagi actuació fraudulenta de l'Administració, de manera que s'accepta que, a mesura que es vagi acabant l'obra o el servei, es vagin extingint els contractes vinculats a aquests, quan ja no siguin necessaris.²³

b) Ni l'ET ni l'RCT precisen què ha de considerar-se com a obra i què ha de considerar-se com a servei. Seria molt difícil que poguessin fer-ho sense caure en una casuística inassolible jurídicament. De l'anàlisi de la pràctica administrativa i de la jurisprudència poden extreure's orientacions, però sempre amb una certa imprecisió. Així, un contracte d'obra serà aquell en què «[...] el treball contractat impliqui l'execució material d'allò que per obra s'entén en sentit vulgar i ampli: construcció, jardineria, muntatges metàl·lics [...]», mentre que el contracte de servei abastarà tots aquells supòsits que no encaixin en el d'obra.²⁴ Però aquesta distinció —en negatiu, per al cas del servei— és igualment confusa, i prova d'això és que nombroses sentències judicials qualifiquen d'*obra* el que d'altres, davant d'una circumstància idèntica, adjectivitzen com a *servei*.

22. STS de 12 de febrer de 1990 (Ar. 900), segons la qual la no-determinació de les fases, els llocs o les unitats concretes comporta la correcció del COSD, però també el reconeixement que el treballador estava vinculat a la bona fi de totes aquestes, i no sols a una part. És un bon exemple d'aquest fet la STS de 19 de juliol de 2005 (Ar. 8339), que tracta sobre els COSD formalitzats per a la «neteja de residus del *Prestige*» (el vaixell petroler enfonsat davant la costa de Galícia a finals del 2002). La sentència del Tribunal Suprem considera obvi que es tracta de COSD prototípics, però es planteja si és suficient la indicació que es feia en els contractes o bé calia una major precisió per a cada treballador, indicant la platja o les platges concretes en què anaven a treballar. En aquest cas, s'accepta com a prova suficient la finalització gradual, sempre que no es demostrí la concurrència d'activitat fraudulenta de l'entitat que contracta.

23. La STS de 29 de febrer de 1988 (Ar. 966) va indicar que no es pot pretendre que obres o serveis importants, que ocupen nombrosos empleats en diverses funcions, obliguin que aquests estiguin tots en actiu, fins i tot quan ja han acabat la seva tasca individual, «en espera del dia en què l'obra es doni per finalitzada totalment i absoluta, la qual cosa pugna amb la racionalitat exigible a les normes jurídiques [...]». En el mateix sentit, vegeu, entre d'altres, les sentències del TS de 16 de maig de 1985 (Ar. 2718), 12 de febrer de 1986 (Ar. 748), 4 de desembre de 1987 (Ar. 8827), 3 de febrer de 1988 (Ar. 566) i, entre les més recents, la de 19 de juliol de 2005 (Ar. 8339), referida al cas del petroler *Prestige*.

24. STS de 18 d'octubre de 1993 (Ar. 7838).

c) Hem pogut constatar, però, que la principal dificultat amb què es trobarà una entitat local serà precisament establir si tal activitat és o no un servei a l'efecte d'un contracte d'aquesta mena, ja que, perquè el contracte sigui vàlid, cal la concurrència efectiva de la causa del COSD.²⁵ Així, mentre que la realització d'una obra és un procés relativament senzill d'identificar, el servei pot comportar certa confusió, ja que molts serveis no poden ser objecte d'un contracte temporal. En aquest sentit, podem recordar els termes emprats per la jurisdicció:²⁶ un servei, perquè sigui un servei a l'efecte d'un contracte temporal d'aquesta mena, no només ha de comportar una acció i un efecte de servir —que pot predicar-se de qualsevol treball—, sinó que s'ha de consumir i finalitzar amb la seva realització total, cosa que no succeeix en els serveis de tracte continuat, en els quals la fi en si mateixa és la repetició indefinida d'una sèrie d'actes; «[...] en cas contrari, qualsevol activitat laboral podria considerar-se servei i limitar-se la seva durada al compliment de qualsevol condició resolutòria, de tal manera que el contracte de treball quedaria desnaturalitzat». Així, referint-se a una entitat local, s'ha valorat que no poden «ser objecte de contractació temporal, per exemple, els serveis administratius permanents d'un Ajuntament, doncs constitueixen l'activitat pròpia, estructural, immanent, habitual, ordinària i genèrica del mateix [...]».²⁷ En conclusió, el COSD no és possible «[...] per executar tasques de caràcter permanent i durada indefinida en el temps, que han de mantenir-se i perdurar per no respondre a circumstàncies excepcionals que pugessin comportar la seva limitada durada, sinó que formen part del procés productiu ordinari».²⁸

Tanmateix, ni la forma escrita amb la inclusió de la descripció de l'obra o el servei constitueix una exigència *ad solemnitatem*, ni la presumpció de conversió del contracte en indefinit per l'incompliment formal és *iuris et de iure*: «És destructible, doncs, per prova en contrari que acrediti la seva naturalesa temporal. Però si la prova fracassa, el contracte esdevé indefinit.»²⁹

d) Per tal que una obra o un servei determinats siguin vàlids a l'efecte d'un COSD, han de caracteritzar-se també pel fet que la seva durada no depengui de la voluntat del

25. STS de 21 de març de 2003 (Ar. 3818) i STSJ de Catalunya de 16 de desembre de 2003 (AS. 121/2004).

26. Vegeu, per a totes, la STSJ de Canàries de 30 de març de 1993 (AS. 1188).

27. Vegeu la STSJ de Canàries esmentada en la nota anterior.

28. STS de 22 d'abril de 2002 (Ar. 7796).

29. STSJ de la Rioja de 20 d'abril de 2006 (AS. 2225).

treballador i, encara menys, de l'entitat local. Si aquesta durada està vinculada a una decisió unilateral resolutòria de la corporació, el COSD no sembla viable, llevat d'excepcions molt concretes en què hi hagi causes de força major que el facin viable.³⁰

e) Les opcions de la negociació col·lectiva apareixen clares en l'article 15.1a ET: en primer lloc, els convenis col·lectius sectorials estatals i d'àmbit inferior poden servir com a guia per identificar aquestes obres o serveis. Tanmateix, la inexistència de negociació col·lectiva sectorial en l'Administració local fa parcialment inviable aquesta opció, per això hem d'anar a un segon terme, a les possibilitats que la llei ofereix al conveni col·lectiu de cada entitat local. L'article 15.1a ET permet als convenis col·lectius d'ajuntaments o d'altres ens locals identificar aquells treballs o aquelles tasques amb substantivitat pròpia dins de l'activitat normal de l'entitat pública que puguin cobrir-se amb contractes d'aquesta naturalesa. Però aquesta opció té un límit, que és que no es pot, per mitjà de la negociació col·lectiva, desnaturalitzar la modalitat contractual referida: «[...] el conveni col·lectiu pot determinar els esmentats treballs, però sempre sota els pressupostos legals, sense que sigui possible que, per la via de la negociació col·lectiva, es creïn noves modalitats contractuals temporals, no previstes en l'art. 15 de l'ET [...]».³¹ En conclusió, l'article 15 ET es configura com una norma de dret necessari no disponible per conveni col·lectiu.³²

f) A partir de l'anàlisi de les resolucions judicials i la pràctica administrativa podem entreveure algunes pautes que han estat sancionades com a incorrectes o fraudulentament i que, a l'hora d'especificar amb claredat i precisió l'objecte del contracte, l'entitat local no ha de seguir.

30. Vegeu un exemple «clàssic» de força major a la STSJ de Catalunya d'1 d'octubre de 2004 (AS. 3448), relativa a les ràdios i televisions de titularitat pública. S'hi accepta el COSD vinculat a un determinat programa radiofònic, ja que aquests tipus de programes no poden romandre indefinidament i invariablement en antena, si bé poden tenir una durada llarguíssima —la qual cosa no desnaturalitza el COSD. El fet que la durada depengui del favor del públic i de la seva acceptació, permet que l'empresari ostenti la facultat de decidir la finalització del programa —i del contracte— (STS de 29 de gener de 1987 [Ar. 180]).

31. STSJ de Catalunya de 21 de juliol de 2000 (AS. 2466). L'article 15 ET actua aquí com a norma de dret necessari, que ha de ser respectada pel conveni col·lectiu de l'ens local. Una interpretació diferent ha estat rebutjada per la jurisprudència: vegeu la STS de 17 de desembre de 2001 (Ar. 2002/2028) i la STSJ de Catalunya de 23 de febrer de 2004 (Ar. 1793).

32. STSJ d'Andalusia/Sevilla de 13 de setembre de 2002 (AS. 2003/870).

Així, no és acceptable el seguit de mancances o imprecisions següents: en primer lloc, la manca de causa específica o l'absència de concreció escrita d'aquesta;³³ en segon lloc, incorreccions de menor grau, però significatives, com ara la simple indicació genèrica de la categoria professional o del fet que les funcions que es duran a terme s'insereixen en una categoria o grup professional,³⁴ o la descripció genèrica de prestar serveis professionals en un determinat centre de treball;³⁵ en tercer lloc, l'enunciat de serveis o activitats genèriques del tipus «gestió de serveis municipals», «serveis de neteja», «obres públiques».³⁶ Tot això que hem indicat s'ha de cohonestar amb el fet que la determinació escrita és una exigència formal: si hi manca, o és etèria, es presumirà el caràcter indefinit del contracte, però serà possible també que l'entitat local desvirtui aquest fet mitjançant una prova en sentit contrari,³⁷ ja que la forma escrita amb inclusió de la descripció clara i precisa no és en cap cas una exigència *ad solemnitatem* ni la presumpció que es deriva de la seva manca —contracte indefinit— és *iuris et de iure*.³⁸

g) Sobre els límits de la mobilitat que l'entitat local pugui imposar al treballador, també és important assenyalar les possibilitats existents quan l'empleat està subjecte a un COSD. Diferenciarem, respecte a aquesta qüestió, dues situacions: que el treballador sigui destinat a desenvolupar activitats o funcions diferents de les que conformen l'objecte propi del contracte mentre aquest està en vigor, i que l'entitat local destini consecutivament aquell treballador a obres o serveis diferents, un cop s'acabin l'obra o el servei anteriors, partint d'un primer COSD.

Pel que fa a la primera possibilitat, la jurisprudència entén que, mentre el COSD és vigent, el treballador ha d'estar ocupat en l'execució de l'obra o el servei especificats, i no en tasques diferents. Si en l'execució del COSD les funcions

33. Sentències del TS de 3 de febrer de 1999 (Ar. 1152) i 21 de setembre de 1999 (Ar. 7534).

34. STSJ d'Andalusia de 10 de gener de 1997 (AS. 243).

35. STS de 26 de setembre de 1992 (AS. 6816).

36. STSJ Galícia de 27 d'abril de 1995 (AS. 1524).

37. És evident, doncs, que el COSD podrà tenir virtualitat material real i autèntica malgrat que no s'especifiquin l'obra o el servei o que aquests siguin fets de manera imprecisa o vaga, gràcies a la presumpció *iuris tantum* que l'ET institueix respecte a aquesta qüestió. Tanmateix, una regla de sentit comú ens obliga a recomanar una redacció correcta de la causa del COSD per tal d'evitar la dificultat de prova i el risc que davant la jurisdicció contenciosa laboral pot incórrer l'entitat local a l'hora de provar la realitat de l'obra o el servei.

38. STS d'11 de maig de 2005 (Ar. 4981). La presumpció *iuris tantum* es pot destruir per mitjà d'una prova en sentit contrari que acrediti la naturalesa temporal, però, si la prova fracassa, el contracte esdevé indefinit.

desenvolupades no s'han correspost amb l'obra o el servei determinat que es va fixar, el vincle laboral esdevé indefinit.³⁹ Això últim, però, no impedeix una certa mobilitat, és a dir, la realització de tasques o funcions diferents de les de l'obra o el servei per al qual va ser contractat el treballador, sempre que siguin esporàdiques i molt puntuals,⁴⁰ especialment si aquestes tasques diferents són també de caire temporal,⁴¹ malgrat que alguns pronunciaments judicials sembla que opten per una major flexibilitat i requereixen a l'entitat local una «radical discordança» entre la finalitat del contracte i el que es porta a terme realment.⁴²

La segona circumstància s'esdevé quan l'entitat local desitja adscriure un treballador a diferents obres o serveis successius, però incloent-ho tot en un mateix COSD. Res no impedeix que una mateixa persona pugui dur a terme diferents obres o serveis,⁴³ però sembla que el més adequat és aconsellar que es formalitzi un COSD específic per a cada activitat, que quant aquest finalitzi es doni la quitança a l'empleat i es formalitzi de nou un contracte per a l'obra o el servei següents; i, en el cas que, iniciada una

39. Sentències del TS de 10 de desembre de 1996 (Ar. 9139), 30 de desembre de 1996 (Ar. 9864), 11 de novembre de 1998 (Ar. 9623), 19 de gener de 1999 (Ar. 810), 3 de febrer de 1999 (Ar. 1152) i 21 de setembre de 1999 (Ar. 7534), entre d'altres.

40. La STSJ d'Extremadura de 8 de febrer de 1995 (AS. 492) prohibeix la mobilitat «llevat casos excepcionals». Vegeu la STS de 21 de setembre de 1999 (Ar. 7534), que també permet la mobilitat. La STSJ de Catalunya de 13 de desembre de 2004 (AS. 4012) entén que, si les tasques diferents són «merament conjunturals i esporàdiques», no desvirtuen el COSD, «doncs el fet d'encomanar tasques alienes al contracte, si es compleix l'objecte prioritari d'aquelles i aquestes són esporàdiques, no poden convertir una relació temporal en indefinida, quan clarament consta la voluntat de les parts de vincular-se amb la primera». En aquesta sentència es poden trobar exemples de tasques conjunturals dutes a terme en un ajuntament.

41. STS de 10 d'octubre de 1995 (Ar. 7578).

42. La STSJ de Catalunya de 30 de setembre de 2004 (AS. 3298), on se cita altra jurisprudència (STS de 22 de desembre de 1989 [Ar. 9259], STSJ del País Basc de 12 de novembre de 2002 [AS. 3368] i STSJ d'Astúries de 28 de maig de 1999 [AS. 5945], entre d'altres), estima que el frau no actua «automàticament» pel simple fet de prestar serveis aliens a l'objecte propi del COSD, ja que, perquè hi hagi una extralimitació, cal una «desviació intencional pròpia d'una actuació defraudadora», que exigeix una «oberta i manifesta contradicció entre els termes del contracte i l'ulterior comportament [...]», per la qual cosa no es pot considerar fraudulent que entre les tasques realitzades aparegui «alguna ocasional nota destipificadora del seu propi caràcter quan, en contraposició, s'adverteix una constant línia de desenvolupament contractual [...]».

43. En un altre lloc d'aquesta obra plantejarem, però, les conseqüències que pot comportar aquesta actuació si té lloc el supòsit de fet que preveu la disposició addicional quinzena de l'ET, segons el redactat donat inicialment pel Reial decret llei 5/2006, de 9 de juny, per a la millora del creixement i l'ocupació, i confirmat posteriorment per la Llei 42/2006, en relació amb la previsió introduïda a l'ET (art. 15.5) segons la qual es converteix en indefinit el contracte del treballador que, durant un període superior a 24 mesos dins d'un altre de 30, hagi signat dos o més contractes temporals amb la mateixa entitat local i per al mateix lloc de treball.

obra o un servei, l'Administració cregui necessari reassignar el treballador a una altra obra o un altre servei, entenem que això serà vàlid si s'efectua correctament, és a dir, mitjançant el concurs d'ambdues voluntats (entitat local i treballador), documentat en un nou contracte de treball, ja que «la possibilitat de l'adscripció del treballador a una obra diferent de la inicialment descrita i identificada en el contracte de treball no representa sinó el més simple i natural exercici de la llibertat contractual sancionada en l'art. 1.255 del Codi Civil [...]». I aquesta voluntarietat en el canvi, si no existeix, no es pot imposar: «[...] reconeguda en particular, i de forma expressa, la capacitat i facultat del treballador per oposar-se a la novació en qüestió i romandre així adscrit a la realització de l'obra [...]»⁴⁴

h) En darrer terme, volem respondre a una qüestió de gran transcendència però que no és fàcil d' aclarir, i que sens dubte sovint s'autoformularà el gestor de recursos humans a l'hora de concretar un COSD: fins a quin punt pot fraccionar-se una activitat ordinària de la corporació local, sense que això impliqui un frau de llei en la contractació temporal? Això és: on és el límit entre un *fraccionament artificial* de l'activitat de l'ens local i una *divisió legítima* en diferents obres o serveis?

En respondre a aquesta qüestió s'està intentant evitar que el COSD s'apliqui a la realització d'una obra o un servei públic que constitueixi l'activitat ordinària, continuada i permanent de la corporació. Els supòsits són innumerables i sovint el sentit comú permet una solució adequada,⁴⁵ però d'altres vegades això no és tan clar. De l'anàlisi jurisprudencial podem extreure alguns criteris orientadors, que en tot cas creiem que han de tenir-se sempre presents:

44. STSJ de Catalunya de d'11 de juny de 2002 (AS. 2416).

45. Per esmentar un supòsit propi de l'àrea dels recursos humans, sense gaire dificultats podríem valorar que seria fraudulent un COSD formalitzat amb un administratiu per a la confecció de la nòmina d'un determinat mes, un semestre concret o un any natural, ja que es tracta d'una activitat habitual d'un ajuntament. Per contra, el recurs al COSD per a la realització de la nòmina d'un mes o de diversos mesos específics i determinats en què s'ha hagut d'implementar un nou programa de nòmines i, per tant, s'ha hagut de realitzar, alhora i de manera paral·lela, dues vegades la nòmina —amb el programa antic i el programa nou— per tal d'evitar errades i efectuar les proves necessàries, serà perfectament vàlid, ja que es tracta d'una activitat concreta que requereix, potser, un major volum de personal. Tanmateix, sovint supòsits com aquests són també reconduïbles al contracte eventual.

— L'activitat ha de tenir un perfil específic i diferenciat de l'activitat habitual de la corporació local, és a dir, l'obra o el servei no han de poder inserir-se en el cercle de serveis públics que presta, de manera constant i normal, l'entitat. Un element que ajuda a detectar una irregularitat respecte a aquesta qüestió pot ser el fet que l'obra o el servei esmentats ja es realitzessin anteriorment a la corporació local.⁴⁶

— La identificació de l'obra o el servei ha de ser òbvia, prístina i objectiva, amb independència de la voluntat de la corporació local.⁴⁷ Un altre element que ajuda a rebutjar l'opció del COSD és que hi hagin altres treballadors, amb contractes fixos, que facin exactament la mateixa activitat.

— Es pot assenyalar també la improcedència del COSD per a activitats o obres que, encara que puguin ser fraccionades, siguin de tracte continuat, malgrat que la seva durada sigui més o menys curta en el temps. La jurisdicció ha considerat fraudulents els COSD —i també els contractes eventuais— per a tasques com ara la de professor d'una assignatura ordinària de l'escola municipal o la de professor d'una escola bressol dependent de l'entitat local.⁴⁸

46. STS de 7 de juliol de 1997 (Ar. 6250). Amb referència a un institut públic amb funcions en l'àrea de les enquestes, la STSJ de Catalunya de 8 de juny de 2004 (AS. 2643) rebutja el COSD per a cada enquesta que s'ha de realitzar, ja que s'evidencia «l'existència d'una activitat permanent i continuada en l'entitat demandada, que s'ha d'efectuar tots els anys [...]».

47. La Sentència de l'extint Tribunal Central de Treball de 24 de juliol de 1987 (RTCT 4548) ho va expressar amb molta claredat i correcció: «[...] tasca específica identificable en el temps i en l'espai.»

48. Vegeu, per a aquests casos, la STS de 26 d'octubre de 1999 (Ar. 7838). Les sentències del TS de 27 de març de 2002 (Ar. 5312) i 10 d'abril de 2002 (Ar. 6006) no consideren justificable la limitació en el temps en funció dels cursos escolars i valoren els COSD com a fraudulents. En concret, la STS de 20 d'abril de 2005 (Ar. 3920) indica que les tasques d'una professora en un col·legi constitueixen, en principi, l'activitat natural i ordinària i no és possible qualificar-les d'autònomes i diferenciades de les quotidianes, normals i permanents del centre, de manera que la divisió de la docència en cursos escolars afecta els alumnes, però no el vincle laboral del professorat. La conclusió és que són contractes indefinits no fixos o contractes amb la mateixa naturalesa però dins la categoria dels fixos discontinus (STSJ del País Basc de 12 de març de 2002 [AS. 2454]). En sentit contrari, és a dir, acceptant els COSD en aquests casos, es poden localitzar alguns pronunciaments judicials (vegeu la STSJ de Madrid de 15 de març de 2002 [AS. 1503]).

2.5. La durada del contracte per a obra o servei determinat

Ja ens hem referit a aquesta qüestió en termes generals —la durada serà sempre incerta i la seva fixació escrita serà merament orientativa—, partint de la idea principal que el COSD s'extingeix amb la plena realització de l'obra o la prestació total del servei.

Malgrat això, moltes vegades les corporacions locals tenen clara, des d'un primer moment, la durada real de l'obra o el servei. Per tant, la fixació d'una data pot ser quelcom més que una orientació: pot ser una autèntica previsió de certesa. Però, d'altra banda, és perfectament possible que, fixada una data, si l'obra o el servei finalitzen amb anterioritat, serà aquesta data real, i no l'orientativa, la que s'ha de tenir en compte,⁴⁹ de manera que no es podrà qualificar d'*acomiadament* una extinció abans de temps, si l'obra o el servei han finalitzat realment.⁵⁰ A la inversa, si, arribada la data fixada en el contracte, l'obra o el servei no han finalitzat, l'extinció del contracte suposarà un acomiadament improcedent; en aquest supòsit, la corporació local haurà de continuar mantenint en vigor el contracte per si mateix, sense considerar que es tracta d'una pròrroga, ja que aquesta figura no es preveu en el COSD,⁵¹ encara que el treballador passi a realitzar una altra obra o un altre servei determinat diferent, cas en què haurem d'entendre que s'ha produït una novació objectiva tàcita del COSD, però en cap cas una pròrroga.⁵² Per tant, és lícit que un treballador estigui vinculat, sense solució de continuïtat —o amb períodes ínfims de diferència—, amb la mateixa corporació i amb la modalitat de COSD, si realment aquesta obra o aquest servei són existents: l'encavallament de COSD serà, doncs, possible, si s'acredita la realitat de les diferents obres o serveis.⁵³ Una qüestió d'una altra índole serà la hipotètica aplicació de l'article 15.5 ET a l'encadenament de contractes laborals temporals després de la reforma laboral del 2006 (Reial decret llei 5/2006 i Llei 43/2006), que analitzarem en el capítol corresponent.

49. En aquest sentit, vegeu la STS de 18 de maig de 1995 (Ar. 7579).

50. STS de 3 de febrer de 1988 (Ar. 566).

51. STS de 13 de febrer de 1984 (Ar. 868).

52. Considerem que en aquests supòsits la millor pràctica és donar per finalitzat el COSD primigeni i formalitzar-ne un de nou determinant el nou objecte. Postulem que la millor actuació és formalitzar tants COSD com sigui necessari.

53. STS de 19 de gener de 1995 (Ar. 362).

La durada del COSD, per tant, deriva de la finalització de l'obra o el servei, sense que la voluntat de la corporació local intervingui en la gran majoria de supòsits. I tampoc no podrà dependre de la voluntat d'ambdues parts, per la qual cosa es consideraran nul·les les clàusules previstes en aquest sentit.⁵⁴

La durada, doncs, pot ser més curta o més llarga, i no desvirtua la correcció del COSD que aquest es perllongui durant molt de temps, ja que allò que és important és la realitat de l'obra o el servei, si bé una durada excessiva pot ser un element que desvirtui la correcció del contracte.⁵⁵

Això no impedeix, però, que diferents COSD vinculats a la mateixa obra o el mateix servei finalitzin en dates diferents, de manera esglaonada, conformement disminueix el treball que s'ha de prestar.⁵⁶ Així, s'ha afirmat que «la contractació per obra determinada no ha d'entendre's necessàriament per la realització total, completa i acabada de l'obra de què es tracti, sinó que pot ser per a qualsevol dels seus elements, fases o porcions que, en una planificació tècnica normal, puguin succeir-se tant cronològicament com en la seva ubicació geogràfica o espacial i fins i tot, en les de gran envergadura, en disponibilitats presupostàries successives».⁵⁷ Els conflictes interpretatius que es produeixen, però, hauran de ser provats per l'entitat local pel que fa a la veracitat de les extincions progressives.⁵⁸

54. La STSJ de Catalunya de 7 de gener de 1999 (AS. 68) va considerar improcedent una clàusula incorporada al COSD que establia que es donava per resolt el contracte per decisió unilateral de l'empresari. Les clàusules d'aquesta mena tenen origen, de manera errònia, en una aplicació de la doctrina de la interinitat funcional als vincles laborals temporals, extensió sempre i en tot cas incorrecta.

55. En aquest sentit, la STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 26 de desembre de 2005 (AS. 1081) va entendre que una tasca de cinc anys «es compadia escassament» amb la consideració d'una feina autònoma real, no permanent i singular.

56. L'exemple típic és la construcció d'un habitatge, procés que, conforme es completa i s'acaba, permet anar reduint la plantilla necessària. La STS de 3 de febrer de 1988 (Ar. 567) és clara en assenyalar que no es pot desconèixer una realitat evident que és que les obres i les seves fases, en la construcció, no s'acaben de sobte un dia concret, sinó que s'acaben progressivament, la qual cosa implica la baixa proporcional dels treballadors necessaris. Vegeu, també en aquest sentit, la STS de 25 de març de 2003 (JUR 2003/149960). Un element que pot desvirtuar la bona fe empresarial en aquesta finalització esglaonada és que, malgrat el cessament progressiu de treballadors, després hi hagi noves contractacions de personal de categoria igual o similar (STS d'11 de maig de 2005 [Ar.4981]).

57. STS de 23 de juny de 1998 (Ar. 5483) i STSJ del País Basc de 29 de novembre de 2005 (AS. 2006/619).

58. STS de 13 de novembre de 1987 (Ar. 7870).

2.6. El contracte per a obra o servei determinat vinculat a una contracta o a una concessió administrativa

El contracte per a obra o servei determinat vinculat a una contracta o a una concessió administrativa és una qüestió poc transcendent per a l'Administració, malgrat que sí que ho és per a les empreses i entitats que es relacionen amb aquesta mitjançant contractes o concessions administratives. Però també poden donar-se supòsits d'interès per a les administracions públiques o en què l'existència d'un contracte o una concessió es prediqui d'activitats que portin a terme les corporacions locals en virtut de concerts o convenis amb d'altres administracions, generalment de caràcter supra-municipal o autonòmic.

La possibilitat de recórrer al COSD perquè les referides empreses i entitats puguin fer front a les seves necessitats de personal, però sense vincular-se de manera fixa amb els seus empleats, no ha estat acceptada pacíficament pels tribunals. En un primer moment, el mateix Tribunal Suprem va negar aquesta opció en un molt conegut supòsit en què l'empresa afectada era la concessionària del manteniment de l'enllumenat elèctric d'un gran municipi basc. Davant la tesi inicial de la jurisdicció social basca⁵⁹ que va acceptar la fórmula, el Tribunal Suprem⁶⁰ va entendre que la durada limitada en el temps de la concessió no desvirtuava el caràcter permanent del servei, per la qual cosa la primera circumstància no podia ser traslladada als contractes de treball «que un titular concertat per atribuir-los una durada igual a la de la concessió [...]».⁶¹

59. STSJ del País Basc de 22 de novembre de 1991 (AS. 6238).

60. STS de 30 de novembre de 1992 (Ar. 9292)

61. Durant el període del 1993 al 1995, altres sentències van seguir el criteri d'aquell pronunciament judicial. Així, podem esmentar les sentències del TS de 17 de març de 1993 (Ar. 1866), 10 de maig de 1993 (Ar. 4046) i 4 de maig de 1995 (Ar. 3746).

És evident que aquest criteri produïa una forta distorsió en el marc de les relacions laborals, no solament de les empreses que es vinculen amb l'Administració, sinó també entre els empresaris privats. El sistema econòmic espanyol —i també el sector públic— es caracteritza, cada vegada més, per una pluralitat de processos descentralitzadors que ha estat qualificada de *panorama de desagregació empresarial* i l'objectiu de la qual és aconseguir una major funcionalitat i eficiència de les unitats productives i una major presència i competitivitat en el mercat. Però, d'altra banda, la tesi del Tribunal Suprem conforia el caràcter permanent de l'activitat de l'Administració pública amb el caràcter temporal que aquesta mateixa activitat pogués tenir per a l'empresa concessionària. Per això una part significativa de la doctrina laboralista va destacar aquesta confusió i va insistir que, si qui contracta temporalment és l'empresari concessionari i no l'Administració, per a aquell sí que es donen els pressupòsits de l'article 115.1a ET.

Per això finalment hi va haver un canvi de criteri jurisprudencial ubicable temporalment en la Sentència del Tribunal Suprem de 15 de gener de 1997, seguida per altres pronunciaments posteriors⁶² que han conformat el següent corpus doctrinal:

a) La qüestió bàsica per a aquest supòsit és establir si és vàlid un COSD la durada temporal del qual està determinada per la de la contracta o concessió administrativa. Ho resol la mateixa jurisprudència: no es compleixen els paràmetres formals de l'article 15 ET, això és, un treball adreçat a l'execució o la prestació d'una obra o un servei entesos com l'elaboració d'una cosa, un objecte o una obra amb principi i fi, i tampoc no es dóna un servei determinat, entès com una prestació de fet que finalitza amb la realització total d'aquesta.

b) Tanmateix, sí que pot apreciar-se, en el supòsit referit, una necessitat de treball per a l'empresa que desitja contractar laboralment. Aquesta necessitat està objectivament definida: es tracta d'una limitació «coneguda per les parts en el moment de contractar, que opera, per tant, com un límit temporal previsible en la mesura en què el servei es presta per encàrrec d'un tercer i mentre es mantingui aquest».⁶³

62. STS de 15 de gener de 1997 (Ar. 497). Vegeu també les sentències del TS de 18 de desembre de 1998 (Ar. 1999/307), 28 de desembre de 1998 (Ar. 1999/387), 8 de juny de 1999 (Ar. 5209), 19 de febrer de 2000 (Ar. 6464), 20 de novembre de 2000 (Ar. 2001/1422), 26 de juny de 2002 (Ar. 6839), 31 de maig de 2005 (Ar. 2849), 19 de setembre de 2005 (Ar. 8670) i 5 de desembre de 2005 (Ar. 2006/1316), entre d'altres.

63. Per a totes, vegeu la STS de 4 de maig de 2006 (Ar. 2398).

c) De la mateixa manera, no té transcendència el fet que l'objecte de la contracta o concessió sigui l'activitat normal de l'empresa que concerta amb l'entitat local. Per a la jurisprudència, aquesta circumstància no desvirtua el caràcter temporal de la necessitat del treball: la dada important és la projecció temporal del servei o l'obra sobre el contracte de treball i, a partir d'això, «allò decisiu és el caràcter temporal de l'activitat per a qui assumeix la posició empresarial en aquest contracte»,⁶⁴ de manera que la doctrina del Tribunal Suprem és que «entén vàlid com objecte del contracte d'obra o servei les tasques a realitzar en virtut de contracta, lloguer de serveis o concessió administrativa».⁶⁵

d) En darrer terme, hem de destacar que un factor que han de valorar les empreses que es vegin afectades per aquesta possibilitat de contractació és la possibilitat de recórrer al joc que ofereix el mateix article 15 ET. En concret, la norma legal preveu que els convenis col·lectius sectorials estatals o d'àmbit inferior, inclosos els d'empresa —i, per tant, els de les entitats locals, ja que a aquest efecte tenen aquesta consideració si són subscriptes com a tal ajuntament—, poden identificar aquells treballs o aquelles tasques amb substantivitat pròpia que puguin cobrir-se mitjançant COSD. Segons el parer de la jurisprudència, si el conveni col·lectiu incorpora aquesta possibilitat, serà com si acredités que els agents socials reconeixen la necessitat objectiva que justifica la temporalitat dels contractes en aquest sector específic del tràfic empresarial. Tanmateix, hem de recordar que això no habilita qualsevol redactat que facin les parts negociadores: la negociació col·lectiva concreta i adequada el contingut de l'article 15.1a ET, però no pot desnaturalitzar el COSD per mitjà de la identificació de treballs o tasques que signifiquin trencar l'essència causal d'aquesta modalitat contractual.

64. STS de 4 de maig de 2006 (Ar. 2398).

65. STS de 19 de setembre de 2005 (Ar. 8670).

2.7. El contracte per a obra o servei determinat vinculat a plans d'actuació i subvencions i ajuts externs. La vinculació a dotacions pressupostàries internes

Aquesta és una possibilitat a la qual totes les administracions locals han hagut de fer front: l'aprovació d'un determinat pla d'actuació la durada del qual en el temps és generalment anual, però amb una possibilitat molt elevada que es prorrogui, de vegades de manera quasi indefinida, pel fet de ser-ho també la fórmula de finançament del referit pla, que no és altra que fons o subvencions l'origen dels quals és, totalment o parcialment, una altra entitat pública, o bé empreses o ens privats. En el cas dels ajuntaments catalans, aquest finançament té el seu origen, per regla general, en les diputacions provincials, els consells comarcals o la Generalitat de Catalunya —hem d'incloure-hi, per a un futur, també els consells de vegueria—, però també pot tenir-lo en l'Estat, la Unió Europea o entitats i empreses de caràcter privat, incloent-hi les que no tenen ànim de lucre. En tots aquests casos, s'esdevé una incertesa objectiva real respecte de si l'activitat duta a terme podrà continuar realitzant-se en el futur.

Hem d'avançar que aquesta possibilitat ha estat acceptada pels tribunals, si més no fins als anys més propers en el temps i sens perjudici del que indicarem al llarg d'aquest apartat. Tanmateix, l'ús concret del COSD en aquests supòsits requereix l'acompliment de tot un conjunt de previsions que és necessari establir de manera detallada:

a) En primer lloc, s'ha de partir de la dicció literal de la norma legal i reglamentària. El pla d'actuació haurà d'estar determinat de manera clara i precisa. Això obliga a distingir entre aquests plans i l'activitat normal o habitual de l'Administració local: en aquest darrer supòsit, el COSD no és possible. Això significa que, si l'activitat que s'ha de desenvolupar coincideix amb l'activitat habitual pròpia de l'ens local o no comporta la posada en marxa de serveis o funcions diferents de les que ja realitzava l'entitat abans de l'aprovació del pla sense una durada limitada en el temps, el recurs al COSD és incorrecte.

b) Això que hem dit planteja la qüestió fonamental del debat, que no és altra que determinar si qualsevol activitat o funció duta a terme per una corporació local a partir d'una subvenció o un ajut extern de tipus economicopressupostari, justifica o empara el COSD.

La resposta és ambivalent. En una primera aproximació, cal respondre afirmativament a la hipòtesi que es pot recórrer al COSD si l'activitat depèn d'una subvenció o un ajut extern, però immediatament s'ha d'indicar que això no és cert en tots els supòsits, atès que en les èpoques més recents el criteri del Tribunal Suprem, arran de la reforma laboral de 2001, ha estat restrictiu, ja que, en si, tot el finançament de l'Administració pública és temporal, i això no justifica que tots els seus empleats siguin també temporals.⁶⁶

Inicialment, es pot esmentar tot un seguit de supòsits en què s'ha acceptat el COSD per a programes molt diversos, subvencionats o finançats amb ajuts pressupostaris externs: entre d'altres, programes de prevenció d'incendis forestals, programes de manteniment d'albergs juvenils, serveis d'ajut social a domicili o serveis de guarderia. I es pot citar una profusió de pronunciaments judicials que amb claredat així ho defensaven fins al voltant de l'any 2001.

c) No obstant això, cal establir una tercera i important precisió. Actualment, el COSD no s'admet en tots els casos; en aquest sentit, la jurisprudència en condiona la validesa al fet que l'activitat o funció no sigui permanent o no pugui adquirir aquest caràcter en virtut de condicionants derivats del seu caràcter de servei públic.⁶⁷ Per això, cal distingir dos conceptes diferents quan l'àmbit discutit és el de les corporacions locals: les *activitats permanents* i les *activitats de prestació mínima obligatòria*, aquestes últimes establertes en l'article 26.1 LBRL.⁶⁸

d) Però la reflexió no finalitza aquí: cal fer una quarta precisió. El Tribunal Suprem no accepta que la subvenció o l'ajut extern sigui un factor que per si mateix validi el COSD, i això és com dir que no tots els contractes d'aquesta modalitat que s'emparen en la subvenció o l'ajut extern són jurídicament vàlids, ja que, si es tracta de serveis de prestació obligatòria, la temporalitat no és acceptable. Així, la jurisprudència diu que «[...] no ha elevat, en cap cas, l'existència d'una subvenció a la categoria d'element decisiu i concloent, per si mateix, de la validesa del contracte temporal causal [...]», de manera que «[...] del caràcter anual del Pla, no pot deduir-se la temporalitat de l'obra o servei que aquell subvenciona, doncs es tracta d'una concreció temporal que afecta exclusivament a les subvencions, no als serveis bàsic que les mateixes financen [...]».

66. STSJ de Canàries de 14 de febrer de 2006 (AS. 1298).

67. STS de 10 d'abril de 2002 (Ar. 6006).

68. Així ho expressa literalment la STS de 2 de juny de 2000 (Ar. 6890). Vegeu també les sentències del TS de 30 d'abril de 2001 (Ar. 4613) i 7 de juliol de 2003 (Ar. 4953/2004), entre d'altres.

Els exemples de COSD irregulars són, després del 2001, nombrosos;⁶⁹ per tant, l'exigència dels requisits que preveu l'article 15 ET no queda diluïda per l'existència d'una subvenció.⁷⁰

S'ha mantingut un criteri diferent si el servei o la funció realitzada per l'entitat local no és propi, sinó que és competència d'una altra administració pública i és dut a terme per aquella primera per mitjà de qualsevol de les fórmules de descentralització que permet la nostra legislació. En aquest cas, que la competència correspongui a l'administració que subvenciona però que l'exercici efectiu sigui per a l'entitat local justifica el COSD, fins al punt que «fer dependre la durada dels contractes de treball necessaris per a la prestació d'aquests serveis de la persistència de la subvenció necessària per al seu funcionament, quan aquesta subvenció procedeix d'un tercer i no d'una mera consignació pressupostària de la pròpia empleadora, no és un acte que pugui estimar-se abusiu, en frau de llei o contrari al dret i sí, per contra, susceptible de ser enquadrat en el contracte per servei determinat [...]». I això és així perquè l'autonomia i la substantivitat queden acreditades, però la durada per a l'entitat local és incerta, puix depèn «de dos factors aliens a la seva voluntat: el concert amb l'Administració autònoma i la concessió de la corresponent subvenció».⁷¹ Per això la jurisdicció ha considerat correcte el COSD vinculat a una subvenció concedida per un institut o organisme que tingui com a objectiu social la realització d'activitats o finalitats institucionals permanents coincidents amb l'objectiu de la subvenció, si aquesta pot deslligar-se, amb claredat i precisió, de la funció general. No obstant això, s'ha donat una resposta diferent quan l'activitat subvencionada, encara que no estigui integrada en els serveis d'obligada prestació que fixa la LBRL, té un caràcter ja permanent i estable dins dels serveis que presta la corporació, atès que aleshores esdevé una «activitat permanent i normal de l'empresa» i, per tant, no reconduïble a un COSD.⁷²

69. Vegeu la STS de 10 d'abril de 2001 (Ar. 6006), que no accepta que una activitat com l'ensenyament permanent d'adults portada a terme per un ajuntament amb els ajuts econòmics de la comunitat autònoma sigui justificativa d'un COSD. La STSJ de Canàries/Las Palmas de 14 de febrer de 2006 (AS. 1298) assenyalava amb molta claredat que «quan les tasques són habituals de l'Administració i tenen vocació de permanència no hi ha una obra o servei de durada determinada [...] amb independència de quins siguin els recursos destinats al finançament dels corresponents serveis administratius». Aquest criteri també s'ha estès a entitats no públiques, com és el cas de les fundacions, però que depenguin de subvencions dels «poders públics» i no tinguin ànim de lucre (STSJ de Madrid de 14 de febrer de 2006 [AS.1124]).

70. STS de 24 d'abril de 2006 (Ar. 3628).

71. STS de 19 de febrer de 2002 (Ar. 6464).

72. STSJ de Galícia d'11 de febrer de 2005 (AS. 795).

e) Pel que fa a la durada hipotètica, és fàcil dubtar sobre la licitud d'un COSD que, davant la pròrroga anual sistemàtica de la subvenció externa, que implica la pròrroga del pla d'actuació, comporta que el treballador perllonga els seus serveis amb aquella modalitat quasi indefinidament. En aquest cas, no és estrany que els treballadors plantegin davant la jurisdicció el caràcter de vincle laboral permanent que els uneix amb l'Administració, per regla general amb la fórmula del contracte fix discontinu, quan es tracta de plans reiterats anualment per a períodes concrets. En aquest sentit, s'han de valorar dos aspectes:

1r. En primer terme, la dependència pressupostària real del pla o programa d'actuació amb una cobertura econòmica que pot variar d'un any a un altre. Així, en el supòsit de contractes temporals per a tasques d'extinció d'incendis, es va ressaltar «la dependència pressupostària de l'organisme demanat [...] que solament podrà proporcionar la cobertura necessària per a la vigilància i extinció dels incendis en funció de les seves disponibilitats de tal ordre, que poden diferir d'un any a d'altre [...]».⁷³

2n. En segon lloc, les planificacions anuals no necessàriament han de ser sempre idèntiques, sinó que poden variar en funció de la temporada. Si això és possible, doncs, és a dir, si una planificació anual pot variar respecte a una altra en funció d'uns objectius específics diferents, el COSD serà legítim, de manera especial quan es doni la circumstància, a més a més, que no necessàriament cada any succeeixin les raons que justifiquin la referida necessitat de contractació.

Tanmateix, la pluralitat de circumstàncies fa que no pugui donar-se sempre una resposta clara a les diverses raons que justifiquen l'extinció d'un COSD. Així, pot succeir que la corporació local decideixi continuar prestant el servei pels seus propis mitjans o per mitjà d'altres fórmules de finançament. En aquest cas, serà correcte donar per finalitzat el COSD anterior? La jurisdicció raona que la finalització de la subvenció per part de l'administració que patrocina l'activitat o la funció, justifica la finalització del contracte:⁷⁴ si l'ajuntament decideix continuar aquelles tasques amb el seu propi personal, o cobrir la plaça de manera fixa, o procedir a una nova contractació temporal per a l'execució d'un conveni amb un patrocini econòmic diferent, fins i tot encara que sigui amb la mateixa entitat pública que fomentava l'anterior, cap d'aquestes circumstàncies no desvirtua la correcció de la finalització del COSD anterior.

73. STS de 3 de novembre de 1994 (Ar. 8590).

74. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, la STSJ d'Astúries d'11 de gener de 2001 (AS. 414).

Finalment, respecte a aquesta qüestió, volem posar sobre la taula un fet força habitual, que és si és possible el canvi del treballador contractat mentre la subvenció segueix vigent, és a dir, extingir el COSD i, sense solució de continuïtat, formalitzar-ne un altre de nou. Això serà factible si es donen algunes de les circumstàncies establertes per la llei, que fonamentalment han d'estar vinculades a un incompliment greu i culpable del treballador i a l'acomiadament disciplinari corresponent; però un canvi per raons no justificades donarà peu a un acomiadament improcedent.⁷⁵

Per acabar, analitzarem la correcció d'un COSD vinculat a una dotació pressupostària interna. Si anteriorment hem plantejat la licitud o no d'un COSD derivat d'una subvenció o una dotació econòmica externa, cal indicar que no és gens estrany que es formalitzin contractes d'aquesta mena vinculats als pressupostos o les dotacions de la mateixa entitat local. Llevat que ens trobem davant d'un supòsit en què quedin clarament determinades l'autonomia i la substantivitat pròpies de l'obra o el servei, hem d'entendre que aquests COSD són fraudulents. En aquest sentit, la vinculació exclusiva del COSD a la dotació econòmica anual de la corporació local no permet donar validesa al contracte: si la liquiditat econòmica depèn de manera exclusiva del fet que l'entitat decideixi incloure o no la dotació suficient en cada pressupost anual, basant-se en criteris d'oportunitat o d'elecció política, el COSD és fraudulent.⁷⁶

Tot això ens porta a formular una pregunta final, relacionada amb el nou article 52e ET: significa aquest precepte la finalització dels COSD vinculats a subvencions?

En gran manera així ho entenem, amb les matisacions adequades a l'afirmació, que ja hem apuntat. La jurisprudència havia establert un conjunt de pronunciaments sobre el COSD vinculat a un ajut o una subvenció externa i havia fixat la seva licitud, abans de l'entrada en vigor del nou apartat e de l'article 52 ET (segon redactat, donat pel Reial decret llei 5/2001 i la Llei 12/2001). *A posteriori*, la jurisprudència ha estat modulada, de manera que ara podem afirmar que la dotació pressupostària aliena, limitada en el temps i variable, no és un element decisiu i exclouent, per si mateix, de la validesa del COSD; en canvi, el que sí que és decisiu ara és la causa de la temporalitat i la singulari-

75. STSJ de Canàries/Santa Cruz de 15 de novembre de 2001 (AS. 116/2002).

76. STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 17 de juny de 2002 (AS. 2215): «[...] quan això succeeix, és a dir, quan la durada del contracte depèn de l'exclusiva voluntat de qui proporciona l'ocupació, no solament és que ens trobem davant un supòsit diferent [...] sinó que el que hi ha és una prohibició legal [...] en el que expressament es disposa que la validesa i el complement dels contractes no poden deixar-se a l'arbitri d'un dels contractants [...]»

tat de l'obra o el servei, ja que és factible finançar per mitjà d'ajuts externs serveis que són permanents, habituals i ordinaris de l'Administració. En paraules del mateix Tribunal Suprem, amb l'article 52e ET «s'està reconeixent que el finançament en si mateix no pot ser causa de la temporalitat de la relació».⁷⁷

Si bé caldrà analitzar l'evolució futura de la doctrina judicial, ja podem esmentar supòsits en què es refusa el COSD i s'entén que el contracte ha de ser fix, malgrat que tingui un suport, total o parcial, en subvencions externes. Així, entre d'altres, s'han considerat fraudulents els COSD vinculats a subvencions per a la realització de funcions de serveis socials municipals.⁷⁸

No obstant això, és evident també que la mala redacció tècnica de l'article 52e ET pot portar a la seva inaplicació real i al fet que molts ens locals continuïn formalitzant contractes temporals d'aquesta mena. Les raons són diverses, però creiem que l'origen del desgavell jurídic actual no és altre que haver pensat en l'extinció, i no en l'accés. L'article 52e ET estableix una causa d'extinció dels contractes fixos realitzats *ex professo* i vinculats a una subvenció o un ajut extern finalista, però en cap moment no s'ha previst, per via d'una llei o un reglament, el procediment de selecció per a un supòsit tan peculiar, que entenem que també hauria d'haver estat plantejat. Sembla inversemblant que una corporació local convoqui un concurs públic per proveir una plaça per mitjà d'un contracte fix, inclòs en l'oferta d'ocupació pública, on s'estableixi expressament que l'aspirant que superi el procés veurà extingit el seu contracte quan la subvenció de la qual depèn finalitzi, ja sigui al cap d'uns quants mesos o de diverses dècades. D'altra banda, la norma laboral no ha previst com restaria aquest treballador *ad hoc* davant de supòsits de promoció, mobilitat geogràfica, mobilitat funcional o modificació substancial de les condicions de treball, entre d'altres: se li podria aplicar aquest conjunt de possibilitats que preveu l'ET i, per tant, quedaria desvirtuat el contracte fix inicialment vinculat a la subvenció?, l'exercici d'una mobilitat trencaria el recurs a l'acomiadament de l'article 52e ET? No ens sembla que aquest precepte sigui una solució coherent a la qüestió plantejada i deduïm que, en la pràctica, les administracions continuaran formalitzant COSD malgrat que l'empara legal ja no existeixi.

77. STS de 10 d'abril de 2002 (Ar. 6006).

78. STSJ de Cantàbria de 22 d'octubre de 2003 (AS. 864/2004).

Bibliografía

Boltaina Bosch, X. «La extinción de los contratos de trabajo en la Administración Pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias». *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 65 (2002).

Garcia Ninet, J. I. *El contrato para la realización de obra o servicio determinado*. «Colección laboral», núm. 19. València: Tirant lo Blanch, 1995.

Garcia Ninet, J. I.; Vicente Palacio, A. *Contrato temporal por obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*. València: Tirant lo Blanch, 1998.

Miñarro Yanini, M.; Vicente Palacio, A. *Contrato para obra o servicio determinado (recopilación de sentencias desde enero de 1991 hasta diciembre de 1997)*. València: CISS, 1999.

Vicente Palacio, A. *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*. València: Tirant lo Blanch, 1996.

3

El contracte eventual per circumstàncies de la producció

3.1. Marc general. El contracte eventual com a modalitat contractual

L'article 15, apartat *b*, de l'ET regula l'anomenat *contracte eventual per circumstàncies de la producció* amb una terminologia clarament privatista, la qual cosa no ha impedit que sigui una de les fórmules contractuals més extensament emprades per les corporacions locals. Ordinàriament, el treballador contractat amb aquesta modalitat de contracte s'anomena *eventual*; en el cas de les administracions locals, això no ha de portar-nos a confusió, ja que aquest concepte no guarda cap mena de vincle ni relació amb el dit *personal eventual*. Com a contracte de treball, és la modalitat *estrella* del sistema de relacions laborals espanyol, atès que supera fins i tot el COSD en nombre de contractes registrats anualment.⁷⁹

Així, el contractat eventual a l'empara de l'article 15.1, apartat *b*, ET és un treballador temporal que es regeix per la normativa laboral, de manera especial per l'ET i l'RCT. Per contra, el personal eventual, anomenat *funcionari eventual* abans de la promulgació de la Llei de funció pública de 1984, es regeix per la normativa administrativa, en cap cas li és d'aplicació el règim laboral i les seves funcions estan circumscrites a tasques d'assessorament o de confiança especial o a funcions directives. Entre l'un i l'altre, doncs, no hi ha cap nexa jurídic, ni proper ni llunyà.

Hem dit que el COSD no ha tingut una aplicació pacífica en l'àmbit públic, i el mateix es pot afirmar del contracte eventual: la seva aplicació a l'Administració ha estat complexa, si bé el fet que la seva durada està limitada en el temps ha limitat el grau de litigiositat en el seu ús. No obstant això, també aquest tipus de contracte s'ha adaptat, per mitjà de la jurisprudència, a les entitats públiques, on s'ha aplicat a supòsits *ad hoc* propis del món administratiu.

79. Així, durant els anys 2002, 2003 i 2004 es van formalitzar a Espanya, respectivament, un total de 6.233.171, 6.466.845 i 7.117.436 contractes eventuais. Aquesta última xifra superava en més d'un milió la de COSD formalitzats, que se situava en 6.057.836 (2004), enfront dels poc més de 5 milions de l'any 2002. L'any 2005 es van formalitzar un total de quasi 7,5 milions de contractes eventuais, de manera que es va configurar com el contracte més utilitzat en el panorama de relacions laborals a Espanya. El mateix es pot dir de Catalunya, on l'any 2005 es va formalitzar un total d'1.191.000 contractes eventuais.

La legislació vigent sobre el contracte eventual s'estableix en l'article 15.1b ET i en l'RCT, que desenvolupa el referit precepte.

Per mitjà del contracte eventual es pretén que l'empresari —les corporacions locals, en el nostre cas— pugui atendre determinades circumstàncies imprevistes. Literalment, la norma es refereix a l'atenció de les exigències circumstancials del mercat, l'acumulació de tasques i l'excés de comandes, fins i tot quan es tracti de l'activitat normal de la corporació. Destaquem, doncs, que la terminologia que es recull en l'article 15 ET és bastant inapropiada per a la seva aplicació a l'Administració local (*mercat, comandes*), però això no impedeix que s'apliqui, sinó al contrari, malgrat que també es pot afirmar que les tres possibilitats poden agrupar-se, conceptualment, al voltant d'una única idea central, que és que el personal disponible en la corporació local i les necessitats d'empleats públics que li calguin per fer front a la prestació de serveis poden estar desajustades, cosa que impedirà a l'ens local atendre de manera correcta les necessitats conjunturals de la corporació.

Cal indicar també que els convenis col·lectius poden determinar les activitats per a les quals es poden contractar treballadors eventuais i poden fixar criteris generals relatius a la relació adequada entre el nombre de contractes que es poden realitzar i la plantilla total de l'empresa.

3.2. Característiques generals i bàsiques del contracte eventual

El desenvolupament essencial del contracte eventual està previst en l'RCT, que regula els seus aspectes fonamentals en consonància amb l'article 15.1*b* ET:

a) Ja hem indicat l'objecte del contracte eventual, que pot abastar diversos supòsits que inclouen fins i tot l'activitat normal de l'empresa però que comporten unes circumstàncies conjunturals i excepcionals. En concret, no cal que les tasques que s'han de realitzar siguin extraordinàries o anòmales, sinó que és suficient que es produeixi un augment de la necessitat d'empleats en l'activitat ordinària en el servei públic,⁸⁰ que no s'ha de confondre, tanmateix, amb qualsevol situació, comanda o encàrrec.⁸¹ Però és precisament la facilitat d'al·legació de causes no reals la que permet considerar aquest contracte com un dels més fraudulents en la pràctica. És per això que l'omissió de l'expressió de la causa, o la descripció d'una causa generalista o difusa, i de les circumstàncies que concorren per tal que el contracte eventual sigui vàlid, dóna lloc a una presumpció de contracte fix en l'àmbit privat, que per a les entitats locals serà indefinit no fix, llevat que hi hagi una prova en sentit contrari que acrediti la naturalesa temporal.⁸²

80. STS de 16 d'abril de 1994 (Ar. 4208).

81. En altres paraules, no qualsevol d'aquests fets justifica la temporalitat. Solament quan es donin «especialíssimes» circumstàncies puntuals d'un fet concret i específic que comportin un increment inusual de l'activitat de la corporació, manifestament superior al normal i ordinari que pugui comportar qualsevol altre fet, serà possible recórrer al contracte eventual. Vegeu les sentències del TSJ de Catalunya de 4 de juliol de 2003 (AS. 2003) i 26 de novembre de 2003 (2004/115). La STSJ de Catalunya de 16 de desembre de 2003 (AS. 2004/121) és força plàstica en indicar, per exemple, que un contracte eventual és conforme al dret si es pot acreditar que, abans de contractar el treballador, el nivell de producció era «manifestament inferior» a l'assolit durant la vigència del contracte i, «el que és encara més important, que amb posterioritat a la seva fi, el ritme productiu torna novament a descendir fins a nivells aproximats o similars als existents abans de la seva formalització».

82. Aquesta conclusió de presumpció *iuris tantum* és molt important, ja que els tribunals entenen que la manca de justificació formal, o la seva poca claredat, si bé implica la presumpció de contracte fix (o indefinit no fix, en les corporacions locals), no converteix la relació en permanent de manera inevitable i fatal, atès que és possible que l'entitat pública pugui desvirtuar la conseqüència per mitjà de la prova corresponent. La càrrega d'aquesta prova es traslladarà a la corporació (STSJ de Catalunya de 18 d'octubre de 2004 [AS. 3190]), ja que el defecte formal en el contracte no impedeix afirmar la seva naturalesa temporal si s'acredita que efectivament es tracta d'una situació d'eventualitat (STS de 12 de març de 2002 [JUR 2002/139360]). La prova es traslladarà, però, de l'àmbit contractual al judicial (STSJ de Catalunya de 4 de febrer de 2003 [AS. 1696]).

Més enllà d'això —que no és poc—, no es requereix cap condició particular pel que fa al treballador ni a l'entitat que contracta.⁸³

b) El conveni col·lectiu de l'entitat local pot determinar les activitats en què es poden contractar treballadors amb aquesta modalitat i poden fixar criteris generals relatius a la relació adequada entre el nombre de contractes eventuais que es puguin realitzar i la plantilla total de l'entitat local, concepte que és molt difús aplicat a les corporacions locals, però que entenem en principi que pren com a referència exclusiva la plantilla laboral.

c) Un dels aspectes més conflictius, doncs, serà la distinció entre una necessitat contingent, que permetrà el contracte eventual, i una necessitat permanent, que no el possibilitarà. En el contracte eventual, la temporalitat ha de ser causal i contingent, i per distingir-la de la permanent, la normativa es basa en factors objectius, com és el temps que persisteixen les circumstàncies.⁸⁴ No obstant això, la simple irregularitat de les tasques de l'entitat no pot ser raó única i suficient per al contracte eventual, atès que aquest no s'accepta si aquella «irregularitat és quelcom que va unit a la pròpia naturalesa del sector productiu», ja que en aquest cas no es tractarà d'una situació extraordinària, sinó habitual, i la fórmula serà la del contracte a temps parcial,⁸⁵ qüestió que desenvoluparem àmpliament en el capítol setè.

La *durada* màxima del contracte eventual serà de sis mesos, dins d'un *període* de dotze, comptadors a partir de la data en què es produeixi la causa o la circumstància que justifiqui l'ús del contracte —i no a partir del moment en què es formalitzi el contracte.⁸⁶ Si inicialment la durada és inferior, l'RCT permet una única pròrroga, que podrà ser de fins a sis mesos o inferior, però que en cap cas podrà excedir aquesta *durada* màxima (art. 3d RCT). Si en un contracte eventual de durada inferior als sis mesos no es produeix cap manifestació de voluntat o cap denúncia expressa, s'entén que queda prorrogat fins a la durada màxima, sempre

83. Vegeu les sentències del TSJ de Catalunya de 4 de febrer de 2003 (AS. 1696) i 18 d'octubre de 2004 (AS. 3190), que no accepten les expressions o fórmules vagues, genèriques o poc expressives.

84. STS de 21 d'abril de 2004 (Ar. 4360).

85. STSJ de Catalunya de 4 de juliol de 2003 (AS. 3774).

86. STSJ del País Basc 14 de maig de 2002 (JUR 2002, 146199).

que el treballador continuï prestant serveis a l'entitat local.⁸⁷

La raó de fixar la durada màxima en sis mesos és que, ordinàriament, es considera que un increment de feina puntual i excepcional no requereix en principi un període més llarg; en cas contrari, aquest increment de feina s'entendria consolidat i de caràcter permanent. Tanmateix, pot ser difícil determinar el moment precís en què succeeix «la causa o circumstància que justifiqui» el contracte. Entenem que cal una interpretació relativament generosa i, en aquest sentit, s'ha acceptat fins i tot que el contracte eventual es formalitzi abans de l'inici de l'activitat,⁸⁸ si aquesta diferència temporal és petita i hi ha raons que ho justifiquin (agafar experiència, organitzar el treball futur, etc.).

Hem de destacar la previsió de l'article 3d RCT, perquè pot donar peu a situacions de frau o irregularitat. La norma distingeix entre *durada* i *període*, que generalment en les entitats locals són els referits sis i dotze mesos. Un contracte pot tenir —o pot ser prorrogat— fins a una *durada* màxima de sis mesos, però la norma no assenyala res sobre què succeeix si aquesta *durada* inicial, o prorrogada, s'estén més enllà del *període* de dotze mesos.⁸⁹

d) La llei permet modificar els dos períodes de referència esmentats (sis i dotze mesos, però mai en el supòsit de conveni col·lectiu empresarial). Això ha comportat que, en no haver-hi convenis col·lectius supralocals o d'àmbit sectorial a l'Administració local, la realitat pràctica i quotidiana és que no es pot superar el període de sis mesos. No obstant això, arran de la jurisprudència iniciada l'any 2004,⁹⁰ la situació pot ser diferent. Aquesta doctrina judicial ha establert que, en absència de conveni a l'entitat local,

87. Les estadístiques del Ministeri de Treball acrediten que el contracte eventual és, per naturalesa, un contracte de curta volada en el temps. Dels quasi 6,5 milions de contractes d'aquesta mena formalitzats l'any 2004, quasi 3,4 milions eren per un temps igual o inferior a un mes. Aproximadament 2,9 milions d'aquests tenien una durada entre més d'un mes i sis mesos. I, pel que fa a les opcions de la negociació col·lectiva d'ampliar els períodes, s'ha de dir que únicament es van concretar 159.000 contractes de sis a dotze mesos i es van reduir a quasi 2.500 els que van superar els dotze mesos.

88. STSJ de Catalunya de 5 de febrer de 2002 (AS. 1437).

89. Per exemple, si l'increment de l'activitat del municipi té lloc l'1 de gener de 2008, el contracte podrà ser formalitzat fins a una *durada* màxima de sis mesos, dins del *període* dotze, i aquest *període* s'estendrà des de l'1 de gener de 2008 fins al 31 de desembre de 2008. Tanmateix, l'ambigüitat de la norma sembla que permet la legalitat d'un contracte eventual formalitzat el darrer dia del *període* (31 de desembre de 2007) i que té una *durada* de sis mesos (això és, fins al 30 de juny de 2008), la qual cosa, si bé formalment no sembla proscribida, topa amb la finalitat o el sentit del contracte eventual.

90. Per mitjà de les sentències del TS de 7 d'octubre de 2004 (Ar. 2005/2167) i 1 de juny de 2005 (Ar. 9663).

s'apliqui a cada activitat el conveni col·lectiu sectorial privat de referència (neteja, construcció, oficines i despatxos). Si en el futur aquest criteri es consolida,⁹¹ serà possible que en una mateixa corporació, segons l'àmbit d'activitat de cada servei o dependència, pugui haver-hi contractes eventuais de durada superior, amb el règim següent:

— Un conveni col·lectiu sectorial estatal o, si no n'hi ha, un conveni sectorial autonòmic, provincial o d'àmbit inferior —però sempre sectorial—, podran modificar la durada màxima d'aquests contractes i el període dins del qual es poden realitzar (una o altra circumstància, o totes dues alhora, art. 3.2b RCT), basant-se en el caràcter «estacional» de l'activitat en què puguin produir-se les referides circumstàncies.

— Si així es pacta, la norma convencional sectorial pot establir un període màxim de divuit mesos, dins dels quals el contracte eventual no pot superar el període de les tres quartes parts d'aquests i, en tot cas, mai no pot superar els dotze mesos.⁹²

e) L'article 3.2d RCT permet que el contracte, si és de durada inferior als sis mesos —o el temps que es fixi per mitjà de la negociació col·lectiva sectorial—, pot ser prorrogat una sola vegada, però la durada total del contracte no pot excedir la referida durada màxima, de mutu acord entre les part. De la previsió de l'RCT, nosaltres creiem que se'n poden deduir diverses conseqüències jurídiques:

— La pròrroga s'ha de justificar amb el manteniment de l'objecte que va donar peu al contracte, malgrat que el redactat literal del precepte no sembli exigir-ho. En altres paraules, si la pròrroga és formalment possible però ha desaparegut la causa que la justifica, és irregular.⁹³

91. Així ha estat recollit per les sentències del TSJ de Catalunya de 20 de maig de 2005 i 17 de gener de 2006.

92. Per exemple, un conveni pot establir la possibilitat de realitzar contractes eventuais de fins a vuit mesos dins d'un període referència de setze mesos. Es compleix la primera de les normes —període màxim de divuit mesos, que en aquest cas és inferior, de setze mesos— i la durada no és superior a les tres quartes parts d'aquest període (dotze mesos).

93. Així, en un contracte la causa del qual és la campanya de Nadal i de rebaixes de gener d'una botiga, el contracte no es pot perllongar més enllà d'aquest període, malgrat que legalment o convencionalment sigui possible estendre'ls fins als sis mesos o un període superior, si ho preveu el conveni col·lectiu sectorial (STSJ de Catalunya de 4 de febrer de 2003 [AS. 1696]).

— Solament es pot aplicar si el contracte eventual, *ab initio*, té una durada inferior a la màxima legal o convencional possible.

— A les corporacions locals, la pròrroga s'ha de materialitzar sempre per escrit i de manera expressa, si bé la presumpció de pròrroga tàcita que preveu l'article 8.2 RCT és aplicable també a l'Administració.

— L'absència de raó en la pròrroga —per haver desaparegut la causa que va justificar el contracte eventual—, però l'establiment d'aquesta dins dels límits temporals que fixa la norma (generalment sis mesos), pot donar peu, segons el nostre criteri, al frau de llei i, per tant, a la conversió del contracte en indefinit no fix.

Cal plantejar-se si l'entitat local pot donar per resolt el contracte eventual formalitzat per a un determinat període, quan la causa que el justificava finalitza abans d'aquell termini inicial que la corporació va concretar. Davant una solució estrictament causal —que el permetria—, la jurisprudència ha optat per la solució que, «encara que hagi desaparegut la circumstància de fet que justifica la temporalitat», l'entitat local està sotmesa sempre al termini prefixat:⁹⁴ si desapareix la causa, l'entitat ha de mantenir el contracte fins a la data prefixada.⁹⁵ Aquesta disfunció obliga a fer un càlcul acurat des de bon inici per tal d'evitar una situació com l'esmentada.⁹⁶

94. STS de 4 de febrer de 1999 (Ar. 1594).

95. Per a la STSJ de Catalunya de 7 de març de 2003 (AS. 1947), l'article 15.1b ET ha d'interpretar-se en el sentit que el contracte eventual requereix necessàriament un termini i aquest determina la vigència del contracte, la qual cosa obliga l'entitat a sotmetre's al termini fixat, que per si mateix ja és curt i que no pot alterar-se a causa d'una imprevisió que no pot ser imputada al treballador, circumstància que diferencia amb tota claredat el contracte eventual del COSD o del contracte d'interinitat.

96. Algun pronunciament judicial ha acceptat una mena de clàusula on s'estipula que hi ha una durada inicial però que, si arriba el final i es donen encara les circumstàncies inicials, el contracte eventual es considerarà prorrogat fins que aquelles finalitzin, sempre que es respecti el període màxim de durada (STSJ de Catalunya de 30 de gener de 1995 [AS. 567]), solució que ens sembla més conforme al caràcter causal del contracte eventual de la doctrina emanada de la STS de 4 de febrer de 1999.

f) El contracte es pot formalitzar a jornada completa o a temps parcial, i sempre haurà de fer-se per escrit, quan es tracti d'una entitat local catalana. Si no és així, la forma verbal val excepte quan la durada sigui superior a les quatre setmanes, en què serà obligatòria l'escrita. Tanmateix, entenem que a les entitats locals el contracte haurà de formalitzar-se sempre i en tot cas per escrit, per imperatiu de l'article 16 RPSEL, si bé l'absència d'aquesta no implica la nul·litat del contracte, ja que, malgrat la prescripció reglamentària esmentada, la forma escrita no és un element constitutiu del contracte, sinó únicament un element de prova de la seva existència.

g) El contracte eventual s'extingeix, amb la denúncia prèvia de la part, quan finalitza el termini assenyalat. Si no hi ha denúncia expressa de finalització i el treballador continua prestant serveis, el contracte eventual es presumeix prorrogat per temps indefinit —menys si es tracta d'un decalatge de pocs dies o d'un període breu—,⁹⁷ llevat que hi hagi una prova en sentit contrari que acrediti el caràcter temporal de la prestació, la qual cosa no sempre és fàcil. No obstant això, en el supòsit de les administracions locals, aquesta pròrroga ha d'entendre's referida, si s'escau, a la condició de treballador indefinit no fix, i, per tant, el contracte es pot extingir per amortització de la plaça o per provisió definitiva per mitjà d'algun dels procediments previstos reglamentàriament.

97. Així, la STSJ de Canàries de 27 de juliol de 1995 (AS. 3011) no considera rellevant un excés de quasi dues setmanes.

3.3. La identificació precisa, real i objectiva de la causa del contracte eventual

Hem destacat en les línies anteriors que l'eventualitat és ocasional, i per això l'ET i l'RCT estableixen una durada màxima per als contractes eventuais. Pot tenir-se la temptació, però, d'emprar aquest contracte per contracta personal per a la realització de tasques més perllongades en el temps o fins i tot indefinides. Per això, cal establir els paràmetres que han de complir els ens locals:

a) Cal especificar sempre la causa justificativa de la contractació eventual, la qual ha de ser precisa, clara i objectiva. Això es configura també com un dret del treballador per tal de defensar els seus interessos.⁹⁸ Aquesta exigència, doncs, té un doble fonament: evitar l'ús indegut o fraudulent d'aquest tipus de contracte i també constatar que el treballador incorporat per mitjà d'un contracte eventual és efectivament destinat al desenvolupament de les tasques que justifiquen el contracte.⁹⁹ La irregularitat té lloc quan no es consigna cap causa en el contracte o bé quan aquesta és genèrica o imprecisa. La doctrina judicial ha indicat que «una tan genèrica esmena com [...] que es contractava la treballadora per circumstàncies de la producció» és inacceptable,¹⁰⁰ i fins i tot afegint-hi la funció no es valida la incorrecció.¹⁰¹ L'opció correcta per a l'entitat local és la concreció clara i precisa de la causa, per la qual cosa cal ser «molt explícit en la justificació d'aquest tipus de contracte».¹⁰² El frau de llei i les irregularitats no han d'interpretar-se, sempre i en tot cas, com una censura «moral, social o legal» cap a l'Administració pública, sinó que, en la majoria dels casos, són la constatació que no hi ha cap raó que

98. STSJ del País Basc de 14 de maig de 2002 (JUR 2002, 1461999).

99. Vegeu, per a totes, les sentències del TS d'11 de març de 1997 (Ar. 2312) i 18 de novembre de 1998 (Ar. 10000).

100. STSJ de Catalunya de 13 de juny de 2002 (JUR 2002, 225127).

101. STSJ de Catalunya de 4 de maig de 1994 (AS. 2031). La STSJ de Canàries/Las Palmas de 19 de maig de 2006 (AS. 2248) considera que expressions com «acumulació de tràfic», «component d'absentisme», «insuficiència de plantilla en vacances», «insuficiència de plantilla» o «reestructuració de serveis», són fórmules «vagues, imprecises i mancades de tota substantivitat jurídica a l'hora d'identificar les causes de la temporalitat».

102. En aquest mateix sentit literal, vegeu les sentències del TSJ de Catalunya de 15 de febrer de 2002 i 13 de juny de 2002 (JUR 2002, 102055 i 225127, respectivament).

justifiqui l'eventualitat, atès que es tracta d'una tasca o funció desenvolupada normal i habitualment.¹⁰³

b) Les tasques que ha de desenvolupar el treballador a la corporació local han de tenir com a origen el requeriment a l'entitat d'atendre un increment de les seves necessitats de caire no permanent o de les que no exigeixen un perllongament important en el temps. El sentit comú moltes vegades servirà al gestor local per distingir la frontera entre la correcció i el frau. Els supòsits són molt nombrosos i la cita de la jurisprudència és extensíssima.¹⁰⁴ Increment de feina amb caràcter puntual, excepcional, temporal i/o imprevisible són els termes que defineixen l'eventualitat del contracte, en contraposició amb una activitat permanent, que obligaria a un contracte fix, encara que fos a temps parcial, o fix discontinu.¹⁰⁵ El contracte eventual no es pot utilitzar per substituir la finalitat —llançament d'una nova activitat— que tenia l'antic contracte, derogat l'any 1994.

Cal destacar una diferència important entre el contracte eventual i el COSD. En el contracte eventual, l'eix central del contracte no és una obra o un servei amb autonomia i substantivitat, sinó que conformen aquest central el temps, limitat, durant el qual tindrà vigència el contracte, les circumstàncies que justifiquen aquest i, amb molta menys significació, les tasques que s'han de desenvolupar. Malgrat que l'RCT preveu amb caràcter general que en tots els contractes s'han d'identificar per escrit les tasques que s'han de desenvolupar i que la negociació col·lectiva pot determinar o delimitar l'ús del contracte eventual segons l'activitat de què es tracti, en aquest el valor de la identificació de les funcions és menor, si bé la manca absoluta d'aquesta identificació pot ser un element de valoració de l'existència de frau de llei.¹⁰⁶

103. STS de 20 de març de 2002 (Ar. 5284) i 6 de maig de 2003 (Ar. 5765).

104. La literalitat de la STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 7 de juny de 1994 (AS. 2482) és molt expressiva, ja que, si bé és aplicable a una entitat sense ànim de lucre, determina el marc de la legalitat/il·legalitat d'una manera molt clara en afirmar que l'activitat de captació de socis, «llevat que s'acrediti que algun esdeveniment extraordinari va justificar l'increment temporal de l'activitat encaminada a tal fi, no és possible acceptar que ens trobem davant una exigència de les considerades» en l'article 15.1b de l'ET, «sinó davant d'una altra exigida per la pròpia activitat social de l'entitat, la qual sols pot ser atesa per mitjà de contractacions indefinides [...]».

105. STSJ de Catalunya de 3 de gener de 1996 (Ar. 830).

106. STS de 21 de juliol de 1999 (Ar. 5799).

c) Com que moltes vegades l'activitat objecte del contracte eventual respon a funcions o serveis propis i estables de la corporació local, és necessari que, en cas que no sigui així, en el contracte consti la raó per la qual, malgrat que el treball és normal, la seva gestió ha de fer-se mitjançant un contracte eventual, i es deixi constància clara de la seva necessitat temporal. Per aquesta raó, l'article 3.2a RCT especifica que s'han d'identificar amb precisió i claredat la causa o la circumstància que justifiquen el contracte i s'ha de determinar la durada d'aquest. L'absència del primer requisit podria comportar la conversió del treballador afectat en indefinit no fix (presumpció *iuris tantum*, tanmateix); més complex és el cas d'una causa o circumstància amb forma imprecisa o incorrecta: s'ha de dir que, per a les administracions públiques, la jurisdicció ha assumit plantejaments més flexibles que per al sector privat.¹⁰⁷

107. STS de 18 de juny de 1997 (Ar. 4761).

3.4. L'objecte del contracte eventual i les seves possibilitats d'aplicació *ad hoc* a l'Administració local

La jurisprudència ha aplicat el contracte eventual a l'Administració pública —i també a la local— sense cap tipus de reserva i ha hagut d'enfrontar-se amb dificultats del mateix tipus que en el sector privat. No obstant això, ha modulat l'aplicació del contracte eventual i ha flexibilitzat els requisits de la seva correcció, ja que ha permès aquesta fórmula per a supòsits que en les entitats privades no serien acceptats. L'anàlisi dels pronunciaments judicials ens permet establir que hi ha tres supòsits específics i particulars en què l'Administració recorre a aquest tipus de contracte: a) el contracte eventual per insuficiència de plantilla de l'entitat local; b) el contracte eventual per existència d'una vacant en una plantilla suficient, i c) l'ambivalència del contracte eventual i el contracte d'interinitat quan es produeixen vacants a l'entitat local.

a) El contracte eventual per insuficiència circumstancial del nombre d'efectius de la plantilla de la corporació local

El Tribunal Suprem ha acceptat encabir en l'expressió «acumulació de tasques» el supòsit en virtut del qual la plantilla existent en una entitat local no és suficient per atendre els serveis públics que dona, malgrat que no s'hagi produït un increment real del treball. Aquesta insuficiència, doncs, pot tenir lloc quan hi hagi una disminució del personal disponible per a la realització de les tasques, encara que aquestes mantinguin el nivell de sempre, sense que importi si es tracta d'una disminució d'empleats laborals o funcionaris, ja que «l'acumulació pot estar determinada per la insuficiència o manca de funcionaris». ¹⁰⁸ Suposa, doncs, acceptar el contracte quan «es manté dins dels límits de la normalitat el treball referit, però per diverses causes es redueix de manera important el nombre d'empleats que han de fer front a aquell». ¹⁰⁹

b) El contracte eventual per existència d'una vacant en una plantilla local suficient

108. STS de 27 de novembre de 1986 (Ar. 6728).

109. STS de 30 d'abril de 1994 (Ar. 6312).

També s'ha permès el recurs al contracte eventual quan hi ha una plantilla formalment suficient però coberta de manera deficitària perquè no s'ha posat en marxa el corresponent procés administratiu de selecció.¹¹⁰ Amb claredat, s'ha afirmat que «en aquests casos en què l'indicat desequilibri o desproporció prové de l'existència de vacants o llocs fixos sense cobrir, i l'entitat que dóna ocupació no pot dur a terme la cobertura normal d'aquells amb la rapidesa adequada perquè ho impedeix l'existència de normes legals o reglamentàries que exigeixen [...] el compliment d'una sèrie de tràmits [...] és totalment lògic entendre que ens trobem davant d'un supòsit d'acumulació de tasques [...] per la qual cosa serà lícit que l'Administració recorri als contractes de treball eventuais per remeiar, en la mesura que pugui, la situació [...]»¹¹¹ Aquesta possibilitat, però, pot confondre's amb el contracte d'interinitat, com tot seguit assenyalarem.

c) L'ambivalència del contracte eventual i el contracte d'interinitat quan es produeixen vacants a l'entitat local

El matís o la dificultat que es pot derivar de la conclusió anterior ha estat resolt per un conjunt de sentències que perfilen la diferència entre el contracte eventual i el contracte d'interinitat.¹¹² En concret, s'estableix que, quan la plaça vacant, sense titular, és una de concreta i específica, cal recórrer al contracte d'interinitat; per contra, si són nombrosos els llocs que s'han de cobrir, la jurisprudència accepta que es donen les raons del contracte eventual i l'entitat local pot contractar eventualment per acumulació de tasques, de manera genèrica i sense vincular el contracte a una vacant específica. La diferència, doncs, es troba en la variant quantitativa. En aquest sentit, podem fer la següent dissecció pedagògica, seguint el raonament efectuat pel Tribunal Suprem:¹¹³

— Si cal reforçar el servei públic per dèficit de la plantilla però no per existència de vacants, es pot recórrer a l'acumulació de tasques de l'article 15.1b ET, sempre que no se superi el límit dels sis mesos dins del període de dotze.

110. STS de 24 de maig de 1988 (Ar. 4290).

111. Així, literalment, vegeu la STS de 30 de setembre de 1994 (Ar. 7269). Entre les sentències més recents, vegeu la STS de 16 de juny de 2005 (Ar. 9700).

112. Entre d'altres, vegeu les sentències del TS de 30 d'abril de 1994 (Ar. 6312) i 27 d'octubre de 1994 (Ar. 8532).

113. Recollit en la STS de 31 d'octubre de 1994 (Ar. 8259).

— Si el dèficit, però, és degut a l'existència de diverses vacants, també es pot recórrer al contracte eventual, amb la justificació que el tràmit de provisió és llarg i reglamentàriament taxat. La frontera diferenciadora és que, mentre no s'aprovi el procediment reglamentari de selecció, l'opció adequada és el contracte eventual; un cop s'iniciï el procés, serà procedent el contracte d'interinitat.

— Tanmateix, es considera «procediment adequat» un contracte d'interinitat si és per atendre un lloc concret i determinat que no té titular o bé el titular del qual es troba en situació de suspensió amb reserva del lloc de treball (incapacitat temporal, excedència forçosa, etc.).

— També, però, sembla que s'accepta el contracte eventual quan és impossible recórrer al contracte d'interinitat perquè el lloc de treball no ha estat creat ni s'ha incorporat a la relació de llocs de treball.¹¹⁴

Cal fer una puntualització necessària en un cas molt proper que no suposa l'existència d'una plaça vacant de manera permanent, sinó l'absència del seu titular en circumstàncies que no necessàriament poden encabir-se en el fet del treballador amb reserva del lloc de treball: l'increment de tasques de la corporació local en períodes de vacances i altres increments puntuals que es caracteritzen per la seva brevetat i que es produeixen com a conseqüència de l'atorgament de permisos, llicències, dies d'assumptes propis i conceptes similars,¹¹⁵ supòsits per als quals s'ha acceptat el contracte eventual, malgrat que també es podria recórrer al contracte d'interinitat.

114. Així ho planteja la més recent en el temps STS de 16 de maig de 2005 (Ar. 9700), fent-se ressò de diverses sentències dels anys 1994, 1995 i 1997.

115. Vegeu la STS de 15 de febrer de 1995 (Ar. 1158), entre d'altres. La STSJ d'Aragó de 4 de març de 2002 (AS. 1423) va negar que el recurs reiteratiu al contracte eventual per substituir treballadors en períodes de vacances donés peu a un frau de la llei i, per tant, a la conversió del vincle en un contracte fix discontinu. En sentit contrari, en entendre que les vacances reglamentàries no poden considerar-se una suspensió contractual amb reserva del lloc de treball, atès que no es produeix ni una vacant pròpiament, ni tampoc una suspensió contractual de les previstes en l'article 45 ET, per la qual cosa caldria anar a un contracte eventual per solucionar la situació, vegeu la STS de 5 de juliol de 1994 (Ar. 6340).

Bibliografía

Ballester Palau, I. *El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*. València: Tirant lo Blanch, 1998.

Ballester Palau, I. «El contrato eventual por circunstancias de la producción y el contrato de puesta a disposición por acumulación de tareas (línea jurisprudencial 1998–1999)». *Tribuna Social*, núm. 115 (2000).

Nicolás Bernad, J. A. *Problemas actuales del trabajo eventual e interino*. Valladolid: Lex Nova, 2002.

Palomino Saurina, P. «El contrato eventual por circunstancias de la producción». *Tribuna Social*, núm. 107 (1999).

Pérez Rey, J. *El contrato eventual por circunstancias de la producción*. Albacete: Bomarzo, 2006.

Sempere Navarro, A. V. «La cobertura de vacantes por medio de contratos eventuales y sus problemas». *Aranzadi Social*, núm. 16 (1997).

4

El contracte d'interinitat

4.1. Introducció

El contracte d'interinitat (CI), mal anomenat *d'interinatge*, està regulat en els articles 15.1c ET i 4 RCT.¹¹⁶ Malgrat el que es diu en l'article 15.1c, no hi ha un únic model de CI. El desenvolupament reglamentari que fa l'RCT —que ha estat qualificat per alguns autors d'*ultra vires*, criteri finalment rebutjat per la jurisprudència—¹¹⁷ ha establert dues variants de CI, que seran objecte d'anàlisi en el present capítol: el CI per substitució d'un empleat amb reserva del lloc de treball i el CI per cobrir una plaça vacant en procés de selecció o de promoció interna,¹¹⁸ que alguns autors han qualificat d'*interinitat impròpia*.

Hem de destacar, a més a més, que en l'Administració pública la interinitat no és un concepte estrany. Al contrari, la figura del *funcionari interí* ens aproxima en gran manera al *treballador interí laboral*, la qual cosa moltes vegades ha comportat que els plantejaments i dubtes jurídics —i les solucions— hagin estat iguals o molt semblants. Pot afirmar-se, doncs, que en tots els supòsits possibles el CI és un contracte la *ratio legis* del qual no és altra que permetre a les entitats locals fer front a aquelles situacions particulars en què un lloc de treball de l'ens local o organisme no pot ser ocupat de manera efectiva, durant un període de temps determinat —sempre limitat—, pel treballador (o funcionari, si s'escau) a qui correspongui o pugui correspondre, de manera que mitjançant la interinitat s'evita el perjudici que el lloc resti desocupat, criteri teleològic extensible també al CI per cobrir una plaça vacant.¹¹⁹

116. El seu ús és menor al COSD i el contracte eventual, però en xifres gens menyspreables, que el conformen com el tercer contracte temporal més utilitzat. Així, l'any 2005 es van formalitzar una mica més d'1,3 milions de contractes d'interinitat, però sols a Catalunya, en el mateix període, es va arribar a la xifra de 274.000.

117. Acceptar el caràcter *ultra vires* del CI per cobrir una plaça vacant hauria significat declarar la il·legalitat d'una de les modalitats de contracte més emprades en les administracions públiques. La Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del TS de 9 de desembre de 1998 (Ar. 10274) ha establert que l'esmentat article 4 RCT (o, més ben dit, el seu antecessor article 4 RD 2546/1994) no fa altra cosa que reproduir la possibilitat que ja havia estat introduïda per la Llei 14/1994, d'empreses de treball temporal, que va preveure expressament aquesta figura contractual.

118. Doble classificació assumida també per la doctrina judicial. Vegeu la STSJ de Catalunya de 7 de juliol de 2000 (AS. 2564).

119. Vegeu les sentències del TS de 27 de març de 1992, en unificació de la doctrina (Ar. 1880), 30 d'abril de 1997 i 28 de novembre de 1997 (Ar. 3560 i 8632).

4.2. El contracte d'interinitat per substitució de treballadors de l'Administració local amb dret a reserva del lloc de treball

El contracte d'interinitat per substitució de treballadors de l'Administració local amb dret a reserva del lloc de treball és el supòsit que es regula en l'article 15.1c ET, precepte que preveu que es pot concertar un contracte d'una durada determinada «quan es tracti de substituir treballadors amb dret a la reserva del lloc de treball sempre que en el contracte de treball s'especifiquin el nom del substituït i la causa de la substitució».

4.2.1. Definició

Amb aquesta modalitat de CI se substitueix un treballador de la plantilla laboral de l'entitat local. Aquest, el substituït, ha de tenir dret a la reserva del lloc de treball que ocupi, reserva que pot derivar-se, perquè així ho estableix, d'una norma legal o reglamentària, del conveni col·lectiu de la corporació o fins i tot d'un acord individual entre aquesta i l'empleat (art. 4.1 RCT). El fonament teleològic del CI, en aquest cas, és mantenir a disposició del treballador substituït el lloc de treball que ocupava, fent que no sigui possible per a l'entitat local amortitzar la plaça o cobrir-la definitivament per una tercera persona.

4.2.2. Causa de la substitució i identificació del treballador substituït

La causa d'aquest CI pot ser doble: la substitució directa d'un treballador de l'ens local amb dret a la reserva del lloc de treball i la substitució, no d'aquest treballador, sinó d'aquell segon empleat —fix o temporal— que passa a ocupar el lloc del primer. Això és, amb el CI pot *substituir-se el substitut de l'absent*. La jurisprudència considera plenament raonable que l'entitat local encomani, durant l'absència del treballador, l'exercici de les funcions d'aquest a un altre empleat de la corporació, que les podrà desenvolupar més adequadament que l'interí, el qual s'adscriurà al lloc d'aquest últim.¹²⁰

120. STS de 30 d'abril de 1994 (Ar. 6312).

Cal, en tot cas, indicar amb precisió qui és el treballador substituït i la causa de la substitució, de manera especial en el segon dels supòsits, en què es produeix una cadena de substitucions.

La causa falsa —això és, el CI formalitzat per substituir algú que no s'absenta o que no té el contracte suspès— constitueix un vici substantiu, i no un simple defecte formal que transforma la relació temporal en indefinida no fixa a les administracions públiques, ja que a la resta d'empreses suposaria la conversió en fixa, per bé que, pròpiament, a les entitats locals es podria parlar també d'interinitat en una plaça vacant.¹²¹

També es pot parlar de la substitució de més d'un treballador, sempre que aquests tinguin dret a la reserva del lloc de treball, si bé en dates diferents, en la qual un mateix CI assumeix els diferents períodes de suspensió o de reserva, fins i tot si es produeixen breus lapses de temps en els quals no hi ha substitució perquè coincideixen l'interí i els substituïts o no s'esmenta el nom d'aquests o d'una part,¹²² infracció, aquesta darrera, que no és suficient per considerar el contracte fraudulent.

En tots els supòsits, caldrà establir en el document contractual la causa de la substitució (art. 4.2a RCT). S'ha acceptat, en l'àmbit de les administracions públiques, que la causa no s'especifiqui directament, atès que és possible fer-ho per mitjà de la remissió a la resolució administrativa que va concedir la llicència, el permís, l'excedència, etc., al treballador substituït.¹²³

Com hem assenyalat, la causa pot estar prevista en una norma legal o reglamentària (fonamentalment, art. 45, 46 i 48 ET), si bé no totes les causes de suspensió con-

121. Si bé, molt abans del naixement de la nova doctrina dels contractes indefinits no fixos, la STSJ de la Comunitat Valenciana de 3 de desembre de 1993 (AS. 5366) va indicar que el CI de substitució d'un treballador en excedència voluntària —sense reserva de plaça— no suposava frau de llei, ja que en realitat es tractava d'una interinitat en una plaça vacant.

122. STSJ de Castella-la Manxa de 12 de març de 1993 (AS. 1628): cal identificar el nom de la persona substituïda i la causa de la substitució, però res no impedeix que un interí substitueixi diversos treballadors; STSJ d'Andalusia/Màlaga de 18 de novembre de 1995 (AS. 4235): «[...] malgrat que no s'identifiquen nominalment el treballador o treballadors substituïts, des del moment en què s'especifica amb tota claredat que l'objecte del contracte era la substitució de determinats treballadors durant el període de vacances d'estiu [...] l'omissió en la contractació és notòriament insuficient per a la transformació del contracte temporal en un altre de durada indefinida.»

123. Vegeu la STSJ de Canàries/Las Palmas de 20 d'abril de 1993 (AS. 2050). La STSJ de Catalunya de 16 d'octubre de 1993 va permetre fins i tot un període d'encavallament amb la finalitat d'efectuar un relleu ordenat.

tractual previstes en l'article 45.1 ET que permeten la reserva del lloc de treball poden donar lloc a un CI: l'entitat local no pot formalitzar-lo en els —molt improbables— supòsits de suspensió contractual per força major, causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció o tancament legal, ni tampoc en el més possible d'exercici del dret de vaga (art. 45.1.1 ET). Sembla consolidat el criteri que, en els supòsits de descans setmanal, festes, permisos i vacants (art. 37 i 38 ET), la modalitat adequada de substitució és el contracte eventual.¹²⁴

Juntament amb aquestes causes, també poden ser factibles els CI emparats en una suspensió prevista en un conveni col·lectiu —les habituals llicències per assumptes propis o per estudis i algunes modalitats d'excedències voluntàries que permeten la reserva del lloc de treball durant un cert període inicial— o en un acord individual entre l'entitat local i l'empleat laboral —amb suport normatiu en l'article 45.1a i b ET, això és, la suspensió per mutu acord entre les parts i la suspensió per causes vàlidament consignades en el contracte—, amplitud de criteri que es deriva dels mateixos termes de l'article 4.1 RCT, que precisa que el referit dret a la reserva del lloc de treball pot estar determinat per una «norma, conveni col·lectiu o acord individual», de manera que qualsevol dret emparat en una «norma» que comporti reserva del lloc de treball habilitarà el CI, posició que estenem a l'Administració fins i tot en el cas que la reserva es derivi d'un pacte individual entre l'ens local i el treballador, ja que l'article 45.1a ET també s'aplica a l'àmbit públic.

4.2.2.1. Tipologia de supòsits

Si bé, com hem dit, la suspensió —o interrupció, si s'escau— del contracte es pot derivar de qualsevol norma o acord col·lectiu o individual que doni peu a la reserva del lloc de treball i, per tant, habiliti la utilització d'un CI, es pot delimitar el conjunt de supòsits, derivats de l'ET, més habituals d'utilització del CI. Entre aquests destaquen la incapacitat temporal, la maternitat, el risc durant l'embaràs de la dona treballadora, l'adopció o l'acolliment —preadoptiu o permanent— de menors de sis anys, l'exercici d'un càrrec públic representatiu, la privació de llibertat del treballador mentre no hi hagi una sentència condemnatòria, la suspensió del contracte per una sanció disciplinària de sou i feina, i algunes de les excedències amb reserva del lloc de treball, com ara

124. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, el capítol 3. No obstant això, hi ha pronunciaments judicials que accepten el CI (STS de 6 d'octubre de 1983 [Ar. 5050]), i així també ho manifesta en alguns casos la doctrina teòrica per a les «interrupcions» de curta durada.

la forçosa o la voluntària per tenir cura d'un familiar (fills fins als tres anys o familiars desvalguts per raó d'edat, accident o malaltia, fins a un any).

Com hem indicat, el CI està dissenyat per a les suspensions i excedències amb reserva del lloc de treball, però no sembla que ho estigui per a les interrupcions de l'activitat laboral, en les quals, segons bona tècnica jurídica, no hi ha suspensió amb dret a la reserva del lloc de treball. Tanmateix, no sembla que l'article 4.1 RCT estigui prohibint aquesta possibilitat, com és el cas de les absències per vacances. Davant d'un sector jurídic que defensa per a aquests supòsits el contracte eventual,¹²⁵ poden localitzar-se convenis col·lectius que habiliten l'ús del CI i pronunciaments judicials que reconeixen aquest ús,¹²⁶ fent bo el criteri que accepta l'interí per cobrir diversos treballadors que correlativament van gaudint de vacances anuals, dies d'assumptes propis o fórmules d'interrupció similars.¹²⁷

4.2.2.2. Un supòsit especial: el contracte d'interinitat per substituir un funcionari públic amb reserva del lloc de treball

La jurisprudència i la doctrina judicial han acceptat, ocasionalment, aquesta possibilitat. S'ha afirmat¹²⁸ que, si bé l'article 15.1c ET parla de «treballadors», aquesta expressió no s'ha de prendre en el sentit restringit de persona lligada per un contracte laboral, sinó en el de persona que treballa o produeix, amb independència de la naturalesa jurídica que la vinculi a la institució: «[...] i en aquest sentit és el mateix que la reserva de plaça sigui deguda per la normativa laboral o administrativa, principalment quan la utilització d'una o altra normativa és aliena a la tasca o els treballs realitzats [...]»¹²⁹

El nostre parer és, no obstant això, contrari a aquesta pràctica, que no té cap mena de justificació perquè en el dret administratiu de l'ocupació pública existeix la figura del

125. Sentències del TS de 5 de juliol de 2004 i 12 de juliol de 1994 (Ar. 6339 i 7156).

126. STSJ de Catalunya de 30 de gener de 1998 (AS. 660).

127. A favor, vegeu la STS de 19 de febrer de 1986 (Ar. 786) i posteriorment, també, la STSJ del País Basc de 20 de desembre de 1994 (AS. 4995); en sentit contrari, vegeu la STSJ de Navarra de 28 de febrer de 1994 (AS. 500).

128. Vegeu la STS de 14 de febrer de 1989 (Ar. 748).

129. Entre d'altres, també, vegeu les sentències del TSJ d'Aragó d'1 de juny de 1994 i de Galícia de 2 de novembre de 1995 (AS. 4152).

funcionari interí. El recurs al CI sols pot tenir com a raó d'èsser una presumpta facilitat organitzativa. Creiem que, després de la STC 99/1987, d'11 de juny, i les prescripcions de les diferents lleis d'ocupació pública que adscriuen els llocs de treball a empleats funcionaris o laborals, però que en cap cas preveuen una adscripció polivalent, alhora que institueixen una opció en favor del règim funcional, és dubtós que un lloc de treball definit com a funcional pugui ser cobert interinament per mitjà d'un contracte laboral. La conseqüència és, d'altra banda, que el CI esdevindrà nul de ple dret.¹³⁰ Una qüestió diferent és que, en la pràctica quotidiana, en les nostres entitats locals catalanes, sobretot les petites i mitjanes, idèntics llocs estan ocupats per personal laboral i funcionari, en contradicció oberta amb la normativa legal. La jurisprudència no sembla que es qüestioni aquesta disfunció o irregularitat i sovint es pronuncia amb absoluta normalitat sobre contractes d'interinitat que finalitzen quan es cobreix definitivament el lloc de treball per mitjà del nomenament d'un funcionari de carrera.¹³¹

4.2.3. L'extinció del contracte d'interinitat

Jurídicament, el CI es pot extingir per tres circumstàncies (art. 4.2c RCT): per la reincorporació del treballador substituït, pel venciment del termini legal o previst en el conveni col·lectiu o en l'acord entre les parts, i per l'extinció de la causa que va originar la reserva del lloc de treball.

Fins l'any 1994, la normativa (RD 2104/1984) indicava que, un cop transcorregut el període de reserva del lloc de treball, si el treballador substituït no es reincorporava en el termini legal o reglamentari o bé desapareixia la causa de la reserva (per mort, jubilació, invalidesa, renúncia, etc.), la interinitat es convertia en una relació indefinida.

Si bé aquesta previsió de la norma del 1984 va ser aplicada en alguns casos a les entitats públiques,¹³² hi havia referències judicials que matisaven aquest criteri a la vista del caràcter públic i dels límits inherents al procediment de selecció de l'Administració. Així, es va acceptar en alguns casos la variant que la conversió no era a un contracte fix,

130. STS de 19 de gener de 1993 (Ar. 100). No obstant això, és quasi anecdòtic localitzar pronunciaments judicials respecte d'aquesta mena de nul·litat.

131. Per a totes i pel contingut extens dels seus raonaments pel que fa a la finalització del CI, es pot assenyalar la STS de 16 de maig de 2005 (AS. 6448), en què el CI laboral ho és respecte d'una plaça que finalment és coberta per un funcionari de carrera.

132. Vegeu, per a totes, la STS de 28 de desembre de 1992 (Ar. 10368).

sinó a un d'interinitat per cobrir una plaça vacant.¹³³ Però el RD 2546/1994 va modificar aquest criteri, consolidat en el vigent RCT, en suprimir l'*expectativa* de continuïtat que tenia el treballador fins a aquell moment, tant si es tractava d'una entitat pública com d'una del sector privat, de manera que, des del 1994, sembla que no és possible la transformació dels CI en contractes fixos —o indefinits no fixos— quan no es produeix la reincorporació del treballador substituït, ni tampoc la novació del CI per substitució d'un CI en una plaça vacant, de manera que, si fins a aquella data (1994), a l'Administració pública la no-reincorporació suposava la conversió del CI en una interinitat en una plaça vacant, això ja no és així en l'actualitat, per absència d'una veritable base legal que ho sostingui, ja que l'RCT requereix com a causa de finalització del CI «l'extinció de la causa que va donar lloc a la reserva del lloc de treball».¹³⁴

Així doncs, l'extinció es produeix tant per la reincorporació del treballador substituït com pel venciment del termini de reincorporació o l'extinció de la causa de la reserva del lloc de treball, encara que no es produeixi la reincorporació. Ha d'existir, tanmateix, la denúncia d'una de les parts, ja que l'absència d'aquesta convertiria, en el sector privat, el contracte en fix —i en el sector local, en indefinit no fix (art. 8.2, segon paràgraf, RCT).

La reincorporació del treballador substituït comporta l'extinció del CI, amb independència que, després de produir-se aquella, el treballador incorporat sigui traslladat a un altre lloc de treball diferent, ja que això forma part de les facultats organitzatives de l'entitat local i del dret que reconeix a aquesta l'article 39 ET per tal que tingui mobilitat funcional.¹³⁵ No obstant això, es pot acceptar una mena de pròrroga del CI si, un cop finalitzada la causa de suspensió o d'excedència, el treballador substituït gaudeix d'altres absències o interrupcions, com són les vacances o circumstàncies similars.¹³⁶

133. Així, vegeu les sentències del TSJ de Galícia d'11 de maig de 1993 (AS. 2392) i del TSJ d'Aragó de 23 de març de 1994 (AS. 1327) Amb molta claredat, vegeu la STS de 26 de desembre de 1995 (Ar. 3185). I recordant aquesta antiga doctrina, ja superada, vegeu la STS de 16 de maig de 2005 (Ar. 6448).

134. Vegeu, en aquest sentit, la STS de 16 de maig de 2005 (Ar. 6448). La STS de 18 de juliol de 2003 (Ar. 4831) va indicar que un CI per substitució no es prorroga automàticament mentre està pendent la seva provisió.

135. Sentències del TSJ d'Aragó de 24 de febrer de 1993 (AS. 569) i d'Andalusia/Màlaga de 21 de maig de 1993 (AS. 2297).

136. La STSJ de Castella i Lleó de 4 de juny de 2001 (JUR 2001, 246619) va acceptar encavallar una suspensió contractual amb una excedència posterior per cura d'un familiar.

L'extinció de la causa també ha donat peu a força litigiositat. El criteri general que hem d'assumir, tal com hem indicat, és que, si la causa finalitza, també finalitza el CI, especialment si el treballador que tenia dret a la reserva del lloc de treball perd aquest dret perquè s'extingeix el seu contracte (incloent-hi com a causa la jubilació)¹³⁷ o bé perquè ingressa en una altra causa de suspensió, però sense l'opció de reserva (l'excedència voluntària, per exemple).

No és inusual que es produeixin disfuncions temporals entre la reincorporació i el cessament de l'interí. Aquestes disfuncions es consideren admissibles si són per pocs dies, si bé no hi ha un criteri específic respecte a aquesta qüestió, per la qual cosa caldrà tenir en compte el principi de la bona fe¹³⁸ i les dificultats d'organització administrativa.¹³⁹ Tanmateix, en els CI de durada superior a l'any, caldria preavisar amb una antelació de 15 dies, la qual cosa pot ser contradictòria amb el fet que és possible que l'entitat local desconegui el moment precís de reincorporació del treballador substituït: en aquest cas, ens podríem plantejar la substitució dels dies de preavis per una indemnització equivalent al salari d'aquests dies (art. 8.3 RCT). Cal recordar, però, que els CI estan exceptuats de la indemnització econòmica prevista en l'article 49.1c ET per l'extinció de determinats contractes temporals (COSD i eventuais).

Plantejarem ara alguns supòsits de finalització del CI vinculats a causes de suspensió, que han estat sovint objecte de litigi judicial. En concret, destacarem la incapacitat temporal i la possibilitat de pactar la finalització del CI amb anterioritat a la finalització de la causa de suspensió.

137. STS de 24 de gener de 2000 (Ar. 1060).

138. La STSJ de Navarra de 19 de febrer de 1993 (AS. 672) va entendre raonable un retard de 25 dies en l'extinció del CI, i la STSJ de Madrid de 22 de maig de 1995 (AS. 2223) va considerar raonable un de 7 dies. En canvi, la STSJ d'Andalusia/Sevilla de 24 de gener de 1994 (AS. 317) va considerar excessiu un termini de 4 mesos.

139. No exempt d'una certa ironia ens sembla el raonament de la STSJ de Canàries/Las Palmas de 20 de juliol de 1993 (AS. 3463), que va indicar que «no pot exigir-se a l'Administració la rapidesa de reflexos i la facultat decisòria davant les situacions que té qualsevol empleadora privada, atesa la seva magnitud, el nombre d'empleats laborals i la dependència jeràrquica en la presa de la decisió».

a) La incapacitat temporal

Aquesta circumstància habilita el CI, sempre que el treballador estigui en situació de baixa mèdica declarada legalment i que aquesta es perllongui. Les dificultats jurídiques s'han produït en un supòsit especial: l'extinció del CI quan el treballador substituït no es reincorpora al lloc de treball, sinó que passa a estar en situació d'incapacitat permanent o d'invalidesa.

A l'empara del RD 2104/1984, el Tribunal Suprem entenia que la no-reincorporació del treballador transformava el CI en fix; però, en l'àmbit de les entitats públiques, el mateix tribunal havia aigualit la conclusió i havia establert que no s'adquiria la fixesa, sinó que el CI continuava vigent fins que tingués lloc el procés de selecció o provisió per cobrir definitivament la plaça ja vacant, amb la qual cosa, *de facto*, el CI per substitució es transformava en un CI per cobrir una plaça vacant.¹⁴⁰

Tanmateix, la previsió de l'article 4.2d del RD 2104/1984 va desaparèixer l'any 1994, ja que el nou RD 2546/1994 no recollia aquesta possibilitat —i tampoc el vigent RCT de 1998. A partir d'aleshores, ja no es preveu la presumpció de conversió del CI en fix quan s'extingeixi el contracte del treballador que havia estat substituït i, en canvi, es preveu amb claredat que el CI s'extingirà si finalitza la causa que va donar lloc a la reserva del lloc de treball (art. 8.1c RCT). Per aquesta raó, hem de concloure que el CI es considera un contracte sotmès a termini, de manera que finalitza quan també s'extingeix el contracte del treballador substituït (cosa que pot succeir per altres raons, com per exemple la jubilació),¹⁴¹ llevat que hi hagi una previsió convencional llevat que el conveni col·lectiu o el mateix contracte de treball hagin previst una altra cosa. Això no impedeix, però, que les entitats locals regulin o normativitzin procediments per tal que l'interí per substitució passi a ser interí per cobrir una plaça vacant, mentre aquesta no es cobreixi pel procediment de selecció o provisió corresponent.¹⁴²

140. Vegeu, per a totes, la STS de 17 de novembre de 1987 (Ar. 8000).

141. La STSJ de Catalunya de 25 de maig de 2005 (AS. 2374) va considerar que el treballador interí finalitzava el seu vincle amb l'entitat quan el substituït es jubilava. La interinitat únicament subsistia mentre durava el dret a la reserva del lloc de treball. Si la plaça podia quedar coberta interinament de nou, això no donava al treballador interí que la cobria anteriorment un dret preferent per ocupar-la.

142. Així s'ha previst per negociació col·lectiva o bé per mitjà dels criteris que regulen les borses de treball de les corporacions locals.

b) Els hipotètics pactes aliens a la causa de suspensió

Ens sembla contrària a la llei¹⁴³ la possibilitat d'incorporar al CI una clàusula en virtut de la qual l'entitat local pot donar per finalitzat el contracte, encara que pervisqui la causa de suspensió, fins i tot al·legant raons d'interès públic. Tanmateix, si en el CI es va introduir un termini específic i la causa de suspensió finalitza abans, considerem correcte que es doni el contracte per finalitzat, ja que, tant en el primer com en el segon supòsits, la dada important és la pervivència o no de la causa, i no el factor temporal recollit en el contracte.¹⁴⁴ No obstant això, els pronunciaments dels tribunals sobre la legalitat de les clàusules d'aquesta mena no han estat pacífics.¹⁴⁵

143. Vegeu la STSJ de Catalunya de 10 de febrer de 1998 (AS. 575), que no accepta la finalització d'un CI per substituir un treballador en situació de baixa per malaltia, en arribar a un any de suspensió per aquesta causa.

144. STSJ d'Extremadura de 18 de març de 1992 (AS. 1197).

145. Vegeu les sentències del TSJ de Madrid de 24 de gener de 2003 (AS. 1514) i del TSJ de la Comunitat Valenciana d'11 de març de 2004 (AS. 3030), partidàries de la possibilitat que el CI per substitució pugui incorporar un termini. En sentit contrari, és a dir, postulant que l'única raó que justifica la temporalitat és la causa, per la qual cosa el CI s'extingeix per la incorporació efectiva del treballador o la impossibilitat de fer-ho, vegeu la STSJ de Catalunya de 12 de març de 2003 (AS. 1633). La STSJ de Navarra de 26 d'octubre de 2005 (AS. 3395) qualifica aquestes condicions de «terminis capritxosos afegits artificialment».

4.3. El contracte d'interinitat per ocupar una plaça vacant en la plantilla laboral de la corporació local

Sorprenentment, el contracte d'interinitat per ocupar una plaça vacant en la plantilla laboral d'una corporació local és un supòsit que no preveu en cap moment l'article 15.1c ET; la seva regulació es troba en l'RCT, a partir del text reglamentari del 1994 i que apareix de nou en l'actual RCT, en concret en el segon paràgraf de l'article 4.1, on s'indica que el CI «es podrà celebrar, així mateix, per cobrir temporalment un lloc de treball durant el procés de selecció o promoció per a la seva cobertura definitiva». Es tracta, doncs, d'una modalitat contractual molt propera a la interinitat funcional, ¹⁴⁶ una mena —segons el nostre parer— de símil *iustlaboralitzat* del funcionari interí. Caldrà, doncs, en el document formal escrit que se signi, concretar la causa del CI, això és, el procés de selecció o promoció originat per la vacant en la plantilla, per mitjà de la identificació del lloc de treball la cobertura definitiva del qual es produirà en finalitzar el procés de selecció externa o de promoció interna (art. 4.2a RCT).

Pot dir-se que el CI per cobrir una plaça vacant és una de les vies per solucionar la problemàtica de la temporalitat a l'Administració, ja que, d'alguna manera, en acceptar-se expressament —encara que sigui per via reglamentària—, es poden resoldre algunes de les dificultats que representa per a l'entitat pública aplicar tipus contractuals pensats i dissenyats jurídicament per a processos productius privats, com són el contracte eventual i el COSD. Demostra això el fet que un nombre molt elevat del total de CI que es formalitzen al nostre país, ho són en l'àmbit de les administracions públiques.

Tanmateix, la problemàtica de la precarietat a l'Administració va més enllà d'aquesta solució jurídica. Si bé el CI per cobrir una plaça vacant és una modalitat temporal, el lloc de treball que es cobreix no té aquest matís de temporalitat, sinó que és permanent, a diferència de la resta de contractes temporals, en els quals aquest caràcter no

146. Les sentències del TSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 18 i 22 d'abril de 2005 (AS. 692 i 827) i del TSJ de Castella-la Manxa de 25 de maig de 2006 (AS. 2231) recorden, en aquest sentit, que la interinitat per cobrir una plaça vacant va ser, en el seu inici, una creació jurisprudencial, i ens retrotrauen, pel que fa a aquesta coincidència entre funcionari interí i funcionari laboral, al que va dir la STS de 27 de març de 1992 (Ar. 1880), que podríem determinar com l'origen de tal criteri.

és en absolut necessari: en teoria, en un període de temps relativament curt —el que duri el procés de selecció o promoció— el contracte esdevindrà fix, ja sigui en favor de qui ocupava la plaça interinament o en favor de qui superi el procés esmentat de selecció. Per això, es pot afirmar —i ho acredita la realitat quotidiana— que la tasca judicial continuarà, perquè el greu problema de l'Administració espanyola, i de manera especial de la local, és el recurs constant, abusi i sovint fraudulent a la contractació temporal sense que hi hagi una plaça vacant, ja sigui mitjançant el contracte eventual, el COSD, els contractes formatius i també, encara que pugui sobtar, el CI.¹⁴⁷

4.3.1. Objecte del contracte d'interinitat per ocupar una plaça vacant. El caràcter reglamentari de la seva provisió

Aquest tipus de CI es formalitza quan hi ha una plaça vacant en la plantilla de l'entitat local que es vol cobrir definitivament mitjançant un procés de selecció o de promoció. No hi ha, per tant, un treballador substituït específic. Al contrari, la causa que justifica aquesta modalitat és l'absència del treballador i l'existència de la vacant, situació que dona lloc a la necessitat de gestionar un servei públic durant aquest període¹⁴⁸ amb un empleat laboral que el desenvolupi temporalment.

Entre l'ET i l'RCT es produeix una clara disfunció, ja que en el primer no es preveu aquesta possibilitat de CI. L'ET es refereix sempre i en tot cas a «treballadors amb dret a reserva de lloc». Un sector de la doctrina teòrica afirma que aquesta assumpció normativa del reglament és difícilment compatible amb la funció limitada que s'assigna al mateix reglament (Martín Valverde), per la qual cosa s'ha afirmat que l'article 4.1 RCT és un precepte reglamentari *ultra vires*, en la mesura que altres autors, malgrat reconèixer aquest caràcter *ultra vires*, han restat transcendència pràctica a la desviació de l'RCT (Camps Ruiz). Creiem, en aquest sentit, que, més enllà de la poc rigorosa tècnica normativa —és difícil entendre quina és la raó política que ha impedit incorporar a l'ET la previsió de l'RCT, després de més de deu anys després de més de deu anys d'haver establert la previsió en l'RCT per la via reglamentària, o abans, per reconeixement de la jurisprudència—, el CI per vacant es pot inserir, legalment, en la possibilitat que permet

147. Sobre l'abús i les conseqüències que es deriven de la contractació laboral temporal i la interinitat funcional, podeu consultar X. Boltaina Bosch, «Temporalitat i precarietat a l'ocupació pública», ponència presentada en el II Congrés Català de Gestió Pública, Barcelona, 5 i 6 de juliol de 2006 (www.diba.cat/cemical/estudis.asp).

148. STS de 17 de maig de 1995 (Ar. 4445 i 5354).

l'article 49.1b ET d'extinció del contracte per causes vàlidament consignades en aquest —llevat que constitueixin un abús del dret—, cosa que permetria, segons el nostre parer, el desenvolupament reglamentari esmentat, per ser la referida causa objectiva i lògica, en consonància amb els principis legals i constitucionals d'accés a l'ocupació pública.¹⁴⁹ I, com hem indicat al principi d'aquest capítol, l'hipotètic caràcter *ultra vires* ha quedat desvirtuat per la jurisdicció contenciosa administrativa.¹⁵⁰

En qualsevol cas, l'RCT de 1994 i l'actual vigent de 1998 no fan altra cosa que recollir un corrent jurisprudencial *ad hoc* per a les entitats públiques, que, a més a més, s'amplia als empresaris privats i públics que no tinguin la consideració d'Administració, si bé amb una limitació temporal de tres mesos, com després s'analitzarà. En aquest sentit, el Tribunal Suprem, en tot un seguit de pronunciaments judicials que tenen el seu origen en la dècada dels vuitanta,¹⁵¹ ja havia anat acceptant el recurs al CI per cobrir temporalment llocs de treball vacants en les plantilles laborals de les administracions públiques mentre se seguís el procés de selecció corresponent, basant-se en una interpretació «racional, teleològica i espiritualista, que superés la mera literalitat» de l'article 15 ET,¹⁵² si bé tampoc no eren pocs els pronunciaments que van optar per validar el CI per cobrir una plaça vacant, no basant-se en l'article 15 ET ni en l'RCT de l'època, sinó basant-se en les clàusules resolutòries no abusives que permet l'article 49.1b ET.¹⁵³ D'altra banda, la interinitat per cobrir una plaça vacant ja havia estat també formulada reglamentàriament abans de l'any 1994 per textos específics, com per exemple el RD 2205/1980, de 13 de juliol, sobre personal civil de l'Administració militar, o el nostre

149. Aquesta previsió de l'RCT de 1998, ja assenyalada en el Reial decret de 1994, va ser valorada com «un dels primers i més sòlids exemples de diferenciació expressa en la normativa laboral en base a la presència, en qualitat d'empleadores, de les administracions públiques», així com «un significatiu antecedent per d'altres matèries en les quals tal falta de diferenciació ha originat forts debats doctrinals i profundes diferències en les decisions judicials» (Salvador del Rey Guanter, «La reforma laboral y las administraciones locales», ponència presentada a les Jornades sobre Funció Pública Local organitzades per la Federació Valenciana de Municipis i Províncies el febrer de 1995 a Alacant).

150. STS de 9 de gener de 1998 (Ar. 10274).

151. Primer amb les sentències del TS de 9 d'octubre de 1984, 25 de maig de 1987 i 22 d'octubre de 1987, i posteriorment, de manera reiterada, amb un amplí ventall de sentències que, des del 1992 (STS de 27 de març de 1992) fins al 1994 —data en què va entrar en vigor el RD 2546/1994—, van acceptar el CI per cobrir una plaça vacant, sense cap suport normatiu exprés de l'article 15 ET ni tampoc del RD 2104/1984.

152. Entre d'altres, STS de 27 de març de 1992 (Ar. 1880).

153. Per a totes, vegeu les sentències del TSJ de Galícia de 14 d'abril de 1993 i 6 de maig de 1993.

RSPELC (art. 19), malgrat que la Generalitat de Catalunya no tenia competències en règim laboral, i fins i tot per mitjà de la negociació col·lectiva estatal i autonòmica.¹⁵⁴

4.3.2. La identificació de la plaça vacant

Les molt diverses sentències dictades en relació amb aquest tema per tots els ordres jurisdiccionals han tractat sobre el mode o la manera d'identificar la plaça vacant coberta interinament. I no hi ha, respecte a aquesta qüestió, una formalitat particular, sinó que cal només que es faci d'un mode suficient i en condicions d'objectivitat. De l'anàlisi jurisprudencial, podem destacar-ne els criteris següents, que cal tenir en compte en la gestió de les nostres corporacions locals:

a) S'ha acceptat una identificació genèrica de la plaça o el lloc de treball en el contracte escrit, si això no impedeix la seva concreció específica posterior, ja sigui directament, ja sigui indirectament.¹⁵⁵ Es considera vàlida una identificació que permeti, de manera suficient i en condicions d'objectivitat, especificar la plaça convocada, però s'ha d'evitar, amb aquesta especificació, causar indefensió al treballador interí.¹⁵⁶

b) Tanmateix, s'ha considerat més ajustat a la normativa identificar la plaça mitjançant el número que li assigna la corporació en relació amb l'oferta d'ocupació pública corresponent,¹⁵⁷ la qual cosa comporta que el procés selectiu hagi començat, si més no la seva fase inicial. Reiteradament, els tribunals han exigint la vinculació de la plaça a l'oferta d'ocupació pública o, en tot cas, la seva identificació mitjançant el número corresponent en la relació de llocs de treball, que respondria a la «dada objectiva» establerta per la jurisprudència. Tanmateix, també s'ha raonat que la no-inclusió de la vacant en l'oferta d'ocupació i la manca d'inici del procés de selecció, o el retard de la convocatòria, no comporten la conversió del treballador en fix¹⁵⁸ —en el nostre su-

154. Així ho preveien el III Conveni col·lectiu del personal laboral de la Generalitat de Catalunya (art. 24.4) i els convenis col·lectius del Ministeri de Treball i del CSIC, anteriors a l'RCT de 1994.

155. Vegeu la STS de 18 de juliol de 1994 (Ar. 7055). En la STSJ d'Andalusia/Granada de 4 de maig de 1994 (AS. 2120) es va acceptar tot i que el contracte no s'havia formalitzat per escrit.

156. Entre les més recents, vegeu la STS de 21 de març de 2005 (Ar. 3513).

157. Sentències del TS de 27 de març de 1992, 21 de juny de 1993 i 2 de novembre de 1994 (Ar. 1880, 5136 i 10336, respectivament).

158. Sentències del TS de 19 de setembre de 1997 (Ar. 6488) i 22 d'octubre de 1997 (Ar. 7547), entre d'altres.

pòsit, en indefinit no fix. Així, es pot concloure que el temps que es roman en situació d'interinitat és menys transcendent que el fet que la plaça es trobi realment vacant, fet que sí que és definitivament necessari, que no es pot obviar i que esdevé un requisit indispensable per a l'acceptació d'aquesta modalitat de contractació.¹⁵⁹

c) El nostre parer, no obstant això, és que l'entitat local ha d'efectuar una identificació tan precisa i objectiva com sigui possible, malgrat l'existència de pronunciaments judicials flexibles respecte a aquesta qüestió, ja que la doctrina judicial majoritària exigeix aquesta claredat i de vegades ha sancionat l'ambivalència o la imprecisió com a frau de llei.¹⁶⁰ I aquesta identificació és important perquè no es creï indefensió al treballador interí,¹⁶¹ de manera que, si més no, hi han de constar la categoria professional, el lloc de treball i el fet que el contracte finalitzarà quan es cobreixi definitivament la plaça vacant, ja que l'absència real de vacant i la indefensió poden comportar que el CI sigui considerat indefinit no fix.¹⁶² Tot i això, l'ús incorrecte de la modalitat contractual (per exemple, anomenant el vincle com a COSD, però establint que l'obra o el servei s'allargarà fins que la plaça es cobreixi per mitjà d'un procés de selecció) no desvirtua la naturalesa interina del contracte.¹⁶³

159. STS de 29 de juny de 2005 (Ar. 8808), en la qual se cita diversa jurisprudència.

160. Són expressius els termes de la STSJ de Navarra de 19 de setembre de 1995 (AS. 3165): «[...] aquesta no identificació de la plaça, que, a més, trenca la garantia d'estabilitat en el treball deixant a l'arbitri de [l'Administració pública] la imputació de qualsevol nomenament a qualsevol de les vacants existents, no pot considerar-se una mera irregularitat formal, sinó un requisit essencial per a la validesa de l'interinatge [sic], i si les conseqüències jurídiques d'una mera irregularitat formal no poden equiparar-se amb les derivades d'un incompliment essencial de la forma, aquestes, en el cas concret, fan que els contractes no puguin qualificar-se de durada temporal limitada i s'hagin de reputar indefinits [...]». La STS 18 de juny de 1994 (Ar. 5454) va considerar que deixar en blanc la clàusula del CI corresponent a la identificació de la plaça vacant convertia el vincle en fix, al nostre parer potser perquè esdevenia quasi impossible d'identificar quina era la que es cobria realment interinament.

161. Per això s'ha afirmat que no cal que s'identifiqui la plaça «amb un número o d'altres mecanismes similars», per bé que en la indefinició el límit «se situaria a no causar indefensió al treballador que veu extingida la seva relació» (STSJ de Catalunya de 29 d'abril de 2005 [AS. 1887], amb un vot particular que qüestiona els límits de la flexibilitat).

162. STS de 20 de juny de 2000 (Ar. 5961).

163. STS de 4 d'abril de 2001 (Ar. 4128).

4.3.3. Durada del contracte d'interinitat per ocupar una plaça vacant: l'absència de convocatòria del procés de selecció o promoció

La durada del contracte d'interinitat per ocupar una plaça vacant diferirà segons si es tracta o no d'una Administració pública.

En el primer supòsit, és a dir, si es tracta d'una Administració pública, inclosa la local, la durada del CI coincidirà amb el temps que duri el procés de selecció conforme al que preveu la normativa específica. I aquest procés acostuma a ser dilatat, atès que s'ha de garantir degudament el respecte als principis d'igualtat d'oportunitats, mèrit i capacitat¹⁶⁴ i s'han de complir tot un conjunt de tràmits administratius formals. Per a la resta de supòsits —és a dir, quan es tracti d'empreses privades—,¹⁶⁵ el CI coincidirà amb el temps que duri el procés de selecció, però no pot superar els tres mesos.

A continuació ens referirem a alguns aspectes relacionats amb la durada del CI:

a) L'article 4 RCT estableix que amb el CI per ocupar una plaça vacant es cobreix temporalment un lloc de treball durant el procés de selecció o promoció interna. Hem d'entendre, doncs, que la interinitat finalitza tan bon punt arriba a la seva fi el procés de selecció o promoció.

Fent una interpretació estricta de la definició, el procés de selecció cobreix el termini que va des de l'aprovació oficial de l'oferta d'ocupació pública fins a la formalització del contracte laboral fix amb el treballador seleccionat.¹⁶⁶ En el supòsit de promoció interna que no s'inclogui en l'oferta pública, el termini anirà des de l'aprovació oficial d'aquest procés (pla d'ocupació, etc.) per part de l'òrgan administratiu competent fins a la formalització del contracte fix.

164. STS de 24 de juliol de 1995 (Ar. 6334 i 6335).

165. La STSJ de Catalunya de 14 de setembre de 2004 (AS. 2876) accepta que les *entitats jurídicopúbliques*, si bé no són pròpiament administracions públiques, gaudeixen també del privilegi d'aquella major durada (el cas tractat en la referida sentència fa referència a un consorci hospitalari).

166. La STSJ de Catalunya de 14 de setembre de 2004 (AS. 2876) accepta que la negociació col·lectiva d'una entitat pública pugui limitar l'ús temporal del CI per cobrir una plaça vacant, basant-se en la referència de l'article 4.2b RCT a la «normativa específica».

L'RCT permet que el CI es pugui dur a terme al llarg d'aquest procés de selecció, si bé, com més tard sigui, menys durada tindrà. Dependrà, en tot cas, de les necessitats de l'Administració que contracta, la qual cosa possibilitarà també que no totes les places convocades sigui cobertes interinament o que, tant si ho són totes com si solament ho són una part, ho siguin en moments diferents. Fins i tot seria possible, al nostre entendre, recórrer al CI un cop realitzades les proves de selecció, ja que el temps que transcorre entre la realització de l'examen o la valoració de mèrits i la formalització del contracte fix pot ser considerable (reunió del tribunal, llista d'aprovat, termini de presentació de documents, etc.).

b) La qüestió més conflictiva és la que es deriva d'un CI formalitzat sense l'aprovació prèvia de l'oferta d'ocupació o el procés de promoció corresponents. Supòsit, d'altra banda, gens inusual i que s'ha fomentat per diverses raons: la reticència de moltes entitats locals a convocar de manera permanent les places interines, la política de restricció pressupostària que any rere any ha limitat, fins a èpoques recents, l'estabilització del personal precari, i la desaparició de l'obligació que les corporacions hagin de convocar totes les places vacants pressupostades.

Davant d'això, són possibles diverses respostes:

— Una interpretació estricta de la norma suposa entendre que cal que la plaça existeixi —és a dir, que estigui recollida en la plantilla, pressupostada i inclosa en la relació de llocs de treball o catàleg, si n'hi ha— i s'hagi convocat formalment. És el supòsit més clar, atès que el CI queda clarament identificat en relació amb aquella convocatòria o oferta, i la seva durada serà equivalent a la durada del procés de selecció o promoció.¹⁶⁷

— La realitat quotidiana, però, va per altres vies. Sovint els CI no són el resultat d'una oferta d'ocupació prèvia o d'un acord de promoció aprovat, o fins i tot a vegades no hi ha una vacant determinada clarament o hi ha un munt de vacants i no és gens clar a quina d'aquestes es vincula —si és que es vincula a alguna.

167. Així, les sentències del TSJ de Canàries/Santa Cruz de Tenerife de 13 de juny de 1995 i 3 d'octubre de 1995 (AS 2442 i 3659) van indicar que «no sols s'exigeix que la plaça objecte de contractació ha d'estar necessàriament inclosa en una relació de llocs vacants, sinó que és del tot obligat que estigui vinculada a una oferta real d'ocupació [...]». Prèviament, les sentències del TS de 19 de maig de 1992 (Ar. 3577) i 21 de juny de 1993 (Ar. 5136) van indicar que el CI solament és admissible quan «la vacant estigui identificada i vinculada a una oferta pública d'ocupació».

El nostre parer és que la legalitat d'un CI és molt dubtosa si no existeix la plaça vacant ni la plantilla recull la plaça, per la qual cosa apostem per l'existència de la plaça i perquè aparegui en la relació de llocs de treball o en l'instrument equivalent,¹⁶⁸ ja que «constitueix el requisit condicionant de l'acceptació d'aquesta modalitat de contractació, atès que en el mateix concepte de la paraula *interinatge (sic)* es troba inserida la necessitat d'una substitució, com a situació vicària d'una titularitat reservada respecte d'una plaça vacant preexistent, encara no coberta pels procediments reglamentaris [...]».¹⁶⁹

Més complexa és la resposta al primer supòsit, això és, un CI sense que s'hagi iniciat el procés de selecció o promoció, però en una plantilla amb una o diverses places vacants. S'ha de tenir en compte que a aquest fet s'afegeix, de manera reiterada en la pràctica, la no-convocatòria de la plaça, de manera que l'acte de la convocatòria s'endarrereix de manera quasi indefinida, amb la qual cosa no és estrany que a vegades ens trobem, a les corporacions locals catalanes, davant d'interinitats laborals que superen els cinc, els deu o fins i tot els quinze anys.¹⁷⁰ Davant d'això, podem localitzar pronunciaments judicials contradictoris, si bé el criteri majoritari tendeix a una flexibilitat important, però sempre dins d'uns límits.

Poden esmentar-se un munt de pronunciaments, que en tot cas intenten perfilar els límits de l'ús correcte o incorrecte del CI pel que fa al marc temporal. Així, algunes sentències ja estableixen a l'inici del debat que, «malgrat s'entengués que la persistència de la vacant durant un període de temps tan dilatat [superior a quatre anys] comporta una clara irregularitat»,¹⁷¹ això no pot ser sancionat amb el caràcter fix —en aquell moment— del contracte, i es reafirmaven en el sentit que «si l'Administració incompleix

168. La STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 22 d'abril de 2005 (AS. 827) accepta la interinitat en una plaça vacant sense haver-hi prèviament una convocatòria, però considera obligatòria l'existència de la plaça jurídicament parlant, és a dir, considera obligatori que estigui reflectida en la plantilla i la relació de llocs de treball. En el mateix sentit, vegeu la STSJ de Canàries/Las Palmas de 8 de febrer de 2006 (AS. 1140).

169. STSJ de Canàries/Las Palmas de 8 de febrer de 2006 (AS. 1140).

170. En l'estudi de camp dut a terme per l'Observatori de Govern Local en municipis catalans de més de 10.000 habitants, s'acredita que a Catalunya un 10 % del personal interí i temporal de l'Administració local fa més de vuit anys que està en aquesta situació. En concret, el 34,3 % tenia una antiguitat en la temporalitat inferior a 1 any; el 33,8 %, entre 1 i 2 anys; l'11,3 %, entre 3 i 4 anys; el 8,5 %, entre 5 i 7 anys; el 3 %, entre 8 i 10 anys, i el 7,1 % superava els 10 anys (X. BOLTAINA BOSCH, capítol «Recursos humans», informe de l'Observatori de Govern Local, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2006).

171. Vegeu, literalment, la STSJ de Castella i Lleó de 19 de juliol de 1994 (AS. 3006).

algun manament de la normativa que regula l'oferta d'ocupació pública i la cobertura de les corresponents vacants, això podrà produir alguna classe de conseqüències jurídiques, però no fa desaparèixer el caràcter interí del contracte laboral de les actuacions, ni el converteix en indefinit [...]».¹⁷² Davant d'això, altres sentències han anat considerant frau de llei el perllongament *ad aeternum* de la interinitat —amb referència a la qual, en algun cas, el Tribunal Suprem ha parlat de «persona física hivernada». Així, s'ha postulat que perquè hi hagi un CI vàlid cal un procés de selecció previ,¹⁷³ i la seva absència constitueix un frau de la llei.¹⁷⁴ Tanmateix, creiem que el criteri del Tribunal Suprem, ja consolidat, és molt més flexible, i conclou que el vincle interí no es transforma en fix —o en indefinit no fix, en les entitats locals— si la plaça vacant no ha estat inclosa en l'oferta d'ocupació pública i no s'inicia el procés de selecció, o bé si la convocatòria o resolució del procés es retarda més del que és acceptable,¹⁷⁵ sigui quina sigui la raó del retard. Aquest criteri ha permès considerar vàlid una mena de *tertium genus* de CI a mig camí entre la interinitat per cobrir una plaça vacant i la interinitat per substitució: el CI per cobrir la plaça d'un treballador laboral públic jubilat anticipadament als seixanta-quatre anys, d'acord amb el que preveu el RD 1194/1985, que regula la jubilació anticipada sense coeficients correctors.¹⁷⁶

No obstant això, aquest debat s'ha de resoldre avui en dia a favor de la manca d'opcions per al treballador interí que perllonga la seva situació en el temps, per assolir la condició de treballador fix, de manera especial després de la consolidació del criteri judicial que diferencia entre aquella figura i el treballador indefinit no fix —vegeu el capítol

172. En aquests termes, vegeu la STSJ d'Extremadura de 18 de novembre de 1995 (AS. 4145).

173. Sentències del TJS de Cantàbria de 28 d'abril de 1995 i 25 de març de 1996 (AS. 1546 i 509).

174. «La vulneració dels [principis] de mèrit i capacitat en l'accés a la funció pública, produït mitjançant l'assignació del caràcter d'empleat laboral fix a qui ha anat essent interí sense subjecció a un termini al llarg de diversos anys, constitueix un perjudici genèric que, per això mateix, ha de qualificar-se de menys greu que l'específic produït a través de la perpetuació indefinida de la provisionalitat il·legal i del possible cessament ulterior en algun moment, potser, o no, segons un antijurídic arbitri administratiu, del treballador que ha hagut de fer d'aquesta ocupació el seu mitjà de vida i que s'ha vist impossibilitat d'accedir a la titularitat definitiva del mateix a través del sistema que hagués de ser utilitzat des del primer moment en què va ocupar la plaça, o si s'escau, en un breu termini raonable [...]» (STSJ de Cantàbria de 25 de març de 1996 [AS. 509]).

175. Entre altres, vegeu les sentències del TS de 12 i 24 de juny de 1996 (Ar. 5065 i 5300). I també les de 7 de juliol, 19 de setembre i 22 d'octubre de 1997 (Ar. 6136, 6488 i 7547). Per superar el termini màxim previst per la normativa, no van considerar la conversió la STS de 23 de març de 1999 (Ar. 3237) i la d'11 de desembre de 2002 (Ar. 2003/1960), referida al personal no funcionari interí al servei de l'Administració militar. Amb un ampli raonament d'aquest criteri, vegeu la STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 22 d'abril de 2005 (AS. 827).

176. STS de 5 de juliol de 1999 (Ar. 7161) i 3 de juliol de 2000 (Ar. 6287).

tol 10—, i tampoc no és possible la seva transformació en aquest darrer, malgrat que hi ha pronunciaments judicials en aquest sentit. Per això, podem considerar doctrina majoritària que la demora en la convocatòria, fins i tot quan suposi una infracció de les normes administratives,¹⁷⁷ no comporta frau de llei ni transformació del contracte en indefinit, ja que «en tot cas, es mantindria indemne la funció típica de la contractació temporal de la interinitat, això es, el desenvolupament provisional d'un lloc de treball sense cobertura reglamentària».¹⁷⁸ El raonament s'empara, en aquest sentit, tant en la causa d'extinció de l'article 49.1c ET com en el fet que el mateix RCT, en parlar de la no-denúncia del contracte temporal en arribar al seu termini, prescriu la pròrroga tàcita per temps indefinit, llevat que hi hagi una prova en sentit contrari que acrediti la naturalesa temporal de la prestació, i, en el cas singular del CI per cobrir una plaça vacant, «la naturalesa temporal de la prestació ha de presumir-se fins i tot després de transcorregut el termini de convocatòria del concurs corresponent, de manera que s'ha de tenir en compte que la causa de la temporalitat no ha desaparegut, sinó que simplement s'ha dilatat en el temps».¹⁷⁹

Taxativament, el simple transcurs del temps, «sigui el que sigui aquest»,¹⁸⁰ no produeix l'efecte de transformar la interinitat en un contracte indefinit no fix (fins i tot no solament quan la demora és raonable, sinó també quan és irraonable),¹⁸¹ ans al contrari, fins i tot faculta la corporació local per donar per terminada la relació contractual amb el treballador interí,¹⁸² però de manera matisada —literalment «no produeix en principi l'efecte [...] de conversió—, ja que calen dos elements bàsics per a la seva existència i efectivitat: la identificació objectiva i suficient de la plaça, que no doni peu a la indefensió del treballador interí, i també l'existència efectiva i real de la vacant coberta, ja que

177. Així, la STSJ de Múrcia de 6 de març de 2006 (AS. 1311) enjudicia les convocatòries fetes l'any 2004 d'unes places incloses en les ofertes públiques del 1999 i el 2001, i conclou que «l'Administració té facultats per iniciar el procés de selecció quan ho estimi convenient». El contracte no es converteix en indefinit malgrat una demora «raonable o irraonable» en la provisió de les places; fins i tot amb infracció de normes administratives, no hi ha frau de llei (FJ 2n, 6è paràgraf).

178. Entre d'altres, vegeu les sentències del TS de 21 de març de 1997 (Ar. 2610), 29 d'abril de 1997 (Ar. 3555), 9 de juny de 1997 (Ar. 4690), 23 de març de 1999 (Ar. 3237) i 11 de desembre de 2002 (Ar. 2003/1960).

179. STSJ de Catalunya de 16 de juny de 2004 (AS. 2749).

180. STS d'11 de desembre de 2002 (Ar. 2003/1960), que cita la STS de 22 d'octubre de 1997 (Ar. 7547).

181. STS de 23 de març de 1999 (Ar. 3237).

182. Entre d'altres, sentències del TS de 22 d'octubre de 1997 (Ar. 7547) i 7 de març de 2000 (Ar. 2608). En el mateix sentit, STSJ de Catalunya de 16 de juny de 2004 (AS. 2749).

«l'absència de vacant, malgrat la flexibilitat dels criteris mantinguts, i abans analitzats, sobre la viabilitat del CI i sobre la seva extinció, sí que comportaria la consideració del contracte com de durada indefinida»,¹⁸³ alhora que prevalen, sobre l'interès del treballador, dos interessos reconeguts constitucionalment, això és, l'interès públic en el control de l'ocupació en les administracions i la provisió de vacants d'acord amb els principis de publicitat, mèrit i capacitat, així com l'interès dels ciutadans en l'accés a l'ocupació pública d'acord amb el principi d'igualtat.¹⁸⁴

No obstant això i com a conclusió, s'ha de dir que la interinitat per cobrir una plaça vacant no eximeix, malgrat la interpretació flexible mantinguda, de l'obligatorietat de la convocatòria o, si fos el cas, de l'amortització, d'acord amb el que prescriuen les lleis de pressupostos de l'Estat sobre la interinitat laboral, de manera que el termini de convocatòria és indeterminat, però determinable.¹⁸⁵

4.3.4. L'extinció del contracte d'interinitat

El CI s'extingeix, segons l'article 4.2c RCT, per les raons següents: a) en els processos de selecció o promoció de personal a les corporacions locals, quan aquests finalitzin; b) en la resta de supòsits, en transcórrer el període de tres mesos esmentat.

Malgrat l'aparent simplicitat del precepte, es fa necessari fer algunes consideracions a fi i efecte de determinar quan s'entendrà que finalitza el procés de selecció o promoció si qui convoca és una entitat local.

183. En aquest sentit, STS de 20 de juny de 2000 (Ar. 5961). La STSJ d'Andalusia/Sevilla de 25 de setembre de 2002 (AS. 2003/840) basa l'argument, a banda de l'article 49.1b ET, en el fet que el perllongament en el temps de la relació laboral interina no produeix cap perjudici al treballador i que, d'altra banda, les normes sobre provisió de vacants no protegeixen l'interès del treballador interí, sinó dos interessos diferents, reconeguts constitucionalment: l'interès públic en el control de l'ocupació pública, d'acord amb les previsions pressupostaries i la provisió de places feta segons els principis de mèrit, capacitat i publicitat, i l'interès de tots els ciutadans en l'accés a la funció pública en termes d'igualtat.

184. STS de 24 de juny de 1996 (Ar. 5300) i sentències del TSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 18 i 22 d'abril de 2005 (AS. 692 i 827, respectivament) i del TSJ de Canàries/Las Palmas de 8 de febrer de 2006 (AS. 140).

185. Vegeu les sentències del TSJ esmentades en el peu de pàgina anterior. En l'actualitat (2007), les lleis de pressupostos obliguen a la cobertura definitiva de les places cobertes interinament a partir de l'1 de gener de l'any anterior a la vigència de la llei pressupostària respectiva (vegeu el capítol 8è).

— Els processos de promoció interna consisteixen en l'ascens del personal laboral de la mateixa entitat local des del lloc de treball o la categoria laboral del grup immediatament inferior per mitjà d'una convocatòria pública, de manera que aquesta promoció produeix la baixa en el lloc de treball o la categoria laboral d'origen (art. 88.1b RPSELC). La normativa estatal fa una remissió a allò que prevegin en cada cas els convenis col·lectius específics, que poden assumir la forma de convocatòria independent de les d'ingrés extern i, per tant, amb una dinàmica pròpia,¹⁸⁶ que confirma el mateix RPSELC en dir que, respecte de la promoció interna, «caldrà atènyer-se al que disposin les reglamentacions específiques o els convenis col·lectius en vigor» (art. 89).

— Pel que fa a les convocatòries d'ingrés de nou personal, a la vista de la legalitat vigent, entenem que el procés selectiu ha de donar-se per finalitzat quan es formalitzi el contracte de treball fix resultant de la convocatòria i, per tant, un cop l'aspirant proposat per a la plaça —que pot ser el que l'ocupava interinament, o no— hagi justificat les condicions de capacitat i els requisits exigits en la convocatòria i l'òrgan competent hagi formalitzat els contractes de treball fixos.¹⁸⁷ Entenem que aquest dia d'inici de la prestació de serveis és el mateix dia en què haurà d'acabar el CI, malgrat que el nou contracte fix incorpori un període de prova i que fins i tot el candidat seleccionat no el superi. Les altres dues possibilitats —finalització del CI quan es faci pública la llista d'aprovat o quan transcorri satisfactòriament el període de prova— desnaturalitzarien la causa del CI. En aquest sentit, sembla adequat adaptar al règim laboral la regla prevista en l'article 128.2 *in fine* del Reial decret legislatiu 781/1986, segons el qual «el personal que ostenti la condició d'interí cessarà automàticament en prendre possessió com a funcionaris de carrera els aspirants aprovats en la convocatòria respectiva».

186. Art. 28.2 i 75 RD 364/1995, de 10 de març, sobre el Reglament general d'ingrés del personal al servei de l'Administració general de l'Estat, que té caràcter supletori per a la resta d'administracions públiques.

187. Art. 90 i seg. RPSELC.

4.3.5. Supòsits especials d'extinció del contracte d'interinitat a les corporacions locals

Malgrat l'aparent claredat de l'RCT, són nombroses les dificultats amb les quals en la pràctica quotidiana han d'enfrontar-se les corporacions locals a l'hora d'extingir els CI. Analitzarem les més destacades, partint del principi, mantingut per la jurisprudència, que el cessament de l'interí és possible en diversos supòsits, fonamentalment quan la provisió definitiva de la vacant s'ha produït per un procediment diferent al reflectit en el CI.¹⁸⁸

a) Amortització de la plaça vacant

A les corporacions locals, l'amortització d'una plaça, fins i tot en el règim laboral, ha de seguir un procediment determinat. Si la plaça es troba vacant —sense cap titular amb reserva del lloc de treball—, l'entitat pot procedir a la seva amortització per mitjà de la modificació de la relació de llocs de treball i de la plantilla. La dificultat es planteja quan la plaça està ocupada per un interí i, en lloc de cobrir-la definitivament pel procediment selectiu o de promoció interna, s'amortitza. Aquesta fórmula ha estat acceptada per la jurisprudència —no sense dubtes en alguns supòsits—,¹⁸⁹ que s'ha basat en l'article 49.2 ET. La doctrina del Tribunal Suprem és avui prou clara:¹⁹⁰ el CI pot establir que la seva extinció es produirà quan tingui lloc la provisió del lloc de treball de manera fixa, però l'eficàcia d'aquest pacte ha d'entendre's sotmesa a la condició subjacent de la pervivència del lloc de treball, ja que no es pot oblidar que el CI, per la seva pròpia naturalesa, té un caràcter de provisionalitat en el lloc de treball, de manera que si la corporació local el considera innecessari, pot amortitzar-lo, encara que aquesta possibilitat no aparegui en el contracte escrit.¹⁹¹ En concret, «la subscripció dels dits

188. STS de 13 de març de 1997 (Ar. 2894).

189. La STSJ de Cantàbria de 10 de maig de 1995 (AS. 1877) no negava la possibilitat, però la feia dependre del fet que se seguís el mateix procediment de finalització del CI que s'hauria seguit si s'hagués tractat d'un contracte fix (art. 52e ET, «Extinció del contracte per causes objectives»), mentre que la STSJ de Balears de 28 de desembre de 1993 (AS. 5356) considera suficient aplicar les previsions de l'article 49.2 ET, sense que hagi de seguir-se el procediment d'extinció per causes objectives de l'ET. Alguns autors (López Gómez) han plantejat també la necessitat de recórrer als articles 51 i 52c ET.

190. Per a totes, vegeu les sentències del TS de 27 de març de 2000 (Ar. 3128) i 12 i 14 de març de 2002 (Ar. 5139 i 5205, respectivament).

191. Entre d'altres, vegeu la referida STS de 14 de març de 2002, que es fa ressò de les sentències del TS de 2 d'abril de 1997 (Ar. 3045), 9 de juny de 1997 (Ar. 4692) i 27 de març de 2002. Aquesta possibilitat es considera un element de «flexibilitat» en l'ús del CI per part de les administracions públiques (STSJ de Castella-la Manxa de 25 de maig de 2006 [AS. 2231]).

CI no limita ni elimina les facultats de l'Administració sobre modificació i supressió dels llocs de treball». ¹⁹² No sembla, a més, que la demora en la convocatòria de la plaça impedeixi l'amortització. ¹⁹³ No obstant això, l'amortització de la plaça no és un element suficient ni vàlid per si mateix si es pot demostrar que les funcions que duia a terme l'interí són realitzades per una altra persona, però caldrà una equiparació exacta i precisa d'unes i altres. Si fos el cas, l'amortització seria reputada fraudulenta, amb la finalitat d'acomiadar l'interí, i aquest acte esdevindria improcedent, ¹⁹⁴ això és, l'amortització serà vàlida però caldrà també que la vacant estigui identificada correctament i permeti a l'interí exercir el seu dret que es dilucidi si l'extinció del seu contracte correspon o no a la concurrència de la condició resolutorià del contracte. ¹⁹⁵ I es pot concloure amb el mateix raonament si la plaça amortitzada correspon a la descrita en el CI, però no a les funcions reals desenvolupades, que es continuen mantenint. ¹⁹⁶

b) La cobertura definitiva del lloc de treball per mitjà d'altres modalitats diferents al procés de selecció i promoció

També s'han acceptat tot un seguit de fórmules la característica de les quals és la provisió definitiva del lloc de treball ocupat per mitjà del CI per cobrir una plaça vacant, sense el procés previ de selecció i promoció. Així, entre d'altres, s'ha validat la fi d'un CI quan es reincorpora un treballador en situació d'excedència voluntària i se li atorga la plaça ocupada interinament, ¹⁹⁷ o quan s'incorpora definitivament un funcionari —però no, en canvi, si la provisió del lloc no és permanent, com és el cas de la comissió de

192. La sentència del TS confirma la STSJ de Catalunya de 9 de novembre de 1998 (AS. 7409). En el mateix sentit, vegeu les sentències del TS de 2 d'abril de 1997 (Ar. 3045) i 9 de juny de 1997 (Ar. 4692). Amb posterioritat, en el mateix sentit, vegeu la STS de 13 de gener de 2005 (JUR 2005/71537) i la STSJ de Catalunya de 3 de novembre de 2005 (AS. 3696).

193. La STSJ d'Andalusia/Sevilla de 25 de setembre de 2002 (AS. 2003/840) dóna validesa a l'amortització d'una plaça vacant amb un interí laboral que la va ocupar durant quatre anys i mig.

194. STS de 14 de juny de 1999 (Ar. 6157).

195. STS de 13 de gener de 2005 (JUR 2005/71537), que entén que cal que l'actitud de l'Administració després de l'amortització no ocasioni indefensió a l'interí i que «l'acte empresarial es realitzi amb criteris objectius».

196. Es reputa fraudulenta, doncs, l'amortització d'un lloc d'oficial de cuina quan les tasques realitzades realment eren d'ajudant de cuina i, un cop produïda aquella amortització, es crea formalment una plaça d'ajudant i es nomena un altre treballador interinament (STS de 20 de gener de 2004 [Ar. 1496]).

197. En sentit favorable, vegeu les sentències del TSJ d'Andalusia/Granada de 27 de novembre de 1995 (AS. 4192) i de Galícia de 8 de març de 1994 (AS. 898); en contra, però, vegeu la STSJ de la Rioja de 15 d'abril de 1996 (AS. 1258).

serveis.¹⁹⁸ També s'han considerat adequats els supòsits en què el lloc es cobreix després d'un concurs intern de trasllats entre el personal fix de la corporació local, en fer prevaler el que disposin la norma reglamentària o el conveni col·lectiu respecte a aquesta qüestió.¹⁹⁹

Supòsits ja més puntuals, però igualment vàlids, són els que estableixen que és correcte el cessament quan el lloc es cobreix per mitjà d'una resolució judicial que imposa una persona diferent de la del treballador interí.²⁰⁰

c) El resultat negatiu en el procés de selecció o promoció

D'acord amb el que es diu literalment en l'article 4.2 RCT, el CI és vigent mentre es desenvolupa el procés de selecció o promoció i s'extingeix quan s'acaba aquest període. En cap moment l'RCT es refereix a la hipòtesi, perfectament possible, que no es cobreixi la plaça; això pot donar peu a problemes interpretatius, atès que l'article 4.2b RCT es refereix a la durada del CI com «la del temps que duri el procés de selecció o promoció per a la cobertura definitiva del lloc de treball». No es parla d'un únic procediment o una única convocatòria, sinó que aquest procés pot, en teoria, abastar diverses convocatòries consecutives perquè el lloc de treball no s'ha cobert en la primera convocatòria o en altres de posteriors.

198. La STSJ de Galícia de 2 de novembre de 1995 (AS. 4152) rebutja la comissió de serveis atès el seu caràcter «clarament provisional» i considera frau de llei l'extinció del CI. El Tribunal Suprem es pronuncia en el mateix sentit en declarar que, efectivament, la comissió de serveis és una manera reglamentària de cobrir una plaça vacant, però no una causa vàlida d'extinció d'un CI (STS de 7 de febrer de 2001 [Ar. 2510]). Aquest pronunciament va acompanyat del vot particular d'un magistrat que planteja una interpretació racional i teleològica enfront d'una interpretació estricta i literal, que considera correcte el cessament d'un interí perquè la plaça es cobreix per mitjà d'una comissió de serveis, atès que el CI ha d'estar subjecte i sotmès a les facultats i competències de l'Administració per dur a terme les actuacions permeses per la llei, i una comissió de serveis ho és. Segons el vot particular, l'expressió «cobertura definitiva» ha d'interpretar-se com a cobertura reglamentària: encara que la cobertura definitiva sigui la més habitual, «no és lògic excloure per això altres sistemes legals de cobertura de places». Naturalment, totes aquestes consideracions no tenen en compte la correcció o no del fet que un lloc de treball laboral sigui cobert per un funcionari per mitjà d'una comissió de serveis, cosa que seria objecte d'un altre debat.

199. STSJ de Castella i Lleó/Valladolid d'1 de febrer de 1994 (AS. 465).

200. En aquest sentit, vegeu la STS de 4 d'octubre de 1994 i la STSJ d'Extremadura de 5 de maig de 1995 (AS. 1810). La STSJ de Navarra de 2 d'octubre de 1995 (AS. 3608) qualifica tal assignació per decisió judicial d'«acte d'autoritat que ha d'equiparar-se amb la cobertura reglamentària de la plaça». Una solució diferent «conduiria que dos treballadors desenvolupin el mateix lloc de treball, amb la corresponent disbaixa de cabdals públics, o que es desplaçi un dels treballadors a un lloc diferent, amb inobservança dels principis de concurs públic, mèrit i capacitat, que han de presidir l'accés a les funcions i càrrecs públics [...]»

Doncs bé: si en l'àmbit de les relacions privades el període de tres mesos no pot ultrapassar-se en cap cas, amb independència del que succeeixi i cosa que comportarà ineludiblement la finalització del CI, en l'àmbit públic la resposta és diferent.²⁰¹ La doctrina judicial manté que el treballador interí perllongarà la seva condició, fins i tot en el supòsit que algun aspirant diferent hagués obtingut la plaça i tot seguit, en ser contractat, passés a una situació d'excedència voluntària, ja que «materialment, la plaça mai no va arribar a cobrir-se, perquè aquella formal presa de possessió va manca de realitat plàstica [...]».²⁰² Aquesta solució, tanmateix, no és pas pacífica.²⁰³ En aquests casos, a nosaltres ens sembla que formalment la solució més adequada seria donar per resolt el CI i, tot seguit, formalitzar un altre CI vinculat al nou —o futur— procés de selecció o promoció, si més no per una raó procedimental: evitar l'existència d'un CI en el qual manca de manera precisa el procés al qual està vinculat. La jurisdicció ha qualificat aquesta interpretació de *literal formalista però correcta*, sempre que el treballador interí novament contractat sigui el mateix que ocupava anteriorment la plaça no coberta.

d) La transformació en funcional de la plaça ocupada laboralment de manera interina. No és un supòsit inversemblant, sinó que sovint és un fet recurrent en processos de funcionalització de les plantilles de personal laboral. La resposta hauria de passar per la disposició transitòria quinzena de la Llei 30/1984, de 2 d'agost —segons el redactat donat per la Llei 23/1988. En aquest sentit, l'adscripció del lloc laboral com a funcional no comporta el cessament del treballador laboral —fix o interí, ja que la referida disposició transitòria quinzena no fa cap distinció en aquest sentit—, que continuarà en el seu lloc de treball fins a la provisió definitiva de la plaça.²⁰⁴

201. Sentències del TSJ d'Aragó de 5 d'abril de 1994 (AS. 1638) i de Castella i Lleó/Burgos de 17 de maig de 1994 (AS. 2170).

202. STSJ de Castella i Lleó/Burgos de 19 d'abril de 1995 (AS. 1342). No obstant això, la STS de 16 de maig de 2005 (Ar. 6448) considera que la petició d'una excedència voluntària immediatament després que l'empleat seleccionat hagi pres possessió pot comportar l'extinció del CI, ja que el dret de permanència d'aquell interí es va «consumar amb el nomenament i la presa de possessió en propietat [...] per mitjà del procés selectiu reglamentari corresponent». Aquest criteri ha estat seguit per pronunciaments posteriors, per exemple la STSJ de Navarra de 26 d'octubre de 2005 (AS. 3395).

203. La STSJ de Madrid de 10 de juny de 2005 (AS. 2453) entén que el CI es pot extingir si una convocatòria és declarada deserta.

204. STS de 19 de gener de 1993 (Ar. 100) i STSJ d'Aragó de 30 de juny de 1994 (AS. 2388).

Bibliografía

Barreiro González, G. *La sustitución del trabajador con derecho de reserva*. Madrid: Civitas, 1986.

Boltaina Bosch, X. *La funcionarización del personal laboral al servicio de las administraciones públicas españolas*. Barcelona: Cedecs, 2005.

Boltaina Bosch, X. *La funcionarització del personal laboral al servei de les corporacions locals catalanes. 101 preguntes, 101 respostes*. Col·l. «Estudis de Relacions Laborals», núm. 1. Barcelona: CEMICAL, 2005.

Cordero Saavedra, L. «El contrato de interinidad por vacante y su problemática en cuanto a la identificación de las plazas objeto de cobertura; aspectos legales y jurisprudenciales». *Actualidad Laboral*, núm. 36 (1997).

Lahera Fortez, J. «El término final del contrato de interinidad: el cese de la causa de sustitución». *Relaciones Laborales*, núm. 11 (2000).

Molina Navarrete, C. «Las nuevas interrogantes sobre la legalidad del contrato de interinidad por vacante». *Actualidad Laboral*, núm. 26 (2000).

Nicolás Bernad, J. A. *Problemas actuales del trabajo eventual e interino*. Valladolid: Lex Nova, 2002.

Rodríguez Ramos, P. T. *El contrato de interinidad por vacante*. València: Tirant lo Blanch, 1996.

Romero Ródenas, M. J.

«Notas sobre el contrato de interinidad en la Administración pública». *Temas Laborales*, núm. 45 (1997).

Trujillo Callo, I. «Apuntes sobre el contrato de interinidad por vacante». *Actualidad Laboral*, núm. 5 (1998).

5

El contracte de treball en pràctiques

5.1. Introducció i marc regulador general

A l'inrevés del contracte per a la formació, que tot seguit tindrem ocasió d'estudiar, el contracte de treball en pràctiques (CTP) s'ha mantingut relativament estable, pel que fa a la seva configuració jurídica, des de la seva potenciació per mitjà de la reforma laboral de 1993. Configuren el seu marc jurídic actual l'article 11.1 ET i el Reial decret 488/1998, de 27 de març, de desenvolupament dels contractes formatius (RCF). Si bé hi ha especialitats d'aquest contracte per a sectors concrets (per exemple, el sanitari o el de pràctiques professionals d'estudiants),²⁰⁵ ens centrarem en l'aplicació d'aquest tipus de contracte a les entitats locals. Advertim, però, que aquesta no ha estat una modalitat gaire utilitzada en termes generals en el sector privat ni en l'Administració pública,²⁰⁶ ni tampoc jurisprudencialment s'han conformat especificitats o modulacions al règim general, a diferència dels contractes causals de l'article 15 ET esmentats abans. Tanmateix, s'ha d'assenyalar que es tracta d'un contracte amb tradició suficient en el dret espanyol, atès que va ser instituït l'any 1976 en la Llei de relacions laborals, i que ha estat sotmès, al llarg del temps, a diferents regulacions i canvis, fins a arribar al marc normatiu actual.²⁰⁷

205. En aquest sentit, vegeu la DA 1a RCF.

206. Numèricament, el seu ús ha estat inferior al del contracte de formació. Així, l'any 2002 es van formalitzar més de 78.000 contractes; l'any 2003, quasi 86.000; l'any 2004, una mica més de 76.000, i l'any 2005, 85.000. Per contra, la mitja anual de contractes per a la formació va ser l'any 2004 de 125.000 i l'any 2005 de 120.000. A Catalunya, l'any 2005 es van subscriure uns 10.000 contractes d'aquest tipus.

207. D'evolució normativa agitada és qualificat per la STSJ d'Andalusia/Màlaga de 22 de juny de 2001 (AS. 3783).

5.2. El supòsit de fet i l'àmbit subjectiu d'aplicació. La durada del contracte

El CTP és un contracte formatiu, com el contracte per a la formació, raó per la qual, malgrat trobar-se fora de la relació de contractes causals de l'article 15 ET, també el podríem configurar pròpiament com a tal, atesa la seva finalitat.²⁰⁸ El pot concertar una entitat local amb la persona que estigui en possessió d'un títol per a la prestació de serveis retribuïts, per tal que ocupi un lloc de treball que permeti obtenir la pràctica professional adequada al nivell d'estudis cursats. Per tant, l'objecte del contracte és la prestació retribuïda d'un treball amb tres premisses inexcusables: titulació suficient, correspondència entre el títol i les característiques del lloc de treball o el contingut de la prestació de serveis, i absència de coneixements pràctics per part del treballador contractat. A aquestes premisses, la jurisdicció acostuma a afegir-hi també, com a essencial, que la data de finalització dels estudis no sigui més enllà dels quatre anys als quals després ens referirem.²⁰⁹

Per contra, la finalitat del CTP no és fomentar la contractació de persones titulades, sinó que aquestes siguin contractades per a la pràctica professional pròpia dels seus estudis,²¹⁰ o, més pròpiament, perquè adquireixin experiència en un treball determinat i alhora aquesta reverteixi en els estudis teòrics cursats. Per sobre de tot, doncs, impera la finalitat formativa.²¹¹ Tampoc no és la finalitat del CTP comprovar la idoneïtat del treballador, funció que correspon al període de prova.²¹²

208. Com a «eminentment causal» el defineix la STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 9 de juliol de 2001 (AS. 3598).

209. STSJ de Catalunya d'11 de gener de 2001 (AS. 37).

210. STSJ del País Basc de 5 de febrer de 2004 (AS. 1919). No obstant això i segons el nostre parer, un efecte indirecte d'aquest contracte és precisament que fomenta la contractació de titulats recents; així s'ha d'entendre el requisit que la finalització dels estudis, amb caràcter general, no hagi tingut lloc més enllà de quatre anys des de l'inici de la relació laboral. I així ho han recollit alguns pronunciaments judicials (per a tots, vegeu la STSJ d'Andalusia/Màlaga de 22 de juny de 2001 [AS. 3783], segons la qual la finalitat última de la norma reguladora és la promoció de l'ocupació).

211. STSJ de Catalunya de 31 de maig de 2006 (JUR 2006/187516).

212. STS de 29 d'octubre de 1996 (Ar. 8182) i STSJ de Cantàbria de 9 de juliol de 2001 (AS. 3439).

Mentre que no es requereix cap característica concreta a l'empresa —en aquest cas, a l'entitat local—, l'àmbit subjectiu que afecta el treballador és de gran importància, pel que fa a la seva delimitació. Aquesta persona ha d'estar en possessió d'un títol de llicenciatura o diplomatura universitària —i es consideren incloses en aquest concepte les enginyeries i arquitectures superiors i tècniques—, d'un títol de tècnic o tècnic superior en formació professional específica, o d'un títol reconegut oficialment com a equivalent i que habiliti per a l'exercici professional; per aquesta raó, no són vàlids els títols que no habilitin per a aquest exercici.²¹³

En tots els casos, però, es fixa un límit entre l'obtenció del títol i la formalització del contracte: no han d'haver transcorregut més de quatre anys —o sis si es tracta d'una persona amb una discapacitat, acreditada oficialment, de grau igual o superior al 33 %—²¹⁴ des de la finalització dels estudis necessaris per aconseguir la titulació que es requereixi —no des de la data de lliurament o expedició del títol, sempre posterior. En el cas de títols obtinguts a l'estranger i que siguin exigibles per a l'exercici professional a Espanya, els quatre o sis anys comptaran a partir del reconeixement o la convalidació dels referits estudis per les autoritats del nostre país. En tots els casos, però, el còmput esmentat es paralitza durant la realització de l'antic servei militar o la prestació social substitutòria. Presumida aquesta formació teòrica, la norma no exigeix l'existència d'un tutor del treballador, a diferència del contracte per a la formació.²¹⁵

La durada màxima en què un treballador pot estar contractat amb aquesta modalitat contractual, basant-se en un títol determinat i específic, és de dos anys, en una o diferents empreses o entitats. S'entén que la pràctica a què es refereix l'article 11.1 ET s'obté suficientment en aquest període de temps.

213. És el cas dels antics BUP i COU o dels equivalents actuals. Tampoc no són vàlids els títols expedits per l'INEM o centres col·laboradors de formació professional ocupacional, que en un determinat moment van ser vàlids. La jurisprudència tampoc no considera vàlids els títols que no requereixen estudis previs, sinó únicament un nomenament o una autorització administrativa, com és el cas del títol de vigilant de seguretat.

214. El grau de discapacitat del 33 %, o superior, ha de suposar una disminució de la capacitat de treball igual o superior al referit percentatge (DA 6a Llei 24/2001, de 27 de desembre).

215. La inexistència de tutor o fins i tot el fet que el treball es realitzi en solitari no impedeixen una certa obligació de l'entitat local que el treballador en pràctiques estigui sota «la vigilància i supervisió corresponent» d'un altre empleat (STSJ de Catalunya de 4 de desembre de 2000 [JUR 2001/64496]).

Aquests previsions obliguen que la corporació local sigui especialment curosa i convé que actuï de la manera següent abans de formalitzar un contracte temporal:

— L'ens local pot exigir una fotocòpia compulsada del títol o del certificat de finalització dels estudis que donen dret a l'obtenció d'aquell. Com que la data d'expedició del títol és sempre posterior —en alguns casos, si no es va demanar, pot haver-hi una diferència fins i tot de molts anys—, s'aconsella que es demani al treballador una certificació o un document on consti la data efectiva de finalització dels estudis.²¹⁶

— D'altra banda, el límit de dos anys de contractació en pràctiques basant-se en un mateix títol obliga que l'entitat local, abans de formalitzar el contracte, demani al Servei Públic d'Ocupació una certificació on consti si el referit futur empleat ha estat contractat anteriorment amb aquesta finalitat. La certificació s'ha d'expedir en un termini de deu dies; en cas contrari, un cop transcorregut aquest, la corporació resta exonerada de responsabilitat.²¹⁷ Segons l'article 23 RCF, aquesta última responsabilitat fa referència al requisit de la durada màxima de dos anys, per la qual cosa entenem que l'ens local no queda exempt d'altres responsabilitats, com seria el cas de la qüestió retributiva que s'ha de percebre.

— El període de prova no pot ser superior a un o dos mesos si el treballador és contractat prenent com a base un títol de grau mitjà o superior, respectivament. No obstant això, el conveni col·lectiu de l'ens local pot establir períodes diferents. Respecte a aquesta qüestió, s'institueix una previsió que cal adaptar a la normativa local: si en finalitzar el CTP el treballador continua treballant a l'entitat local, no pot concertar-se un nou període de prova i computar la durada del primer contracte a l'efecte de l'antiguitat. Entenem que aquest període de prova no podrà concertar-se en el supòsit que el treballador superi un procés selectiu per accedir, com a laboral fix, a una categoria o grup professional de la plantilla de l'entitat local per al qual es requereix un nivell de titulació —i el títol específic, si escau— idèntic a aquell amb el qual va ser contractat com a treballador laboral temporal en pràctiques.

216. Sobre aquesta circumstància, vegeu el FJ 2n de la STSJ de Galícia de 16 de febrer de 2001 (JUR 2001/129499).

217. Sempre que actuï de bona fe. Per tant, si l'entitat local coneixia la circumstància, ha d'assumir la responsabilitat.

— La durada mínima del CTP és de sis mesos, període que es pot prorrogar fins als dos anys.²¹⁸ Si bé l'ET no diu res d'aquesta qüestió, l'RCF únicament permet dues pròrrogues. No obstant això, el conveni col·lectiu pot establir un règim diferent,²¹⁹ però amb un límit: en cap cas no es pot pactar convencionalment una pròrroga inferior als sis mesos.²²⁰ El límit dels dos anys és imperatiu, ja que es considera que és —en el règim general— un temps més que suficient per a la finalitat del contracte, la qual cosa pot comportar una situació de frau de llei si les tasques pròpies per a les quals habilita el títol han estat realitzades, d'altra banda, mitjançant una altra forma de contractació no formativa.

218. Respectant aquest mínim i màxim, la negociació col·lectiva sectorial pot determinar la durada del contracte, això és, pot disposar directament sobre la seva durada o establir uns límits màxim i mínim diferents, però respectant en tot cas els sis mesos i els dos anys.

219. Per exemple, permetre pròrrogues de sis mesos fins a un màxim de dos anys.

220. Aquesta és la interpretació que donem a l'article 19 RCF, que indica que «en cap cas la durada de cada pròrroga podrà ser inferior a la durada mínima del contracte establerta legalment o convencionalment».

5.3. Règim retributiu

Pel que fa a aquesta qüestió, l'article 11.1 ET empra uns termes ambivalents, que obliguen a una interpretació integrada.

En primer lloc, la retribució és la que marqui el conveni col·lectiu de l'entitat local. Si no hi ha una previsió expressa, la retribució no pot ser inferior al 60 % el primer any i el 75 % el segon any, de la de qui desenvolupa el mateix lloc de treball o un d'equivalent. En cap cas, però, és possible un salari inferior al salari mínim interprofessional. S'admet la possibilitat d'un salari proporcional al temps treballat, en el CTP a temps parcial. Això suposa que, per la via legal o per negociació col·lectiva, és possible una retribució inferior a la d'un treballador de règim comú que realitzi una activitat igual o similar, sense que aquesta circumstància comporti discriminació, ja que hi ha un fonament objectiu —l'adquisició d'experiència i l'ajut als titulats recents en la recerca de feina.²²¹

Aquest règim pren en consideració el temps de treball en pràctiques basant-se en un títol específic, no basant-se en la relació amb l'entitat contractant. Per tant, si el treballador ja va ser contractat anteriorment per un període inferior als dos anys, la retribució del nou contracte s'ha d'inserir en el tram temporal que correspongui tenint en compte els serveis anteriors.²²²

221. STSJ d'Andalusia/Sevilla de 31 de gener de 1992 (AS. 1073). No obstant això, no és possible una condició econòmica pitjor que la fixada per l'article 11.1 ET o la fixada en el conveni col·lectiu, si es pacta en el text del mateix contracte de treball (STSJ de Múrcia de 18 de gener de 1993 [AS. 248]).

222. Així doncs, per exemple, si l'entitat local té constància que el treballador ja va prestar servei durant un any en una empresa privada o pública com a llicenciat en dret en pràctiques, solament podrà contractar-lo amb aquest règim com a màxim durant un any i el nivell salarial serà del 75 %, llevat que en el conveni col·lectiu hi hagi una previsió diferent.

5.4. Formalitats pròpies del contracte de treball en pràctiques

La normativa estableix per a aquest contracte altres formalitats o característiques que no es diferencien gaire de les previstes en l'RCT per als contractes causals de l'article 15 ET. Podem destacar-ne dues:

— La forma del CTP ha de ser sempre escrita. En el model oficial previst —article 17 RCF— s'han de fer constar la titulació del treballador, la durada inicial del contracte —sense perjudici de les pròrrogues posteriors— i el lloc o els llocs de treball que ocuparà l'empleat. En contrapartida, en finalitzar el contracte la corporació haurà d'entregar al treballador un certificat on constin la durada de les pràctiques, els llocs de treball ocupats i «les principals tasques realitzades en cadascun d'ells» (art. 4 RCF).

— Si el contracte té una durada (inicial o amb pròrrogues) superior a un any, la denúncia de la seva finalització s'ha de fer amb un preavís de quinze dies tant per part del treballador com de l'entitat local (en aquest últim cas, l'absència de la denúncia donarà lloc a una indemnització a favor del treballador equivalent al salari corresponent als dies en què el dit termini s'hagi incomplert, d'acord amb l'art. 21 RCF).

— Si mentre el contracte és vigent el treballador es veu afectat per una suspensió contractual de les que estan previstes en els articles 45 i 46 ET, el CTP no es perllongarà en el temps el període equivalent a la suma dels diferents períodes de suspensió, llevat que hi hagi un pacte en sentit contrari. Entenem que aquest pacte s'ha d'incloure en el model escrit de contracte.

5.5. Consideracions a l'entorn de les irregularitats i presumpcions legals

Sens perjudici del que esmentarem en el capítol 10, dedicat als treballadors indefinits no fixos, val a dir que la normativa vigent estableix un conjunt de presumpcions i regles per als casos d'irregularitat, frau de llei o supòsits paral·lels en el CTP, que convé recordar.

— La normativa indica que si finalitza el termini per al qual va ser contractat el treballador i aquest continua prestant servei, s'entén que aquell contracte passa a considerar-se fix si es donen les circumstàncies següents: que aquest servei s'estengui més enllà dels dos anys, que no hi hagi una denúncia expressa i que no es pugui acreditar de cap manera que el treball és de naturalesa temporal (art. 20 RCF). En una corporació local, s'ha d'entendre que en cap cas el treballador passarà a ser fix, sinó que passarà a ser indefinit no fix.²²³

— També es presumeix que el treballador passa a ser indefinit no fix si el CTP no es formalitza per escrit,²²⁴ si bé en aquest cas serà possible provar realment la naturalesa temporal del treball en pràctiques (art. 22.1 RCF). La mateixa presumpció *iuris tantum* —i prova— s'aplica si el contracte és a temps parcial, que s'entendrà a temps complet.

— A l'igual dels contractes causals de l'article 15 ET, s'entendrà que passen a ser indefinits no fixos aquells treballadors en pràctiques que no hagin estat donats d'alta a la seguretat social un cop transcorregut un termini igual al que legalment hagués pogut haver-se fixat per al període de prova, si bé aquesta és també una presumpció *iuris tantum*²²⁵ (art. 22.2 RCF).

223. Vegeu l'aplicació d'aquesta doctrina a un contracte formatiu formalitzat per una administració pública, a les sentències del TSJ de Madrid de 3 d'octubre de 2001 (JUR 2002/14259) i 18 d'octubre de 2001 (JUR 2002/16332), l'última de les quals assenyalava que «les irregularitats [...] han de comportar, en el supòsit de les actuacions, la declaració d'indefinió de la relació laboral, en tractar-se d'una administració pública [...]».

224. La forma escrita, però, no és necessàriament la del model oficial. Per tant, la presumpció no té lloc si el contracte és per escrit, però no en el referit model.

225. En aquest cas (art. 22.2 RCF), sembla, però, que es demana una prova més *intensa*, ja que, mentre que la manca de forma escrita es pot salvar mitjançant la prova en sentit contrari que demostrï la temporalitat, la falta d'alta a la seguretat social es pot desvirtuar, pel que fa als efectes, mitjançant una prova de la qual es dedueixi «clarament» la durada temporal dels serveis contractats.

— En canvi, com ja hem pogut indicar altres vegades, si el contracte incorre en frau de llei, no es preveu cap tipus de prova en sentit contrari (art. 22.3 RCF). Cal plantejar, fonamentalment, si l'absència d'un títol suficient suposa un frau de llei: la resposta és afirmativa, ja que el contracte no s'anul·la, sinó que es transforma en indefinit no fix per la referida manca de títol suficient i també perquè cal aplicar la regla de la nul·litat parcial que pregona l'article 9.1 ET.²²⁶ Sobre l'atribució exacta de funcions relacionades amb el títol, s'ha de dir que constitueix frau de llei que el títol i l'activitat no guardin cap mena de relació —qüestió a la qual ens referirem de manera més detallada tot seguit—, com també que el contracte es formalitzi amb posterioritat al període de quatre anys des de la finalització dels estudis.²²⁷

5.5.1. La correspondència entre el títol i les pràctiques efectivament realitzades

Majoritàriament, els pronunciaments judicials aborden aquesta qüestió i el consegüent frau de llei, que comporta la presumpció *iuris et de iure* de conversió del contracte en indefinit no fix si no hi ha la correspondència necessària entre el títol habilitador i les tasques realitzades.²²⁸ Tanmateix, aquesta correspondència no sempre és fàcil de determinar i sovint acaba sent casuística, de manera especial quan es tracta de titulacions generalistes o de treballs amb funcions molt diverses que poden encabir-se parcialment en el títol del treballador.

226. És a dir, resta anul·lada la clàusula invàlida, però es manté la vigència de la resta del contracte en pràctiques (STS d'1 de febrer de 1993).

227. De l'aplicació de la norma, encara que no hi hagi frau de llei, es dedueix que, un cop superat el termini de quatre anys, el contracte esdevé fix —o indefinit no fix, en l'àmbit públic— (STSJ de Cantàbria de 31 de maig de 2006 [JUR 2006/187516]).

228. L'absència de correspondència, o el fet que aquesta sigui molt limitada, suposa un frau de llei, d'acord amb el que preveu l'article 6.4 del Codi civil (STS de 15 de març de 1996 [Ar. 2073]). Vegeu en concret la STSJ d'Andalusia/Màlaga de 22 de juny de 2001 (AS. 3783).

S'ha de partir de la consideració que l'objecte del contracte és l'adquisició d'experiència professional per part d'un treballador que està en possessió d'un títol d'ensenyament universitari o de formació professional de grau mitjà o superior. La correspondència entre títol i tasques esdevé un requisit bàsic d'aquest contracte, i la idoneïtat necessària entre l'un i les altres es converteix en una característica bàsica per a la validesa del contracte.²²⁹

La correspondència ha de donar-se en un doble sentit: qualitatiu i quantitatiu.²³⁰ En el primer cas, el treball realitzat ha de correspondre al mateix sector productiu i d'àrea de coneixement a què es refereix la titulació; en el segon cas, el treball ha de correspondre al nivell formatiu acreditat per la titulació. Aquí es pot originar un doble problema, ja sigui per excés —les tasques realitzades superen el nivell formatiu del treballador, cosa bastant inhabitual— o per defecte —les tasques realitzades són inferiors al nivell formatiu del treballador, cosa que succeeix sovint. D'aquí es poden deduir dues regles orientadores:

— Com a criteri general, es considera fraudulent el CTP amb una titulació molt superior al nivell de les tasques encomanades, com és el prototípic cas del llicenciat que fa funcions d'auxiliar administratiu. Per contra, si el treball és qualificat o es troba en la banda més alta de la qualificació, el frau de llei és menys habitual, llevat de casos d'una gran diferència que suposi un «autèntic salt qualitatiu».²³¹

— No cal una correspondència entre el sistema de classificació professional de l'entitat local i les diferents titulacions que ofereix el sistema educatiu. Aquell primer pot ser més limitada o reduïda, fruit del conveni col·lectiu, però això no impedirà que es pugui recórrer al CTP prenent com a base els diversos títols que el mercat posa a la disposició dels estudiants.

No obstant això, moltes vegades cal fer una anàlisi cas per cas per tal d'esbrinar si existeix frau de llei. En aquest sentit, la jurisprudència és força abundant. En tot cas, es poden extreure algunes conclusions també orientatives, per bé que no definitives:

229. SAN de 30 de novembre de 1999 (AS. 2000/369).

230. En relació amb aquest raonament, vegeu la STSJ de Cantàbria de 2 de juny de 2004 (AS. 1713).

231. STSJ de Cantàbria de 2 de juny de 2004 (AS. 1713).

— La possessió d'una titulació i les pràctiques que s'han de realitzar no es poden configurar com una correlació exacta, tancada i precisa.²³² Avui en dia els itineraris formatius són molt amplis i les titulacions obtingudes permeten també un ampli ventall de pràctiques en sectors diversos, de manera que, com a regla acceptada, es pot dir que no cal una correspondència absoluta entre el títol i les pràctiques, sinó que el que cal és que la prestació del treball contribueixi de manera raonablement eficaç a l'exercici de l'ensenyament teòric rebut.²³³ S'accepta el CTP, doncs, quan el treball permeti l'exercici no de tots els ensenyaments teòrics acreditats per la titulació, sinó únicament el d'algun,²³⁴ si bé amb limitacions no sempre clares, que comporten inseguretats jurídiques.²³⁵ La jurisprudència ha hagut d'analitzar sovint casos aplicant aquestes premisses.²³⁶

232. «La correspondència entre titulació i treball no ha de ser absolutament ni rígidament nominalista» (STS de 30 de juliol de 1994 [Ar. 3087]).

233. STSJ de Catalunya de 23 de juny de 2004 (AS. 2629).

234. STS de 30 de juliol de 2004 i STSJ de Catalunya de 23 de juny de 2004 (AS. 2629).

235. Així, es va considerar fraudulent que un llicenciat en Ciències Físiques fos contractat en pràctiques per dur a terme tasques de nivell superior amb equips i sistemes informàtics (STSJ de Madrid de 18 d'octubre de 2001 [JUR 2002/16332]). I, si bé hi ha sentències que entenen que un diplomad en Ciències Empresarials no pot realitzar tasques administratives o auxiliars burocràtiques, d'altres entenen que això és possible, com la STSJ d'Aragó de 7 de maig de 2001 (JUR 2001/190344), que postula que la titulació no impedeix les pràctiques com a *oficial administratiu*, però sí les tasques com a *administratiu*. En relació amb aquesta problemàtica, vegeu la STSJ de Múrcia de 22 de febrer de 2001 (AS. 254).

236. Així, es considera vàlid que un diplomad en Ciències Empresarials realitzi tasques de mecanització de dades fiscals i factures, i de tramitació i gestió d'impostos, dins l'àrea de comptabilitat i fiscalitat d'una empresa (STSJ de Cantàbria de 3 d'octubre de 2005 [AS. 2620]), però no que realitzi tasques administratives burocràtiques (STSJ de Múrcia de 9 de juliol de 2001 [AS. 3439]). La STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 4 de febrer de 2002 (AS. 1071) considera vàlid que un tècnic de formació professional electromecànic sigui contractat com a auxiliar de manteniment de línia, per la pràctica polivalent que rep en el treball, orientada a formar-lo com a cap d'equip; per contra, no es considera fraudulent que un llicenciat en Ciències Físiques realitzi tasques de nivell superior en l'àrea d'informàtica (STSJ de Madrid de 18 d'octubre de 2001). La interessant STSJ de Catalunya d'11 de gener de 2001 (AS. 37) planteja si un diplomad en Treball Social pot realitzar tasques d'educador (2/3 de la jornada) i d'assistent social (1/3 de la jornada), i conclou, fent una interpretació àmplia, que la correspondència no ha de ser absoluta ni rígidament nominalista.

— El criteri de la flexibilitat no pot arribar a l'extrem de permetre formalitzar un CTP si no hi ha cap relació entre els estudis cursats i el lloc de treball, o, com és més habitual, si la relació és mínima o insignificant.²³⁷ El CTP tampoc no és vàlid, malgrat que el nivell d'estudis i el nivell del treball siguin equivalents, si no hi ha correspondència qualitativa aquells i aquest. Això implica que, com més especialitzada sigui la titulació, més petit serà el ventall de possibles sortides professionals per mitjà d'aquest tipus de contracte.²³⁸

— Quan el treballador realitza tasques pròpies de la seva titulació, però també altres que no ho són, la situació esdevé conflictiva. La solució és que el contracte és vàlid si es duen a terme funcions adequades que siguin el nucli essencial de l'activitat laboral del treballador. La realització d'altres tasques, paral·leles, no trenca la validesa i l'eficàcia del CTP, si aquestes tasques són residuals, de caràcter esporàdic i no desmereixen el nucli substancial de l'activitat laboral.²³⁹

237. STSJ d'Andalusia/Màlaga de 22 de juny de 2001 (AS. 3783) i STSJ de Catalunya de 23 de juny de 2004 (AS. 2629).

238. La STSJ del País Basc de 5 de febrer de 2004 (AS. 1919) analitza un interessant cas d'un llicenciat en Ciències Químiques que realitza funcions de gestor d'operacions bancàries, dins del grup professional tècnic d'una entitat bancària. Encara que es tracti de funcions de nivell superior, no hi ha correspondència entre el títol i les funcions, fins i tot per al supòsit que el tècnic bancari estigués destinat a actuar amb entitats clientes del banc pertanyents al sector químic.

239. En aquests termes, vegeu la STS de 18 de setembre de 1995 (Ar. 3555) i la STSJ de Catalunya de 23 de juny de 2004 (AS. 2629).

Bibliografía

Cardenal Carro, M. *Contratos de trabajo formativos*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

Mercader Uguina, J. R. «Contratos formativos». A: Monereo Pérez, J. L. (dir.) *Comentario al Estatuto de los trabajadores*. Granada: Comares, 1998.

Prados de Reyes, F.; Cabrera Fernández, J. A. «Contrato de trabajo en prácticas». A: Ojeda Avilés, A. (coord.). *Modalidades del contrato de trabajo*. Madrid: Tecnos, 2003.

Sala Franco, T. «Los contratos formativos (en torno al artículo 11)». REDT, núm. 100.

Valdés Dal-Re, F. «El contrato en prácticas». *Relaciones Laborales*, núm. 5-6 (1994).

6

**El contracte per a la formació.
El paper de les escoles taller, les cases
d'oficis i els tallers d'ocupació**

6.1. El contracte per a la formació

6.1.1. Introducció i marc regulador general

Molt possiblement, un dels contractes que ha patit més canvis legislatius —encara que parcials— en els últims anys ha estat el contracte per a la formació. Sense entrar a analitzar aquests canvis —l'últim es troba en la Llei 43/2006, de 29 de desembre, per a la millora del creixement i de l'ocupació—, sí que cal tenir present, des d'una perspectiva pràctica, que aquest tipus de contracte ha passat de ser anomenat *contracte per a la formació* a ser anomenat *contracte d'aprenentatge*, i posteriorment i de nou, s'ha tornat a anomenar *contracte per a la formació* —denominació vigent actualment. Aquesta modalitat contractual, a més, té, com veurem més endavant, un règim específic des de la perspectiva del sistema de la seguretat social (en matèria de cotització i abast de l'acció protectora).

D'altra banda, el contracte per a la formació forma part, juntament amb el contracte de treball en pràctiques, dels anomenats *contractes formatius*, que tenen un caràcter temporal i persegueixen una doble finalitat: 1) d'una banda, fer front a una determinada necessitat productiva, definida en un sentit ampli; 2) de l'altra, servir de via d'inserció laboral i de formació de determinats col·lectius de la població. La regulació general vigent d'aquest contracte es troba essencialment en l'article 11.2 ET i en l'RCF.

6.1.2. El supòsit de fet i l'àmbit subjectiu d'aplicació

En l'esmentat article 11.2 ET es diu que l'objecte d'aquest contracte temporal és «l'adquisició de la formació teòrica i pràctica necessària per al desenvolupament adequat d'un ofici o d'un lloc de treball que requereixi un determinat nivell de qualificació».

Per tal de diferenciar un ofici o un lloc de treball que requereix un nivell de qualificació, d'un que no el requereix, cal que existeixi un mòdul formatiu ocupacional de referència que permeti acreditar que no es tracta d'un treball no qualificat i, per tant, no necessitat de cap suport formatiu teòric. Aquesta sembla que és la interpretació més adequada a la finalitat formativa del contracte,²⁴⁰ tot i que altres interpretacions s'han

240. STSJ d'Extremadura de 13 de setembre de 2000.

inclinat per una major flexibilitat, basada en la relativització del deure formatiu teòric que s'observa en alguns supòsits.

Per la seva banda, l'article 5 RCF assenyala que en aquest àmbit s'entén per *nivell de qualificació* un nivell susceptible d'acreditació formal o, si això no és possible, el nivell de qualificació de base de cada ocupació en el sistema de classificació de l'empresa o entitat. En qualsevol cas i com a principi, el contracte per a la formació parteix d'un plantejament formatiu global, ja que el treballador contractat no tindrà ni formació teòrica ni formació pràctica, i aquest constitueix precisament el doble objecte formatiu del contracte, del qual es derivaran diverses càrregues per a l'empresari o ocupador (Esteban Legarreta, 2004: 182).

Des de la perspectiva de l'àmbit subjectiu, aquest tipus de contracte té com a principal col·lectiu destinatari els treballadors majors de 16 anys i menors de 21 que no tinguin la titulació exigida per formalitzar un contracte de treball en pràctiques. En certa manera, això suposa que amb caràcter general es formalitzarà un contracte per a la formació en aquells casos en què no sigui possible recórrer al contracte de treball en pràctiques (existeix, doncs, una certa jerarquia entre ambdós tipus de contractes formatius).

Cal tenir en compte que el límit dels 20 anys d'edat s'ha de complir en el moment de la formalització del contracte, de manera que si se supera aquest límit d'edat un cop contractat el treballador, això no serà un obstacle per a la continuïtat del vincle laboral (Esteban Legarreta, 2004: 182).

Tanmateix, el límit màxim dels 20 anys d'edat no s'aplica quan el contracte es formalitza amb un treballador que està a l'atur (situació que s'haurà d'acreditar mitjançant la inscripció al Servei Públic d'Ocupació o l'agència de col·locació autoritzada) i que forma part d'algun dels col·lectius següents:

— Persones discapacitades (amb un grau de discapacitat igual o superior al 33 %, acreditat formalment per part de l'Administració autonòmica competent).

— Persones que s'incorporin com a alumnes-treballadors als programes de tallers d'ocupació.

La raó que justifica l'exclusió del límit d'edat general en aquests supòsits és la voluntat del legislador d'incrementar el nivell d'inserció laboral i el grau de formació d'aquests col·lectius de treballadors, atès que es tracta precisament de col·lectius

que tenen dificultats especials per a la seva incorporació (o reincorporació) al mercat de treball. En aquest punt, cal recordar que, abans del Reial decret llei 5/2006 —i, posteriorment, de la Llei 43/2006—, els col·lectius exclosos de la limitació d'edat eren més nombrosos, ja que també ho eren els treballadors estrangers durant els dos primers anys de vigència del seu permís de treball (llevat que acreditessin la formació i l'experiència necessàries per al desenvolupament del lloc de treball corresponent), els treballadors que estaven a l'atur i que feia més de tres anys que estaven sense cap activitat laboral, i les persones que es trobaven en situació d'exclusió social.

La limitació subjectiva introduïda pel citat Reial decret llei 5/2006 i per la Llei 43/2006 respon clarament a la voluntat de restringir les fórmules que habiliten per a la contractació temporal, però, tal com ja ha assenyalat la doctrina (Prados de Reyes, 2006: 5), «[...] en aquest cas, els objectius d'ocupació estable han pesat més que la utilitat de certs mecanismes de flexibilitat destinats a facilitar la integració de col·lectius amb dificultats d'inserció o en situació marginal en el mercat de treball [...]».

I, finalment, el límit màxim d'edat serà de 24 anys quan el contracte es formalitzi amb treballadors a l'atur que s'incorporin com a alumnes-treballadors als programes d'escoles taller i cases d'oficis.

D'altra banda, cal tenir molt present que el mateix ET limita el nombre de contractes per a la formació que es poden fer, amb la doble finalitat d'evitar que el gruix de l'activitat productiva o empresarial es faci sobre la base d'aquest tipus de contracte temporal, i de facilitar que l'empresa o entitat disposi realment de la capacitat d'acollir i portar a terme el seguiment adequat dels treballadors en procés de formació. Així, l'article 11.2b ET preveu que, mitjançant un conveni col·lectiu d'àmbit sectorial estatal o, si no n'hi ha, convenis col·lectius sectorials d'àmbit inferior, es pot establir, en funció de la dimensió de la plantilla, el nombre màxim de contractes per a la formació que es poden formalitzar, així com els llocs de treball que poden ser objecte d'aquest contracte. Així mateix, els convenis col·lectius d'àmbit empresarial poden establir el nombre màxim de contractes per a la formació que es poden formalitzar en funció de la dimensió de la plantilla, en el supòsit que l'empresa tingui un pla formatiu.²⁴¹

241. El pla formatiu haurà d'incloure accions específiques per als treballadors amb contractes per a la formació, de manera que expressarà els objectius i continguts d'aquestes accions i els recursos per finançar-les (art. 7 RCF). No s'exigeix que el pla formatiu es desenvolupi en el marc de les convocatòries dels plans nacionals de formació continuada.

En el cas que els convenis col·lectius esmentats no fixin el nombre màxim de contractes que es poden formalitzar, s'aplicarà supletòriament l'escala prevista en l'article 7.2 RCF, que es basa en la plantilla de treballadors. Així:

- Fins a 5 treballadors: un contracte per a la formació.
- De 6 a 10 treballadors: dos contractes.
- D'11 a 25 treballadors: tres contractes.
- De 26 a 40 treballadors: quatre contractes.
- De 41 a 50 treballadors: cinc contractes.
- De 51 a 100 treballadors: vuit contractes.
- De 101 a 250 treballadors: 10 contractes o el 8 % de la plantilla.
- De 251 a 500 treballadors: 20 contractes o el 6 % de la plantilla.
- Més de 500 treballadors: 30 contractes o el 4 % de la plantilla.

A més, s'ha de tenir en compte que en el còmput de la plantilla de treballadors no s'inclouen els treballadors que tinguin un contracte per a la formació. I, així mateix, els treballadors discapacitats amb un contracte per a la formació no es computaran a l'efecte de determinar el nombre màxim possible de contractes. Es tracta, novament, de fomentar la contractació dels treballadors discapacitats per part de les empreses i entitats.

Finalment, cal tenir en compte que la transgressió de la normativa que regula aquest tipus de contracte —utilitzant-lo de manera fraudulenta o sense causa, per exemple— constitueix una infracció administrativa greu, d'acord amb l'article 7.2 de la Llei d'infraccions i sancions en l'ordre social (LIS).

6.1.3. La forma del contracte

Tal com es preveu en els articles 8.2 ET i 11 RCF, el contracte per a la formació s'ha de formalitzar per escrit i en un model oficial, on s'han de fer constar expressament el nivell ocupacional, l'ofici o el lloc de treball que s'ocuparà, el temps que es dedicarà a la formació teòrica i la seva distribució horària, la durada del contracte i el nom i la qualificació professional de la persona designada com a tutora. L'empresari està obligat a comunicar el contingut dels contractes a l'oficina pública d'ocupació en un termini de deu dies.

En el cas que no es faci per escrit, el contracte es presumirà per temps indefinit (en el cas de l'Administració pública, indefinit no fix), llevat que es provi el caràcter tem-

poral de l'activitat desenvolupada. El mateix passarà quan el treballador no hagi estat donat d'alta a la seguretat social i hagi transcorregut un període de temps equivalent al període de prova que legalment es podria haver pactat (art. 15.2 ET i 22 RCF). L'incompliment de la forma escrita constitueix també una infracció administrativa greu, d'acord amb l'article 7.1 LIS.

6.1.4. La durada del contracte

Pel que fa a aquesta qüestió, la Llei estableix una durada mínima —sis mesos— i una durada màxima —dos anys. Tanmateix, mitjançant un conveni col·lectiu sectorial estatal o, si no n'hi ha, convenis sectorials d'àmbit inferior (impossibles de negociar en el cas de les entitats locals, ara per ara), es poden establir altres durades, tenint en compte tant les característiques de l'ofici o el lloc de treball que s'ha d'ocupar com els seus requeriments formatius; en cap cas, però, la durada mínima pot ser inferior a sis mesos ni la màxima pot ser superior a tres anys, o a quatre anys en el cas de les persones discapacitades, tenint en compte el tipus o grau de discapacitat i les característiques del procés formatiu que s'ha de desenvolupar.

També es pot pactar un determinat període de prova, d'acord amb el que es disposa amb caràcter general en l'article 14 ET.

En aquest punt, cal destacar que si el contracte s'ha formalitzat per a una durada inferior a la màxima establerta —legalment o convencionalment—, les parts poden acordar fins a dues pròrrogues (excepte si hi ha una disposició en sentit contrari en el conveni col·lectiu aplicable), però vigilant que la durada total del contracte no excedeixi la durada màxima permesa. En cap cas, la durada de cada pròrroga pot ser inferior a la durada mínima del contracte prevista legalment o convencionalment. Així mateix, el contracte es considera prorrogat tàcitament com a contracte ordinari per temps indefinit, excepte si hi ha una prova en sentit contrari que acrediti la naturalesa temporal de la prestació de serveis, si el treballador continua treballant després d'haver-se esgotat la durada màxima permesa.²⁴² En aquest cas i a les entitats locals, el treballador passarà a ser considerat un treballador indefinit no fix.

242. STSJ de la Comunitat Valenciana de 3 de març de 1998.

D'altra banda, cal tenir molt present que, un cop esgotada la durada màxima del contracte, el treballador no pot ser contractat novament mitjançant aquesta modalitat contractual ni per la mateixa empresa o entitat ni per una altra de diferent. Es tracta d'evitar, doncs, la contractació successiva d'un treballador mitjançant aquest tipus de contracte. Òbviament, tot i que no es tracta d'una qüestió pacífica, sembla que es podria tornar a formalitzar un contracte per a la formació en el cas que el treballador desenvolupés un nou ofici o ocupés un lloc de treball que requerís, novament, un determinat nivell de qualificació.

També cal tenir en compte que si, un cop finalitzat el contracte, el treballador continua a l'empresa o entitat, no es pot concertar un nou període de prova i computar la durada del contracte per a la formació a l'efecte de l'antiguitat.

D'altra banda, tampoc no es pot formalitzar un contracte per a la formació que tingui per objecte la qualificació per a un lloc de treball que hagi estat ocupat amb anterioritat pel treballador en la mateixa empresa o entitat per un període de temps superior a dotze mesos.²⁴³ Evidentment, amb aquesta mesura s'intenta evitar frau. Amb una finalitat semblant, l'article 22.3 RCF preveu que es presumeixen per temps indefinit els contractes per a la formació formalitzats en frau de llei (també art. 15.3 ET), que en el cas de les entitats locals donaran lloc a la consideració del treballador afectat com a indefinit no fix.

Finalment, cal tenir present que, en finalitzar el contracte, l'empresari ha de lliurar al treballador un certificat on constin la durada de la formació teòrica i el nivell de la formació pràctica adquirida. Per complir amb aquesta obligació, l'empresari ha de mantenir, si escau, una coordinació adequada amb els centres que imparteixen la formació teòrica. Així mateix, el treballador pot sol·licitar a l'Administració pública competent que, un cop realitzades les proves necessàries, expedeixi el certificat de professionalitat corresponent.

6.1.5. El compliment de l'obligació de formació

Tal com hem vist, l'objectiu bàsic d'aquest contracte és donar formació teòrica i pràctica al treballador en relació amb un ofici o lloc de treball que exigeix un determinat nivell de qualificació. En aquest punt, cal destacar que, si bé la llei no regula la manera

243. STSJ de Madrid de 5 de juny de 1997.

de donar la formació pràctica, sí que estableix certes regles al voltant de la formació teòrica que ha d'impartir l'empresari o ocupador. Així, els articles 11.2e ET i 10 RCF²⁴⁴ recullen les regles següents:

1) La formació teòrica ha de ser de caràcter professional i s'ha d'adaptar als continguts del mòdul formatiu del certificat de professionalitat de l'ocupació desenvolupada.

2) El temps que es dediqui a la formació teòrica depèn de les característiques de l'ofici o el lloc de treball que s'ha d'ocupar i del nombre d'hores establert per al mòdul formatiu adequat a aquest lloc de treball o ofici; en cap cas, però, aquest temps pot ser inferior al 15 % de la jornada màxima prevista en el conveni col·lectiu o, si no hi ha conveni col·lectiu, de la jornada màxima legal prevista en l'article 34 ET.

3) Respectant el límit anterior, els convenis poden establir el temps que s'ha de dedicar a la formació teòrica i la seva distribució, i poden preveure, si escau, un règim d'alternança o de concentració. La formació teòrica només es pot concentrar en el tram final de la durada del contracte quan així ho estableixi el conveni col·lectiu aplicable, amb l'objectiu de garantir l'assimilació correcta de la formació teòrica.

4) Quan el treballador contractat no hagi finalitzat els cicles educatius compresos dintre de l'escolarització obligatòria —graduat en ESO—, la formació teòrica tindrà com a objecte immediat completar aquesta educació obligatòria.

5) S'entén que es compleix el requisit de la formació teòrica quan el treballador acreditat, mitjançant una certificació de l'Administració pública competent, que ha realitzat un curs de formació professional ocupacional adequat a l'ofici o el lloc de treball objecte del contracte. En aquest cas, la retribució s'incrementarà proporcionalment al temps que no s'hagi de dedicar a la formació teòrica.

6) Si el treballador contractat té una discapacitat psíquica, la formació teòrica es pot substituir, totalment o parcialment i amb l'informe previ dels equips multiprofessionals de valoració corresponents, per la realització de procediments de rehabilitació o d'ajust personal i social en un centre psicosocial o de rehabilitació sociolaboral.

244. Vegeu també l'Ordre de 14 de juliol de 1998, reguladora dels aspectes formatius del contracte per a la formació.

7) La formació teòrica s'ha d'impartir normalment en els centres de formació ocupacional concertats amb l'Administració laboral, encara que també pot fer-se en centres públics de formació i en centres de formació creats per empreses, per organitzacions empresarials o sindicals, o mancomunadament per organitzacions empresarials i sindicals. La formació també pot fer-se a la mateixa empresa o entitat quan aquesta disposi d'aules, espais i mitjans adequats.

8) El model de formació que s'ha de seguir és el de la formació presencial, si bé de manera excepcional s'admet també la formació a distància en centres acreditats (quan no existeixen els centres assenyalats abans, o no imparteixen cursos adequats o en un horari compatible). En tot cas, el recurs a la formació a distància en supòsits no habilitats normativament no constitueix un incompliment total del deure formatiu.²⁴⁵

9) L'empresari ha de tutelar el desenvolupament del procés formatiu, ja sigui personalment, ja sigui designant com a tutor un treballador de l'entitat, però en ambdós casos la persona que exerceixi la funció de tutoria ha de posseir la qualificació o l'experiència professional adequada. Així mateix, l'empresari ha de concedir al treballador els permisos necessaris per rebre la formació, i aquest té l'obligació d'assistir a les sessions de formació. D'aquest fet es deriva que les faltes de puntualitat o d'assistència reben la qualificació de faltes laborals i poden donar lloc a un acomiadament procedent.²⁴⁶ Cada tutor no pot tenir assignats més de tres treballadors contractats amb aquesta modalitat de contracte, tret que s'estableixi una altra cosa en el conveni col·lectiu.

10) En aquest àmbit, cal tenir molt present que el contracte es considera de caràcter ordinari quan l'empresari incompleixi en la seva totalitat les seves obligacions en matèria de formació teòrica (en el cas de les entitats locals, ens trobarem novament davant d'un treballador indefinit no fix). En aquest sentit, els tribunals han declarat que aquest incompliment només es produeix quan no s'ha concertat en cap moment i en cap volum una acció formativa teòrica.²⁴⁷ Aquest incompliment suposa també una infracció administrativa, d'acord amb l'article 7.2 LIS.

245. STS de 10 de febrer de 2003.

246. STSJ de Castella i Lleó de 12 de març de 2001.

247. STSJ del País Basc de 17 de febrer de 1998.

6.1.6. Les condicions de treball

Deixant de banda les especialitats ja apuntades, l'article 11.2 ET es limita a regular el tipus de treball que ha de desenvolupar el treballador, la seva retribució i l'abast de l'acció protectora de la seguretat social (DA 6a LGSS).

Quant a la primera qüestió, encara que sigui obvi, l'article 11.2f ET estableix que el treball efectiu que porti a terme el treballador ha d'estar relacionat amb les tasques pròpies del nivell ocupacional, ofici o lloc de treball objecte del contracte. Si fos d'una altra manera, no es compliria l'objecte propi del contracte.

En relació amb la retribució i amb la finalitat de garantir una quantia mínima, es preveu que serà la fixada per a aquest tipus de contracte en el conveni col·lectiu aplicable.²⁴⁸ Si no hi ha conveni que fixi la retribució, aquesta no pot ser mai inferior al salari mínim interprofessional en proporció al temps de treball efectiu.

D'altra banda, aquest tipus de contracte té un règim específic en matèria de seguretat social, atès que l'acció protectora d'aquesta no inclou totes les contingències previstes legalment, sinó només els accidents de treball i les malalties professionals, l'assistència sanitària en els casos de malaltia comuna, accident no laboral i maternitat, les prestacions econòmiques per incapacitat temporal derivades de riscos comuns (amb especialitats, segons l'art. 15 RCF), les prestacions per maternitat, paternitat, risc durant l'embaràs, risc durant la lactància i les pensions. També es té dret, si escau, a la cobertura del FGS.

Tot això suposa que el treballador amb un contracte per a la formació no té dret actualment a la protecció per risc durant l'embaràs ni a la prestació d'atur. També cal tenir en compte que per calcular la base reguladora de les prestacions econòmiques de la seguretat social es prendrà com a base de cotització el 75 % de la base mínima de cotització corresponent.

248. STSJ d'Andalusia de 8 de juny de 1998.

La raó d'aquestes exclusions i especialitats és que aquest contracte també té un règim de cotització específic que resulta més barat tant per a l'empresari com per al treballador, amb la clara finalitat de promoure aquesta modalitat contractual. No obstant això, aquestes exclusions resulten clarament discutibles si es vol garantir la màxima cobertura possible davant situacions de necessitat.

D'altra banda, també cal tenir en compte que, tal com veurem en tractar del contracte a temps parcial, el contracte per a la formació no es pot formalitzar a temps parcial i, per tant, ha de ser sempre a jornada completa.

I, finalment, cal destacar que la resta de condicions de treball (règim de jornada, vacances, permisos, etc.) es regeixen, amb caràcter general, per la normativa legal —especialment l'ET— i convencional que sigui aplicable en cada cas.

6.2. El paper de les escoles taller, les cases d'oficis i els tallers d'ocupació

6.2.1. Introducció

Un cop analitzat, des d'una perspectiva general, el contracte per a la formació, cal preguntar-se quin pot ser el seu paper en el marc específic de les entitats locals, és a dir, en quins casos aquestes poden recórrer a aquesta modalitat contractual concreta.

La resposta se centra en les figures de les escoles taller, les cases d'oficis i els tallers d'ocupació que s'articulen sobre la base del contracte per a la formació, tal com, d'altra banda, es dedueix del mateix article 11.2a ET, que defineix els col·lectius que poden ser contractats per aquesta via. I un d'aquests col·lectius és precisament, com hem vist, el dels alumnes-treballadors de les escoles taller, les cases d'oficis i els tallers d'ocupació.

En aquest àmbit, cal partir del fet que la regulació vigent es troba, a nivell estatal, en l'Ordre de 14 de novembre de 2001, per la qual es regula el programa d'escoles taller i cases d'oficis i les unitats de promoció i desenvolupament i s'estableixen les bases reguladores de la concessió de subvencions públiques a aquests programes, i, a nivell català, en la més recent Ordre TRI/212/2005, de 27 d'abril, reguladora dels programes de millora de la qualificació professional.²⁴⁹ A aquesta normativa cal afegir tant l'article 11.2 ET com l'RCF (especialment la seva DA 2a).

Ens trobem, així mateix, davant d'una figura que, encara que és bastant desconeguda, posseeix ja una certa tradició en el nostre ordenament jurídic (sobre aquest tema, vegeu Boltaina Bosch, 2002: 5 i seg.).

En tots els casos es tracta, com veurem, de vies que pretenen millorar la capacitat d'inserció professional de determinats grups de treballadors que estan a l'atur, mitjançant el desenvolupament, a més, d'activitats que tenen una utilitat pública o un interès

249. Ordre que deroga expressament, en la mesura que s'oposa a aquesta, l'Ordre de 23 de maig de 2002, que establí les bases reguladores de les subvencions als projectes d'escoles taller, cases d'oficis, tallers d'ocupació i unitats de promoció i desenvolupament.

social. I, en aquest marc, les entitats locals poden actuar precisament com un dels possibles (i principals) promotors dels programes —subvencionats o cofinançats per l'Estat, el Fons Social Europeu i el Servei d'Ocupació de Catalunya— d'escoles taller, cases d'oficis i tallers d'ocupació.

Cal tenir en compte també que, tal com assenyala el Tribunal Suprem, les escoles taller, les cases d'oficis i els tallers d'ocupació no formen part del sistema educatiu ni expedeixen títols acadèmics, sinó que la seva finalitat exclusiva és la inserció laboral dels joves sense formació específica o sense experiència laboral mitjançant la figura contractual del contracte per a la formació.²⁵⁰

Pel que fa al col·lectiu dels alumnes-treballadors formats en les esmentades escoles taller, cases d'oficis i tallers d'ocupació, cal destacar que, encara que pugui sorprendre, aquest és bastant nombrós. Així, a nivell estatal,²⁵¹ el nombre d'alumnes va ser de 50.479 el 1997, 60.450 el 1998, 63.068 el 1999, 68.005 el 2000, 64.825 el 2001, 68.168 el 2002, 63.205 el 2003, 54.255 el 2004 i 60.542 el 2005.²⁵² En definitiva, durant el període 1997–2005 el nombre total d'alumnes va arribar a 552.997, sens dubte una xifra elevada.

També cal destacar que l'any 2005 el 45,39 % dels alumnes-treballadors se situava en el marc de les escoles taller (encara que la tendència dels últims anys ha estat clarament decreixent, ja que l'any 2000 aquesta xifra era el 66 %), el 5,87 % estava inclòs en els programes de cases d'oficis (amb una tendència també decreixent, ja que l'any 2000 el percentatge era del 15,01 %) i el 48,73 % estava incorporat en els programes de tallers d'ocupació (xifra que s'ha incrementat considerablement, ja que l'any 2000 era només del 19 %).

Des d'aquesta perspectiva subjectiva, s'han d'assenyalar també les característiques del perfil mitjà dels participants en aquests programes, a nivell estatal, algunes de les quals són especialment interessants:

250. STS de 26 d'octubre de 1999 (Ar. 8408).

251. www.inem.es/ciudadano/etco/estaevo.html.

252. Incorporats en 873 programes d'escoles taller, 159 cases d'ofici i 1.423 tallers d'ocupació (www.inem.es/ciudadano/etco/estaevo.html).

— El percentatge d'homes és bastant superior al de dones; així, l'any 2005 el 67,36 % dels alumnes-treballadors eren homes i només el 32,64 % eren dones.²⁵³ Es tracta d'una dada interessant i que hauria de portar, des de la voluntat de garantir la igualtat d'oportunitats, a identificar quins poden ser els motius que donen lloc a aquesta situació, i a adoptar, si escau, les mesures correctores corresponents.

— L'any 2003 l'índex d'inserció laboral va ser del 76,84 %, i novament era més elevat en el cas dels homes (un 82,43 %, enfront del 67,20 % en el cas de les dones).²⁵⁴

— Per sectors d'activitat, en data 31 de març de 2005 la majoria dels alumnes-treballadors estaven incorporats a programes vinculats amb l'edificació i les obres públiques (43,11 %), l'agricultura (14,50 %), les indústries de la fusta i el suro (11,81 %), l'artesania (8,04 %), la indústria pesada i les construccions metàl·liques (5,19 %), el medi ambient (3,67 %), el muntatge i la instal·lació (3,64 %), i els serveis a la comunitat i personals (2,01 %). En la resta de les activitats (per exemple, sanitat, turisme, hostaleria, automoció o administració i oficines), el percentatge no arriba al 2%.²⁵⁵ Es tracta, per tant, d'una activitat concentrada, per la seva pròpia finalitat, en sectors d'activitat bastant concrets.

— Quant a l'edat dels alumnes participants, també en data 31 de març de 2005 el 49,64 % tenia de 16 a 17 anys, el 24,33 % tenia de 18 a 19 anys, el 22,90 % tenia de 20 a 23 anys i el 3,13 % tenia 24 anys.²⁵⁶

— Finalment, es tracta d'alumnes-treballadors amb un perfil acadèmic molt determinat. Així, segons les dades corresponents al primer trimestre de 2005,²⁵⁷ el 57,05 % no tenia estudis o bé tenia només l'escolarització bàsica, el 36,49 % tenia els estudis de l'EGB o l'ESO, el 3,37 % tenia el batxillerat, el 0,88 % tenia un títol de formació professional de grau mitjà, l'1,87 % tenia un títol de formació professional de grau superior, el 0,16 % tenia una titulació universitària de grau mitjà i el 0,18 % tenia un títol universitari

253. www.inem.es/ciudadano/etco/estaanse.html.

254. www.inem.es/ciudadano/etco/estalabanse.html.

255. www.inem.es/ciudadano/etco/estafami.html.

256. www.inem.es/ciudadano/etco/estaparsedaca.html.

257. www.inem.es/ciudadano/etco/estaparsedaca.html.

de grau superior. Això significa que, molt majoritàriament, els alumnes-treballadors dels programes d'escoles taller, cases d'oficis i tallers d'ocupació tenen un nivell formatiu baix.

6.2.2. Les escoles taller i les cases d'oficis

6.2.2.1. Concepte, finalitat i destinataris

En primer lloc, les escoles taller es defineixen legalment com a projectes de caràcter temporal en els quals l'aprenentatge i la qualificació s'alternen amb un treball productiu que s'ha de desenvolupar necessàriament en determinats tipus d'activitat.²⁵⁸

— Activitats relacionades amb la recuperació o la promoció del patrimoni artístic, històric, cultural o natural.

— Activitats de rehabilitació d'entorns urbans o mediambientals.

— Activitats de recuperació o creació d'infraestructures públiques.

— I qualsevol altra activitat d'utilitat pública i social que permeti la inserció laboral mitjançant la professionalització i l'adquisició d'experiència dels participants.

Per la seva banda, les cases d'oficis són projectes de caràcter temporal en els quals també l'aprenentatge i la qualificació s'alternen amb el treball productiu en activitats relacionades amb el manteniment i la cura d'entorns urbans, rurals o mediambientals, la millora de les condicions de vida dels ciutadans mitjançant la prestació de serveis socials comunitaris, així com en qualsevol altra activitat d'utilitat pública o social que permeti la inserció laboral mitjançant la professionalització i l'adquisició d'experiència dels participants.²⁵⁹

Des d'una perspectiva encara més concreta, també s'han d'incloure entre les activitats de les escoles taller i les cases d'oficis les següents: la recuperació d'espais, la promoció d'activitats de serveis relacionades amb la tercera edat i els grups de

258. Art. 17.1 Ordre de 27 d'abril de 2005 i 3.1 Ordre de 14 de novembre de 2001.

259. Art. 18.1 Ordre de 27 d'abril de 2005 i 4.1 Ordre de 14 de novembre de 2001.

persones desfavorides, la integració dels joves en el seu entorn social, la fixació de la població i la dinamització social de la zona d'influència de l'escola taller o la casa d'oficis, potenciant recursos generadors d'ocupació.

Cal tenir en compte, d'altra banda, que ambdós projectes estan dirigits específicament a millorar l'ocupabilitat dels joves d'entre 16 i 24 anys que estan a l'atur, amb la finalitat de facilitar la seva inserció laboral. Per tant, les obres i els serveis d'utilitat pública o interès social que desenvolupin han de possibilitar-los la realització d'un treball efectiu que, amb la formació professional ocupacional rebuda —que ha d'estar directament relacionada amb el treball—, afavoreixi realment la seva qualificació professional i la seva inserció en el mercat de treball. Es tracta, doncs, de programes mixtos d'ocupació i formació, que tenen la voluntat d'aconseguir la inserció laboral d'un determinat col·lectiu de persones que estan a l'atur (Boltaina Bosch, 2002: 6).

En tot cas, els alumnes que s'integren en aquests programes són, pròpiament, «alumnes» o «alumnes-treballadors», segons la fase en què es trobin, i són receptors d'una formació professional ocupacional, però també subjectes empleats en una activitat laboral efectiva: és a dir, es formen però treballen, o, si es prefereix, treballen formant-se. Cal destacar també que no es tracta de programes permanents i, per tant, no es tracta que els alumnes-treballadors estabilitzin la seva situació laboral en les mateixes escoles taller o cases d'oficis, sinó que es formin i posteriorment surtin al mercat lliure de treball (X. Boltaina Bosch, «La vertiente institucional de los contratos», p. 9 i 11).

També cal assenyalar que els projectes d'escoles taller i cases d'oficis, atesa la seva finalitat, són projectes subvencionats públicament i que només poden portar a terme entitats sense ànim de lucre que siguin competents per a l'execució de les obres i els serveis corresponents i sempre que disposin de la capacitat tècnica i de gestió suficient. Així, a Catalunya actualment poden desenvolupar aquest tipus de projectes:²⁶⁰

a) Els òrgans, organismes autònoms i altres ens públics de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i l'Administració de l'Estat en l'àmbit territorial de Catalunya.

b) Les entitats locals, els seus organismes autònoms i les entitats amb competències en matèria de promoció de l'ocupació, dependents o assimilades a les primeres, sempre que la titularitat correspongui íntegrament a les entitats locals, d'acord amb el

260. Article 19 de l'Ordre de 27 d'abril de 2005.

que estableix el Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya.

c) Els consorcis de l'àmbit territorial de Catalunya.

d) Les associacions, fundacions i altres entitats sense ànim de lucre de l'àmbit territorial de Catalunya.

Per tant, tal com hem assenyalat anteriorment, les entitats locals són un dels possibles promotors d'aquest tipus de programa d'inserció laboral, i han estat precisament aquestes les que, amb major intensitat, han recorregut a aquestes figures, potser perquè són l'àmbit administratiu més pròxim al ciutadà (X. Boltaina Bosch, «La vertiente institucional de los contratos», p. 10).

Finalment, cal tenir en compte que l'activitat laboral desenvolupada a les escoles taller i cases d'oficis no pot tenir com a finalitat competir en el mercat, sinó facilitar la inserció laboral dels alumnes-treballadors. De tota manera, si els béns produïts són susceptibles de comercialització, es poden vendre sempre que no s'incorri en una competència deslleial i se sol·liciti l'autorització corresponent. El mateix criteri s'aplica en el supòsit que l'escola o casa d'oficis presti serveis. En tot cas, els ingressos obtinguts s'hauran d'aplicar a les activitats de la mateixa escola taller o casa d'oficis.

6.2.2.2. Tramitació, obligacions i abast de les subvencions

Segons l'article 3 de l'Ordre TRI/211/2005, de 27 d'abril, que regula el procediment comú relatiu als atorgaments de les subvencions gestionades pel Servei d'Ocupació de Catalunya (SOC), una entitat local interessada a iniciar un projecte d'escola taller o casa d'oficis ha de complir els requisits següents:

1) Complir, si escau, el que estableix l'article 38 de la Llei 13/1982, de 7 d'abril, d'integració social de les persones discapacitades, o aplicar les mesures alternatives d'acord amb el RD 364/2005, de 8 d'abril, que regula el compliment alternatiu amb caràcter excepcional de la quota de reserva en favor dels treballadors amb discapacitat.

2) Complir les obligacions tributàries amb l'Estat i la Generalitat de Catalunya i les obligacions amb la seguretat social.

3) Complir els requisits establerts en els articles 32.1, 32.3 i 36.4 de la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística.

4) No trobar-se en cap de les circumstàncies recollides en els apartats segon i tercer de l'article 13 de la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions.

5) Complir els requisits establerts en les ordres reguladores de les bases corresponents a cadascun dels programes per poder ser entitat beneficiària de la subvenció que se sol·licita.²⁶¹

6) Disposar dels mitjans tècnics, humans i materials necessaris per dur a terme funcions de programació, coordinació i control intern del pla de formació.

7) No haver estat sancionada, mitjançant una resolució ferma, per la comissió d'infraccions greus en matèria d'integració laboral de persones discapacitades o molt greus en matèria de relacions laborals o seguretat i salut en el treball, de conformitat amb la LIS.

Així mateix, el projecte ha de ser viable tècnicament i econòmicament i s'ha de poder desenvolupar i finalitzar en el temps sol·licitat per l'entitat local.

D'altra banda, l'entitat local promotora ha de presentar la sol·licitud corresponent (en el model normalitzat) als serveis territorials del SOC, acompanyada de la documentació prevista, amb caràcter general, en l'article 4 de l'Ordre TRI/211/2005.

Cal tenir en compte també que el procediment de concessió de les subvencions és el de concurrència competitiva i que la resolució del procediment correspon a un òrgan col·legiat, format pel sotsdirector general competent, el cap del servei que gestiona el programa corresponent, dos representants dels serveis territorials del SOC i un lletrat dels serveis jurídics del servei esmentat. El termini màxim per dictar la resolució és de sis mesos i la llista de les subvencions concedides s'ha d'exposar al tauler d'anuncis dels Serveis Territorials del SOC; si la quantia de la subvenció és superior als 6.000 euros, s'ha de publicar, a més, en el DOGC.

261. Per exemple: a) tenir la capacitat tècnica i de gestió suficient per a l'execució del projecte sol·licitat; b) ser competent per a l'execució de l'obra o el servei corresponent, i c) en el cas d'entitats que ja hagin participat en aquests programes, seran necessàries la justificació i el reintegrament dels exercicis vençuts i el desenvolupament correcte dels projectes anteriors, així com la presentació de la memòria final dels projectes desenvolupats i, especialment, dels resultats d'inserció en finalitzar i un cop transcorreguts sis mesos des de la finalització dels projectes.

D'altra banda, l'entitat local que obtingui una subvenció per posar en marxa una escola taller o una casa d'oficis ha de complir diverses obligacions:²⁶²

1) Dur a terme l'activitat projectada, justificar els fons rebuts i acreditar ambdues coses davant del SOC en el termini i en la forma establerts en l'Ordre TRI/210/2005, de 27 d'abril.

2) Complir els requisits i les condicions que determinen la concessió de la subvenció.

3) sotmetre's a les actuacions de comprovació que corresponguin al SOC i al control de l'activitat econòmica financera que correspongui a la Intervenció General de la Generalitat, a la Sindicatura de Comptes o a altres òrgans competents, i facilitar a tots aquests òrgans tota la informació que li demanin.

4) Comunicar al SOC l'obtenció de subvencions per a la mateixa finalitat i les alteracions de les condicions.

5) Proposar al SOC qualsevol canvi que, dins de la mateixa finalitat, es pugui produir en la destinació de la subvenció i que, si s'escau, ha de ser expressament autoritzat.

6) Informar de totes les incidències relatives a les accions i/o els projectes aprovats.

7) Participar en les activitats de perfeccionament que estableixi el SOC.

8) Estar connectada i utilitzar la xarxa telemàtica del SOC quan, ateses les especificitats del projecte i/o l'acció concreta, ho determini el SOC mitjançant l'emissió de les instruccions corresponents.

9) Complir, pel que fa al tractament automatitzat de les dades personals de les persones beneficiàries, el que estableix la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.

262. Segons l'article 8 de l'Ordre TRI/211/2005, aquesta subvenció és incompatible amb qualsevol ajuda obtinguda pel sol·licitant per realitzar la mateixa acció, excepte quan es tracti d'un finançament parcial del projecte i així s'hagi recollit de manera clara en la sol·licitud corresponent. També s'admet la compatibilitat quan aquesta estigui prevista expressament. L'import de la subvenció atorgada no pot ser en cap cas d'una quantia que, aïlladament o en concurrència amb subvencions d'altres entitats públiques o privades, nacionals o internacionals, superi el cost de l'activitat que ha de desenvolupar el beneficiari. D'altra banda, el procediment de revocació de les subvencions està recollit en l'article 12 de l'Ordre esmentada.

10) Acreditar que està al corrent en el compliment de les obligacions tributàries i de la seguretat social.

11) Disposar dels estats comptables i registres específics que siguin exigits per les bases reguladores de les subvencions, amb la finalitat de garantir l'exercici adequat de les facultats de comprovació i control.

12) Conservar els documents justificatius de l'aplicació dels fons rebuts, incloent-hi els documents electrònics, mentre puguin ser objecte de les actuacions de comprovació i control.

13) Adoptar les mesures de difusió que calguin per a la publicitat adequada del caràcter públic del finançament de programes, inversions o actuacions de qualsevol tipus que siguin objecte de la subvenció.

14) Reintegrar els fons rebuts en els supòsits de revocació de la subvenció previstos en l'article 12 de l'Ordre TRI/211/2005.

També cal assenyalar que, amb la finalitat de comprovar l'execució correcta del programa corresponent, es pot portar a terme una funció de seguiment, a càrrec dels tècnics designats pel SOC, sens perjudici de les tasques d'inspecció i control que pugui desenvolupar el personal funcionari que les tingui atribuïdes, i de la potestat sancionadora dels òrgans competents.

Finalment, en aquest àmbit s'ha de tenir present que, si s'obté la subvenció corresponent, aquesta ha de cobrir les despeses de formació professional ocupacional i educació complementària durant totes les fases del projecte d'escola taller o casa d'oficis, despeses que es calculen prenent com a base determinats paràmetres o mòduls fixats per la normativa.

6.2.2.3. La selecció dels alumnes-treballadors i del personal de les escoles taller i cases d'oficis

Un cop aprovat el projecte d'escola taller o casa d'oficis corresponent, s'ha de procedir a la selecció dels alumnes, del director i del personal docent i de suport. Aquesta selecció l'ha de portar a terme un grup de treball mixt que han de constituir amb aquest objectiu l'entitat local promotora i el SOC. A aquest efecte, cal tenir en compte que, l'any 2005 i en l'àmbit estatal, es va portar a terme la contractació de 14.060 directors,

docents i personal de suport en el marc dels programes d'escoles taller, cases d'oficis i tallers d'ocupació.²⁶³

El grup de treball s'ha de constituir una vegada emesa la viabilitat provisional del projecte i està encarregat dels processos de selecció de tots els participants en el projecte fins a la seva finalització, així com d'informar i proposar l'exclusió d'alumnes en la primera fase formativa. També s'encarrega del seguiment i l'avaluació dels resultats del projecte, tant al llarg de la seva execució com en la seva finalització.

Aquest grup mixt de treball ha d'estar constituït de manera paritària per representants de l'entitat local promotora i del SOC i ha de ser presidit per la persona que aquest designi.

La funció essencial d'aquest grup és concretar els perfils dels llocs de treball que s'han de cobrir, els criteris de baremació i el procediment que s'ha de seguir per a la selecció, tenint en compte les activitats, les ocupacions i els col·lectius de persones prioritàries,²⁶⁴ definits anualment, i procurant la major adaptabilitat possible de les persones seleccionades a les especialitats i a les particulars circumstàncies de dificultat que comportin.

No obstant això, prèviament a la selecció dels alumnes, s'ha de portar a terme una acció d'orientació laboral destinada als possibles candidats, acció que poden assumir tant les oficines del SOC com les entitats col·laboradores del Departament de Treball en matèria d'orientació o la mateixa entitat local. Aquesta acció no serà necessària quan el candidat ja hagi dut a terme una acció d'informació i/o orientació en els últims sis mesos.

D'altra banda, prèviament a la selecció dels alumnes s'ha de fer sempre la tramitació de l'oferta d'ocupació corresponent a l'oficina de treball encarregada de la gestió del procés (triada pels representants del SOC en el grup de treball mixt), amb independència dels altres sistemes complementaris que puguin fixar-se. Totes els possibles candidats passaran a configurar una única base de dades a partir de la qual es portarà a terme la selecció corresponent.

263. www.inem.es/ciudadano/etco/estaevo.html.

264. Identificats d'acord amb els objectius del Govern de la Generalitat de Catalunya, el Pla nacional per a l'ocupació de l'Estat i els criteris que estableix el Fons Social Europeu. Es consideren col·lectiu preferent els menors estrangers tutelats per la direcció general competent del Departament de Justícia del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

Pel que fa al perfil dels candidats, aquests han de reunir els requisits mínims següents:

a) Tenir entre 16 i 24 anys. Per tal de complir aquest requisit, cal entendre que n'hi ha prou que el candidat a alumne-treballador sigui menor de 25 anys en el moment d'incorporar-se al projecte corresponent.

b) Estar a l'atur. S'entén que estan en aquesta situació les persones demandants d'ocupació no ocupades, inscrites al Servei Públic d'Ocupació i disponibles per a l'ocupació.

c) Complir els requisits que s'estableixen en l'article 11.2 ET per formalitzar el contracte per a la formació.

d) Amb caràcter general no es requereix cap titulació per accedir a una escola taller o casa d'oficis, si bé pot ser que per a algunes especialitats es requereixi una mínima preparació prèvia.

e) Poden constituir criteris preferents no haver participat abans en altres projectes d'escoles taller o cases d'oficis, estar inclòs en col·lectius amb dificultats d'inserció, com ara el de les dones o les persones discapacitades, estar cobrant la prestació d'atur o estar en situació d'atur un determinat període de temps.

A més, els alumnes seleccionats han de mantenir els requisits de selecció el dia de la seva incorporació a l'escola taller o casa d'oficis. Així mateix, la permanència en el projecte és incompatible amb la participació en qualsevol altra acció de formació i ocupació.

I, un cop finalitzat el procés de selecció corresponent, el grup de treball mixt ha d'elaborar la relació dels candidats seleccionats i dels suplents i ha d'aixecar acta tant de la constitució del grup i del procediment i els criteris de selecció com de totes les actuacions realitzades i dels candidats seleccionats i els suplents.²⁶⁵ És obligatori que consti en l'acta el responsable de l'entitat local encarregat de la vigilància i el manteniment de les condicions de seguretat i salut laboral al llarg de tot el projecte, ja que amb caràcter general és la mateixa entitat local la que és responsable del seu compliment.

265. En el cas que es produeixin baixes, els candidats seleccionats seran substituïts pels candidats suplents. En cas que no hi hagi candidats suplents, el grup de treball haurà d'iniciar un nou procés de recerca.

D'altra banda, el grup de treball mixt ha d'establir el procediment de selecció que s'ha de seguir per a la selecció del personal directiu, docent i de suport de l'escola taller o casa d'oficis, preferentment mitjançant l'oferta d'ocupació tramitada a l'oficina de treball encarregada de la gestió o mitjançant una convocatòria pública, o mitjançant ambdues. Així mateix, es poden tenir en compte els treballadors inclosos prèviament en els fitxers d'experts ja existents.

En aquest punt també cal destacar que la contractació del personal directiu, docent i de suport de l'escola taller o casa d'oficis per part de l'entitat local s'ha de portar a terme essencialment per mitjà de la modalitat contractual temporal del contracte per a obra o servei regulat en l'article 15.1a ET. Aquesta possibilitat ha estat admesa pels tribunals, que han considerat que un projecte d'escola taller o casa d'oficis té autonomia i substantivitat pròpies dintre de l'activitat de l'entitat local promotora, cosa que justifica el recurs al contracte per a obra o servei determinat.²⁶⁶

També admeten els tribunals que aquest contracte pot abastar la totalitat del projecte o bé només una de les seves etapes (com veurem, una primera de formació i una altra de formació en alternança amb el treball), ja que es considera que cadascuna d'aquestes presenta una clara autonomia respecte de l'altra, atès que els aspectes que es desenvolupen en l'una i en l'altra, si bé són complementaris, són diferents, atès que en la segona etapa hi ha una pràctica professional que no té lloc en la primera. En aquest sentit, la jurisdicció ha afirmat també que «[...] a més, la pròpia legislació a la qual hem fet referència exigeix que cada projecte es presenti dividit en fases, cadascuna de les quals comptarà amb la seva corresponent partida pressupostària en la qual s'expressin, entre altres costos, els derivats de la contractació del personal directiu, docent i de suport. Cosa que justifica, al seu torn, que les subvencions que puguin rebre's d'altres institucions o entitats, com l'atorgada en el present cas [...], també estigui desglossada en fases o mòduls. Per tant, sent això així, no hi ha cap inconvenient legal que les contractacions del personal es vinculin a cadascuna de les fases en què es troba dividit el projecte, ja que les necessitats formatives i d'actuació no tenen perquè coincidir totes elles, ni les consignacions pressupostàries han de ser idèntiques, sinó que l'actuació que s'ha de desenvolupar en cadascuna de les fases dependrà del projecte formatiu que s'hagi establert, cosa que necessàriament ha d'influir en el nombre i l'especialitat dels monitors que s'han de contractar [...]».²⁶⁷

266. STSJ de la Comunitat Valenciana de 12 de febrer de 2004 (AS. 3328).

267. STSJ de la Comunitat Valenciana de 12 de febrer de 2004 (AS. 3328).

En el mateix sentit, els tribunals han indicat, per al cas d'un cap de taller-monitor d'ofici de paleta, que aquest pot ser objecte de dos contractes per a obra o servei determinat, perquè han entès, novament, que existeixen dues fases perfectament diferenciades en el desenvolupament del programa corresponent: «[...] i la possibilitat consegüent que per a l'activitat específica d'ensenyament que caracteritza cadascuna es facin contractacions diferents, sota la fórmula de contractes per a obra determinada, sense que sigui deduïble d'això una actuació en frau de llei per part del demandat que pogués privar el contracte d'un caràcter de temporalitat que ja en principi és indiscutible [...]»²⁶⁸

Tot això implica que, un cop esgotada la durada prevista per a la realització total del projecte (que no necessàriament ha de coincidir amb la realització total de l'obra o el servei que li serveixen de base, que pot requerir una durada més llarga, per exemple en el cas d'edificacions o obres públiques) o la fase corresponent, s'entén que queda extingit el corresponent contracte per a obra o servei determinat, de manera que el seu titular té dret a una indemnització d'una quantia equivalent a la part proporcional de la quantitat que resultaria d'abonar vuit dies de salari per cada any de servei (art. 49 ET).

D'altra banda, quant a la jornada laboral, aquesta pot variar en funció de les característiques de cada projecte, de l'evolució de l'obra o el servei que es realitza i de les necessitats de suport formatiu. És per això que és possible tant la jornada a temps complet com la jornada a temps parcial.

Finalment, cal tenir molt present que, amb independència del sistema de selecció utilitzat per al cas dels alumnes-treballadors i del personal directiu, docent i de suport, se seguiran els criteris i els procediments de selecció establerts per a la cobertura de les ofertes d'ocupació. Per tant, no és aplicable la normativa sobre procediments de selecció del personal a les entitats locals. Això implica, en definitiva, que el personal i els alumnes-treballadors no es consideren inclosos en les corresponents plantilles o relacions de llocs de treball i que, per tant, no és necessari que prèviament es faci l'oferta d'ocupació pública.

Per acabar, cal destacar que les incidències i reclamacions que es puguin derivar dels processos de selecció seran revisades pel grup de treball mixt, sense que es pugui recórrer a la via administrativa per resoldre-les.

268. STSJ d'Andalusia de 17 de març de 1999 (AS. 5559).

6.2.2.4. Les etapes formativa i de pràctica professional dels alumnes

En aquest punt i des d'una perspectiva general, cal tenir en compte que s'ofereixen als alumnes seleccionats i incorporats a les escoles taller i cases d'oficis avantatges com les següents:

- a) Formació professional en una especialitat que capacita per treballar.
- b) Pràctica i experiència professional en les ocupacions en què es formin.
- c) Formació general per arribar, si escau, al nivell d'educació obligatòria.
- d) Informació sobre tècniques de recerca d'ocupació i orientació laboral.
- e) Formació sobre autoocupació i creació de petites empreses.

f) Experiència de treball en l'ocupació que s'ha après i coneixements reals del món laboral, no pas teòrics.

g) Formació obligatòria en prevenció de riscos laborals (especialment durant el primer semestre).

h) Formació bàsica en matèria mediambiental.

i) Assessorament tècnic i suport, tant per a la recerca d'ocupació per compte aliè com per a l'establiment per compte propi, ja sigui individual o en projectes d'economia social, durant almenys sis mesos després d'acabar l'estada a l'escola taller o casa de oficis.

j) Un mòdul d'alfabetització informàtica, d'almenys 30 hores, inclòs dintre del pla formatiu.

No obstant això, d'una manera més específica, els participants en aquests projectes (que tenen, com hem vist, la doble condició d'alumnes i treballadors) passen per una doble etapa: una primera etapa —sense vincle laboral— de caràcter formatiu d'iniciació (durant la qual poden rebre una beca i són pròpiament «alumnes») i una segona etapa de formació en alternança amb el treball i la pràctica professional (en la qual s'ha de formalitzar necessàriament un contracte per a la formació, d'acord amb el que s'estableix en l'article 11.2 ET, i passen a ser pròpiament «alumnes-treballadors»).

En efecte, la jurisprudència ha indicat que «[...] els projectes [...] constaran d'una etapa formativa d'iniciació i una altra etapa de formació en alternança amb el treball dirigits a l'aprenentatge, la qualificació i l'adquisició d'experiència professional [...]».²⁶⁹ Igualment, han afirmat que «[...] s'estableix una fase formativa d'iniciació i una altra de formació en alternança amb el treball, determinant-se quina pot ser la durada de cadascuna d'elles. En la primera etapa [...] els alumnes reben formació professional ocupacional i tenen dret a la percepció de beques, mentre que en la segona són contractats amb la modalitat d'aprenentatge i perceben retribucions salarials [...]».²⁷⁰ Per als tribunals es tracta, com hem vist, de dues fases perfectament diferenciades.

En el cas de les escoles taller, la durada d'ambdues etapes no pot ser inferior a un any ni superior a dos anys i aquestes s'han de dividir en fases de sis mesos. La durada concreta s'ha de determinar en la corresponent resolució d'aprovació del projecte, i s'entén que aquest finalitza un cop ha transcorregut aquella.

No obstant això, quan la resolució inicial és per una durada prevista inferior als dos anys, l'escola taller es pot prorrogar, per períodes mínims de sis mesos, fins a esgotar la durada màxima dels dos anys, mitjançant una nova resolució. En aquest supòsit i sempre que hi hagi disponibilitat pressupostària i que la continuïtat del projecte no impliqui cap variació respecte dels criteris que van donar lloc a la seva valoració inicial positiva, l'entitat local ha de sol·licitar i justificar, mitjançant la presentació de la documentació corresponent i amb una antelació mínima de tres mesos a l'acabament de la durada prevista en la primera resolució, la necessitat de la continuïtat de l'escola taller, tant des del punt de vista del projecte que s'ha d'executar com des del punt de vista de les necessitats formatives dels alumnes.

En el cas de les cases d'oficis, cadascuna de les etapes ha de tenir una durada de sis mesos, fins a un total d'un any. Un cop transcorregut aquest termini, s'entén que el projecte ha finalitzat. Es tracta, doncs, d'un termini improrrogable.

6.2.2.4.1. L'etapa formativa sense vincle laboral

Durant la primera etapa, l'alumne rep la formació professional ocupacional adequada a l'ocupació que ha de desenvolupar (per exemple, fuster, paleta, lampista, jar-

269. En aquest sentit, STSJ d'Astúries de 10 de febrer de 2003 (AS. 1563) També pot consultar-se la STSJ de la Comunitat Valenciana de 12 de febrer de 2004 (AS 3328).

270. STSJ d'Andalusia de 17 de març de 1999 (AS. 5559).

diner)²⁷¹ i d'acord amb el pla formatiu presentat, però no existeix cap tipus de vincle laboral amb l'entitat local promotora de l'escola taller o casa d'oficis.

La formació s'ha d'adaptar, en la mesura que es pugui i en funció dels oficis o dels llocs de treball que s'han d'ocupar, als continguts mínims establerts en els reials decrets que regulen els certificats de professionalitat de les ocupacions corresponents, d'acord amb el que es diu en el Reial decret 1506/2003, de 28 de novembre, pel qual s'estableixen les directrius dels certificats de professionalitat.

En aquest àmbit existeix, però, una excepció important: quan es tracta d'un alumne que no ha arribat als objectius de l'educació secundària obligatòria, el programa formatiu corresponent ha de tenir com a finalitat proporcionar-li una formació bàsica amb l'objectiu que pugui obtenir la titulació mínima al llarg d'aquest programa. El fonament d'aquesta excepció es vincula amb el mateix article 11 ET, que, com hem vist, quan regula la formació teòrica en el contracte per a la formació, vincula aquesta formació amb les característiques de l'ofici o el lloc de treball, excepte quan el treballador contractat no ha finalitzat els cicles educatius de l'escolaritat obligatòria; en aquest cas, «la formació teòrica tindrà per objectiu immediat completar aquesta educació» (X. Boltaina Bosch, «La vertiente institucional de los contratos», p. 13). En definitiva, quan l'alumne de l'escola taller o casa d'oficis no ha arribat al nivell mínim de formació obligatòria —graduat en ESO—, ha de rebre la formació necessària per poder aconseguir-lo.

Així mateix, en tots els casos l'alumne ha de rebre els coneixements necessaris per poder treballar amb seguretat i per saber utilitzar adequadament les mesures preventives, amb l'objectiu de poder evitar els riscos laborals en la professió que ha triat.

Durant aquesta primera etapa, l'alumne té dret a rebre una beca (que ha de sol·licitar) de 6,01 euros per dia lectiu, però no la percebrà quan, sense causa justificada, no hagi assistit a l'escola taller o casa d'oficis. Es tracta també d'una beca subjecta a l'IRPF i objecte, per tant, de les retencions corresponents.²⁷²

Cal tenir en compte, no obstant això, que la beca és incompatible amb la percepció de la prestació o del subsidi d'atur. En aquests casos, l'alumne seguirà cobrant la

271. Sobre els possibles oficis i àmbits de la formació, consulteu la següent pàgina web: www.inem.es/ciudadano/etco/alesp.html.

272. En aquest sentit, vegeu la Resolució de la Direcció General de Tributs de 22 de març de 2005 (JUR 2005/98647).

prestació o el subsidi corresponent i, un cop esgotat aquest, començarà a percebre la beca. Així mateix, la beca és incompatible amb el treball per compte propi o aliè; un cop finalitzat aquest, doncs, l'alumne pot percebre-la, tret que tingui dret a una prestació o al subsidi d'atur, cas en què s'aplicarà el que s'ha assenyalat anteriorment. En relació amb aquesta qüestió, s'han posat de manifest (X. Boltaina Bosch, «La vertiente institucional de los contratos», p. 14) diverses crítiques:

— Resulta excessiva la incompatibilitat establerta entre la percepció de la beca i el treball per compte propi o aliè, especialment quan el mateix legislador desitja fomentar el treball a temps parcial. D'altra banda, no és estrany que aquest tipus de treball s'ofereixi als alumnes d'una escola taller o casa d'oficis, els quals es veuran obligats a rebutjar-lo si volen mantenir la beca.

— La incompatibilitat entre la beca i la prestació o subsidi d'atur és total, però funciona a favor d'aquests últims. Així, si l'alumne percep una prestació o un subsidi, l'inici de l'etapa formativa no paralitza la percepció esmentada. Mentrestant, però, l'alumne no cobrarà la beca, i començarà a percebre-la en el moment en què s'esgoti la prestació o el subsidi. Això suposa que si la durada de la prestació és superior a l'etapa formativa, l'alumne no arribarà a percebre la beca en cap cas.

— I, finalment, la regulació vigent hauria d'haver tingut en compte que molts treballs poden ser a temps parcial o amb jornades reduïdes i que l'import de la beca pot superar el salari percebut. Així mateix, la incompatibilitat prevista pot donar lloc a frau, ja que és possible que l'alumne prefereixi incorporar-se a l'economia submergida per poder mantenir la beca i la retribució salarial.

D'altra banda, cal destacar que l'alumne té l'obligació d'assistir i seguir amb profit els ensenyaments teòrics i pràctics, de manera que és causa d'exclusió del projecte i de pèrdua de la beca incórrer en tres faltes d'assistència injustificades en un mes o nou faltes d'assistència injustificades al llarg d'aquesta primera etapa, o bé no seguir amb profit els ensenyaments, segons l'opinió del responsable de l'escola taller o casa d'oficis.

En el cas que s'iniciï el procediment d'exclusió, l'alumne no podrà assistir a l'escola taller o casa d'oficis ni tindrà dret a percebre la beca fins que no es resolgui sobre la seva situació. Si la resolució és favorable a l'exclusió, aquesta tindrà efecte des de la comunicació de l'inici de l'expedient; si no és favorable a l'exclusió, l'alumne es reincorporarà a l'escola taller o casa d'oficis i tindrà dret a percebre la beca corresponent al temps de suspensió.

6.2.2.4.2. L'etapa de formació en alternança amb la pràctica professional

En la segona etapa, que en el cas de les cases d'oficis serà sempre de sis mesos i que pot ser superior en el cas de les escoles taller (entre un mínim de sis mesos i un màxim de divuit mesos²⁷³ —en fases de sis mesos—, segons el cas i la durada programada del període de formació inicial), es formalitzarà obligatòriament un contracte per a la formació amb l'entitat local promotora de l'escola taller o casa d'oficis, d'acord amb el que s'estableix en l'article 11.2 ET i en la DA 2a RCF. Cal tenir en compte, no obstant això, que aquest contracte només es formalitzarà amb aquells alumnes que finalitzin la primera etapa formativa amb aprofitament.

Per tant, durant aquesta etapa, l'alumne, que passa a ser pròpiament alumne-treballador, completa la seva formació amb el treball i la pràctica professionals. D'aquesta manera, el procés formatiu iniciat en la primera etapa continua, però amb un caràcter més pràctic, atès que l'alumne treballa en l'obra o el servei objecte del projecte. Així mateix, un monitor segueix continuadament el treball que realitza cada alumne-treballador, estableix les pautes de treball i corregeix els possibles problemes. El treball que es desenvolupa durant aquesta etapa ha de seguir el ritme previst en el pla formatiu corresponent.

El contracte per a la formació formalitzat entre l'entitat local promotora i l'alumne-treballador ha de tenir una durada mínima de sis mesos i, òbviament, no pot superar la data de finalització prevista del projecte d'escola taller o casa d'oficis. En aquest punt, els tribunals han declarat que no es pot extingir vàlidament el contracte invocant com a causa el venciment del termini de sis mesos pactat en el mateix contracte, ja que la durada d'aquest està vinculada legalment amb la del projecte aprovat i finançat pels òrgans competents. Per tant, un cop formalitzat el contracte per a la formació, aquest té la mateixa durada que s'ha previst per al projecte en el qual s'incorpora i, per tant, el cessament anticipat del treballador pot considerar-se un acomiadament improcedent.²⁷⁴

Així mateix, els alumnes-treballadors han de complir els requisits establerts en l'esmentat article 11.2 ET (essencialment, no tenir la formació teòrica i pràctica que se li pretén donar), així com la condició de demandants d'ocupació i la d'estar disponibles per a l'ocupació. I, tal com hem vist en analitzar la regulació general, el contracte ha de

273. Quan la durada prevista de les dues etapes sigui de vint-i-quatre mesos i la formació inicial sigui només de sis mesos.

274. STSJ d'Astúries de 10 de gener de 2003 (JUR 2003/108584).

formalitzar-se per escrit, s'ha de donar d'alta l'alumne-treballador a la seguretat social i s'ha de cotitzar per ell.

En aquesta etapa es percep la retribució corresponent com a alumne-treballador, consistent en el 75 % del salari mínim interprofessional vigent cada any. En relació amb aquesta qüestió s'han plantejat problemes judicials importants, ja que s'han presentat nombroses reclamacions sol·licitant el reconeixement de la retribució prevista en el conveni col·lectiu sectorial corresponent (construcció, essencialment), en lloc de la remuneració esmentada abans, més baixa.

La solució donada pels tribunals²⁷⁵ ha consistit a negar l'aplicació del conveni col·lectiu sectorial corresponent, ja que, segons la seva opinió, la regulació de la remuneració en aquest àmbit té com a punt de referència la normativa específica sobre escoles taller i cases d'oficis, en la qual no existeix l'equiparació pretesa ni es fa referència a l'aplicació dels convenis col·lectius. I també afegeixen els tribunals que:

a) No ens trobem davant d'un treballador, sinó davant d'un «alumne-treballador».

b) L'escola taller o casa d'oficis no és una empresa, sinó un centre formatiu. Per tant, els seus alumnes-treballadors no poden estar inclosos en l'àmbit d'aplicació d'un conveni col·lectiu sectorial com és el de la construcció. En efecte, cal recordar que es tracta de programes —de caràcter temporal— dirigits a la formació de joves desocupats menors de vint-i-cinc anys, amb l'objectiu d'assolir la seva inserció en el món laboral per mitjà de la professionalització i l'experiència. I aquests programes formatius han de ser de caràcter públic o d'interès general i social i han de tenir un contingut teoricopràctic, desenvolupat per mitjà de contractes per a la formació que permetin la realització d'un treball que, encara que es qualifiqui de *productiu*, es troba en realitat subordinat, com a mitjà instrumental, a la consecució d'aquesta formació adequada que és la finalitat essencial de les escoles taller i cases d'oficis.²⁷⁶

275. Sentències del TSJ d'Andalusia de 26 de febrer de 2003 (AS. 1153) i 11 de març de 2003 (AS. 2142), i de Múrcia de 7 d'octubre de 2002 (JUR 2002/274279).

276. En paraules de la STSJ de Múrcia de 7 d'octubre de 2002 (JUR 2002/274279): «[...] l'escola taller no és una empresa de la construcció, sinó un centre formatiu [...] on els alumnes reben ensenyament i ajuda en les seves tasques, qualificant-los professionalment, mitjançant ocupacions relacionades amb activitats d'utilitat pública o d'interès general i social [...] amb la finalitat d'assolir la seva inserció mitjançant la professionalització i l'experiència adquirida [...] per tant, no s'ha de tenir en compte, per a fixar els salaris el conveni col·lectiu de la construcció, i les diferències salarials reclamades en base al mateix no es poden atorgar [...]» Vegeu també la STSJ d'Andalusia d'11 de març de 2003 (AS. 2142).

c) En relació amb això anterior, cal també assenyalar que la finalitat essencial de l'escola taller o casa d'oficis no és aconseguir un benefici, amb la prestació del treball dels alumnes, com a empresa, sinó ensenyar i ajudar aquests en les seves tasques per tal de qualificar-los professionalment.

d) En la mateixa normativa sobre escoles taller i cases d'oficis es preveu expressament que, durant la vigència del contracte per a la formació, els alumnes-treballadors han de percebre les retribucions salarials que els corresponguin d'acord amb el que està previst en la normativa vigent i en la normativa específica que regula el treball en les escoles taller i cases d'oficis; referència que cal interpretar en el sentit que s'ha d'entendre que la contraprestació econòmica té com a punt de referència «la present disposició», i és clar que en la disposició reguladora de les escoles taller i cases d'oficis no existeix l'equiparació amb la normativa convencional.

e) Finalment, el contracte que uneix l'alumne-treballador amb el promotor de l'escola taller o casa d'oficis no és el de treball inclòs en l'àmbit regulador de l'activitat a què es refereix l'ensenyament, sinó que, com que aquesta està condicionada per la normativa específica, per la finalitat i per la subvenció que li ha donat vida, és precisament aquesta normativa la que determina la prestació econòmica que correspon a l'alumne-treballador, i així s'expressa en el corresponent contracte formalitzat entre les parts.

Tot això significa, en definitiva, que l'alumne-treballador té dret a percebre el 75 % del salari mínim interprofessional, i no la remuneració prevista en el conveni col·lectiu sectorial corresponent. I la mateixa solució s'ha d'aplicar en el cas que se sol·liciti l'aplicació del conveni col·lectiu del personal laboral al servei de l'entitat local promotora.

Cal afegir que el conveni col·lectiu sectorial tampoc no és aplicable a l'efecte de sol·licitar el pagament d'una millora voluntària, com per exemple el pagament d'una indemnització en un cas d'incapacitat total permanent.²⁷⁷

Des de la perspectiva de la seguretat social, cal recordar que, com hem vist, no només és especial el règim de cotització, sinó que també cal tenir present que l'alumne-treballador, un cop finalitzat el corresponent projecte d'escola taller o casa d'oficis, no té dret a percebre la prestació d'atur corresponent. L'exclusió d'aquesta prestació és molt discutible.

277. STSJ de Galícia de 28 de desembre de 2002 (AS. 2003/1746).

Finalment, cal tenir en compte que, d'acord amb la disposició addicional segona de l'RCF, en el cas de les escoles taller i cases d'oficis no és aplicable el límit màxim de contractes per a la formació previst en l'article 11.2 ET i desenvolupat, com hem vist en un apartat anterior, en l'article 7 del reial decret esmentat. Això significa que es poden formalitzar tots els contractes per a la formació que siguin necessaris per al desenvolupament del projecte corresponent. Així mateix, tampoc no és aplicable la limitació que un tutor no pot tenir assignats més de tres treballadors contractats per mitjà d'aquesta modalitat de contracte.

Per acabar, cal assenyalar que, quan finalitzen la seva participació a l'escola taller o la casa d'oficis, els alumnes-treballadors reben una certificació expedida pel SOC on consta la formació rebuda.

6.2.3. Els tallers d'ocupació

Igual que les escoles taller i les cases d'oficis, els tallers d'ocupació són programes mixtos d'ocupació i formació articulats com a projectes de caràcter temporal en els quals l'aprenentatge i la qualificació s'alternen amb un treball productiu en activitats d'interès públic i social que permeten la inserció mitjançant la professionalització i l'adquisició d'experiència dels participants.

La seva activitat concreta es dirigeix a millorar l'ocupabilitat dels joves desocupats de vint-i-cinc o més anys inscrits com a demandants d'ocupació (sense límit màxim d'edat), amb la finalitat de facilitar la seva inserció laboral. A aquest efecte, s'han considerat col·lectius prioritaris les dones, les persones majors de quaranta-cinc anys, les persones en situació d'atur de llarga durada i altres col·lectius amb dificultats especials d'inserció laboral i/o amb risc d'exclusió social.

En aquest sentit, el tribunals han assenyalar que «[...] això abans exposat posa en relleu la finalitat d'aquests programes, dirigits a millorar les possibilitats d'ocupació del col·lectiu d'aturats en determinades circumstàncies i especialment d'aquells grups amb dificultats d'inserció especials [...] des que van ser ideats i creats el 1985, ha estat una experiència molt positiva. Aquests cursos, els beneficiaris dels quals han de complir determinats requisits [...] amb durada determinada en la corresponent resolució aprovatòria de cada projecte [...] procuren una formació teoricopràctica als que hi intervenen que va més enllà de la merament professional contemplant programes específics per superar les proves d'educació secundària obligatòria [...] i expiren concedint als participants un certificat, expedit per l'entitat promotora, en el qual constarà la durada

en hores de la seva participació en el programa, la competència adquirida i els mòduls formatius cursats, podent servir aquest, totalment o parcialment, per ser convalidat en el seu moment pel certificat de professionalitat [...]».²⁷⁸

Per tant, les obres o serveis d'utilitat pública o d'interès social que es desenvolupin han de possibilitar als participants la realització d'un treball efectiu que, amb la formació professional ocupacional rebuda —que ha d'estar relacionada directament amb el treball—, afavoreixi la seva qualificació professional i la seva inserció laboral. L'objectiu últim és que amb els tallers d'ocupació es doni resposta a les demandes del mercat de treball des d'una perspectiva local; per aquest motiu, l'àmbit territorial d'actuació adequat és la comarca (X. Boltaina Bosch, «La vertiente institucional de los contratos», p. 19).

En relació amb això, cal també destacar que anualment es determinen els àmbits d'actuació preferents, i s'identifiquen com a tals els següents: a) la recuperació i la promoció del patrimoni artístic, històric o cultural, i d'edificis i/o obres públiques; b) la protecció i el manteniment del patrimoni natural; c) els serveis d'oci (turisme alternatiu, agroturisme i turisme cultural); d) els serveis personalitzats, i e) les noves tecnologies de la informació i la comunicació.

D'altra banda, cal destacar que els projectes dels tallers d'ocupació han de tenir una durada mínima de sis mesos i una durada màxima d'un any. Un cop transcorreguda la durada prevista en la resolució d'aprovació corresponent, s'entén que el projecte ha finalitzat.

No obstant això, quan en la resolució inicial es preveu una durada inferior a un any, el taller d'ocupació es pot prorrogar, per un període de sis mesos, fins a esgotar la durada màxima d'un any, mitjançant una nova resolució. En aquest cas i sempre que hi hagi disponibilitat pressupostària i que la continuïtat del projecte no impliqui cap variació respecte als criteris que van donar lloc a la seva valoració positiva inicial, l'entitat local promotora ha de sol·licitar i justificar, mitjançant la presentació de la documentació corresponent i amb una antelació mínima de tres mesos a la finalització de la durada prevista en la primera resolució, la necessitat de la continuïtat, tant des del punt de vista del projecte que s'ha d'executar com de les necessitats formatives dels alumnes-treballadors.²⁷⁹

278. STSJ d'Andalusia de 24 de febrer de 2003 (JUR 2003/85385). Vegeu també, en el mateix sentit, les sentències del TSJ d'Andalusia de 24 de febrer de 2003 (JUR 2003/85389 a 85402).

279. Article 25 de l'Ordre de 27 d'abril de 2005.

Des de l'inici del taller d'ocupació, els alumnes-treballadors són contractats laboralment per l'entitat local promotora mitjançant un contracte per a la formació. Per tant, han de complir els requisits que s'estableixen en l'article 11.2 ET (essencialment, no tenir la formació corresponent), així com la condició de demandants d'ocupació no ocupats i disponibles per a l'ocupació. Per tant, a diferència del que passa en el cas de les escoles taller i les cases d'oficis, en els tallers d'ocupació no hi ha un període previ de formació en qualitat exclusiva d'alumnes, sinó que des del primer moment es tracta d'alumnes-treballadors, vinculats amb l'entitat local mitjançant un contracte per a la formació.

També cal tenir present que les entitats promotores dels tallers d'ocupació són les mateixes que es preveuen per al cas de les escoles taller i les cases d'oficis; per tant, entre aquestes hi ha les entitats locals.

El contracte s'ha de formalitzar per escrit, la seva durada ha de ser com a mínim de sis mesos i no pot superar la data de finalització prevista del projecte de taller d'ocupació (i, per tant, la durada màxima ha de ser d'un any, com hem vist abans).

D'altra banda i per tal de complir la finalitat perseguida, durant el desenvolupament del taller d'ocupació els alumnes-treballadors reben la formació professional ocupacional adequada a l'ocupació que han de desenvolupar, d'acord amb el pla formatiu presentat per l'entitat local. Aquesta formació s'ha d'adaptar, en la mesura que es pugui i en funció dels oficis o llocs de treball que s'han d'ocupar, als continguts mínims establerts en els reials decrets que regulen els certificats de professionalitat de les ocupacions corresponents, d'acord amb el que s'estableix en el RD 1506/2003.

En qualsevol cas, els possibles treballs i aprenentatges fora de l'àmbit del taller d'ocupació no es poden realitzar en cap cas en empreses privades i mai no comportaran una contraprestació econòmica per part del beneficiari final. Amb caràcter previ a tot el procediment per posar en marxa un taller d'ocupació és necessària la presentació del conveni corresponent i l'aprovació del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya. En la sol·licitud del projecte de taller d'ocupació s'han de fer constar aquestes circumstàncies i s'han de presentar el conveni i els llocs d'actuació proposats.

Així mateix, durant el període de desenvolupament del projecte, els alumnes-treballadors reben la formació corresponent en matèria de prevenció de riscos laborals, sensibilització mediambiental i informàtica. També se'ls proporciona, durant tota la durada del projecte, orientació, assessorament, informació professional i formació empresarial, així com assistència tècnica, tant per a la recerca d'ocupació per compte aliè com per a l'establiment per compte propi, ja sigui individual, ja sigui en projectes d'economia social.

Des d'una perspectiva formal, una entitat local que vulgui promoure un taller d'ocupació ha de complir els mateixos requisits i ha de presentar una documentació semblant a la que hem indicat per al cas de les escoles taller i cases d'oficis.

D'altra banda, en el cas que es concedeixi la subvenció corresponent (conforme als criteris objectius fixats legalment),²⁸⁰ aquesta ha d'abastar únicament, tal com també passava en el supòsit de les escoles taller i cases d'oficis, les despeses de formació professional ocupacional i educació complementària durant totes les fases del projecte, i específicament determinades despeses previstes per la normativa vigent.

D'altra banda, quan els tallers d'ocupació produeixin, en el desenvolupament de la seva activitat, béns susceptibles de ser comercialitzats, aquests es podran vendre sempre que no s'incorri en una competència deslleial i es disposi de les autoritzacions necessàries. Els ingressos que es derivin de la venda o la prestació de serveis s'hauran d'aplicar a les activitats del taller d'ocupació i s'haurà de conservar la documentació comptable i documental tant dels ingressos obtinguts com de la destinació que se'ls ha donat.

Finalment, cal destacar que les funcions i els tràmits de selecció dels candidats i del personal directiu, docent i de suport, són els mateixos que ja hem assenyalat per al cas de les escoles taller i cases d'oficis.

Quant al règim retributiu dels alumnes-treballadors, aquests perceben durant tota la vigència del contracte per a la formació la quantia d'1,5 vegades el salari mínim interprofessional. Això implica que, tal com assenjala la jurisdicció —solució també aplicable en el cas de les escoles taller i cases d'oficis—, l'alumne-treballador no té dret a percebre la retribució prevista en el conveni col·lectiu sectorial que li correspon

280. Criteris fixats en l'article 30 de l'Ordre de 27 d'abril de 2005 i que coincideixen amb els previstos per als casos de les escoles taller i cases d'ofici.

en funció de l'activitat que desenvolupa (construcció, jardineria, etc.), sinó que rep la quantia salarial prevista en la pròpia normativa que regula els tallers d'ocupació, és a dir, 1,5 vegades el salari mínim interprofessional, incloent-hi la part proporcional de dues pagues extraordinàries.

Així, els tribunals s'han manifestat en aquest sentit: «[...] pensi's [...] que la durada del curs depèn de subvencions i pressupostos estranys a l'ens fundador, que la seva fi és la formació específica del treballador i que el curs culmina amb un certificat acreditatiu de l'ensenyament rebut i possibilitador, com es va dir, d'aquest futur professional en la branca corresponent [...] el contracte que uneix el beneficiari amb el fundador del centre no és de treball inclòs en l'àmbit del bloc paccionat regulador de l'activitat a la qual es refereix l'ensenyament, per la qual cosa, condicionada per la norma, finalitat i subvenció que li ha donat vida, és aquesta la que determina la contraprestació econòmica corresponent, que en cap cas pot ser igual o superior a la prevista en el conveni col·lectiu que resulta d'aplicació a aquesta activitat quan aquesta, cosa que no és el cas, es realitza sense formació annexa i a jornada completa [...].»²⁸¹

Així mateix, igual que en el cas de les escoles taller i cases d'oficis, els alumnes-treballadors dels tallers d'ocupació tampoc no tenen dret a la prestació d'atur.

I, finalment, també s'apliquen les mateixes regles que en el cas de les escoles taller i cases d'oficis quant a la formació dels alumnes que no tenen la formació bàsica prevista en el marc del sistema educatiu. Així mateix, els alumnes-treballadors, en finalitzar la seva participació en el taller d'ocupació, reben una certificació expedida pel Servei d'Ocupació de Catalunya on consta la formació rebuda.

281. Sentències del TSJ d'Andalusia de 24 de febrer de 2003 (JUR 2003/85385, 85389 i 85390 a 85402).

Bibliografía

Ballester Pastor, M. A. *El contrato de formación y otras formas de contratación laboral en alternancia*. València: Tirant lo Blanch, 2000.

Boltaina Bosch, X. «La vertiente institucional de los contratos formativos tras la reforma laboral del 2001: Las escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo». Comunicación presentada a les XIII Jornades Catalanes de Dret Social, Barcelona, 2002.

Martín Puebla, E. *Formación profesional y contrato de trabajo*. Madrid: La Ley, 1998.

Ojeda Avilés, A. (coord.). *Modalidades de contrato de trabajo*. Madrid: Tecnos, 2003.

Rey Guanter, S. del. *Comentario del Estatuto de los trabajadores*. Madrid: La Ley, 2005.

Sala Franco, T. «Los contratos formativos (En torno al art. 11)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000).



**La contractació laboral a temps parcial
i el treball fix discontinu**



7.1. El contracte a temps parcial

7.1.1. Introducció

Amb caràcter previ, cal tenir present que, malgrat tots els intents dirigits a promoure el desenvolupament de la figura del contracte a temps parcial, aquest segueix sent un tipus de contracte poc utilitzat en la pràctica, fet que contrasta amb la realitat d'altres països del nostre entorn, com per exemple Holanda. També cal destacar el fet que es tracta d'un contracte que es formalitza majoritàriament amb dones i joves.

Pel que fa a la normativa aplicable en relació amb aquest tipus de contracte, aquesta es troba essencialment en l'article 12 ET, que ha estat objecte de successives i importants reformes (sobre aquest tema, vegeu F. J. Calvo Gallego i A. J. Valverde Asencio, «La nueva regulación del contrato», p. 150 i seg.), destinades, tal com hem afirmat anteriorment, a promoure que les empreses i administracions públiques recorrin a aquesta modalitat contractual laboral. Dins d'aquestes reformes cal esmentar, entre d'altres, els transcendents canvis introduïts en aquest àmbit pel Reial decret llei 15/1998 i, posteriorment, pel Reial decret llei 5/2001 i la Llei 12/2001, de 9 de juliol, que precisament van corregir algunes de les modificacions introduïdes anteriorment per l'esmentat Reial decret llei 15/1998 (vegeu Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 4 i seg.), com per exemple el concepte de *contracte a temps parcial*, la determinació del temps de treball, les figures del contracte fix discontinu, el contracte de relleu i la jubilació parcial, i el pacte sobre hores complementàries, i van incorporar, així mateix, una perspectiva més flexible del treball a temps parcial.

Cal afegir a aquesta normativa el desenvolupament reglamentari més recent en aquesta matèria, recollit en els reials decrets 1131/2002, de 31 d'octubre, que regula la seguretat social dels treballadors contractats a temps parcial, així com la jubilació parcial, i 1132/2002, de 31 d'octubre, sobre mesures per a l'establiment d'un sistema de jubilació gradual i flexible. I, en fi, cal tenir molt present que no es tracta d'una qüestió del tot tancada, ja que la Llei 43/2006, de 29 de desembre, per a la millora del creixement i de l'ocupació, ha introduït canvis importants en el marc de la protecció per atur dels treballadors fixos discontinus, i l'Acord sobre mesures en matèria de seguretat social, de 13 de juliol de 2006, signat entre el Govern i els agents socials, preveu canvis importants futurs —de caràcter restrictiu i destinats a intentar reduir el nivell de frau— en el marc de la jubilació parcial.

Per acabar, des de la perspectiva del marc regulador cal tenir presents tres elements:

1) Que el fet que s'hagin produït diverses reformes legals en els últims anys implica —com a conseqüència d'allò establert en les diverses disposicions transitòries que acompanyaven les reformes esmentades— que existeixen contractes a temps parcial plenament vigents subjectes a diferents règims jurídics, fet que no representa, òbviament, la millor situació possible, ja que dificulta —en alguns casos enormement— la gestió dels recursos humans, tant de les empreses privades com de les administracions públiques (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 8-9).

2) Que cal tenir en compte que, com a regla general i com a conseqüència també —com veurem més endavant— del desig de la mateixa llei que el conveni col·lectiu pugui tenir un paper important en el marc del treball a temps parcial. No obstant això, el paper que fins ara han assumit en aquesta matèria els convenis col·lectius de les entitats locals catalanes ha estat mínim.

3) Des d'una perspectiva més general, cal tenir molt en compte que, encara que la normativa legal esmentada en aquest apartat és directament aplicable en el marc de les entitats locals —que assumeixen, com sabem, el paper d'empresari quan contracten personal laboral—, es tracta d'una normativa pensada principalment per a les empreses privades. En conseqüència, alguns dels seus continguts i algunes de les seves figures són molt difícilment traslladables a l'àmbit de les entitats locals.

Al nostre entendre, resta encara pendent l'adaptació de la figura del treball a temps parcial —molt important, sens dubte— al marc de les administracions públiques i, més concretament, a l'àmbit de les entitats locals, tant des de la perspectiva de la normativa laboral com des del vessant de la figura funcional.

7.1.2. Delimitació del supòsit de fet

Tal com assenyala el vigent article 12.1 ET, el contracte de treball s'entén formalitzat a temps parcial quan s'hagi acordat la prestació de serveis durant un nombre d'hores al dia, a la setmana, al mes o a l'any, inferior a la jornada de treball d'un «treballador a temps complet comparable».

En aquest àmbit, cal destacar que amb aquesta definició es torna, en gran manera, al concepte de *treball a temps parcial* previ a la important reforma portada a terme pel Reial decret llei 15/1998, tot i que s'introdueix un element distint —i certament

complex—: la utilització com a paràmetre de comparació, a l'efecte de determinar si es tracta efectivament d'un contracte a temps parcial, del concepte de *treballador a temps complet comparable*, concepte que, no obstant això i de manera molt encertada, defineix la mateixa Llei i que té el seu origen en la Directiva 97/81/CE del Consell, de 15 de desembre de 1997, sobre treball a temps parcial.²⁸²

Cal tenir en compte, així mateix, que aquest nou concepte de *treball a temps parcial* introdueix una major flexibilitat en la regulació, atès que recull precisament una definició més laxa del que cal entendre com a tal. I això es deu al fet que s'evita qualsevol delimitació tallant i rígida respecte al contracte a temps complet, s'evita el topall de dedicació i s'obvia, com a jornada de referència, l'al·lusió estricta al conveni col·lectiu o, si no n'hi ha, a la normativa legal. I al costat d'això, s'inclouen elements de major flexibilitat en el règim jurídic del contracte, fonamentalment en el marc de la distribució del temps de treball (per mitjà d'exigències menors en els requisits de formalització del contracte i d'una major flexibilitat en la determinació de les hores complementàries) (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 32).

En aquest punt cal tenir present que el legislador ha optat pel mòdul de referència de jornada més ampli possible en la determinació del contracte de treball a temps parcial. Aquest, com hem vist, pot ser diari, setmanal, mensual o anual, cosa que permet qualsevol tipus de distribució inicial del temps de treball dintre de les possibilitats de determinació del temps de treball que estableix l'article 34 ET. No obstant això i tenint en compte el que es disposa en la Directiva 97/81/CE —que preveu expressament que la jornada màxima de referència és l'anual—, no és possible preveure criteris de referència plurianual.

Partint de tot això, s'entén per *treballador a temps complet comparable* el treballador a temps complet de la mateixa empresa o entitat i centre de treball, amb el mateix tipus de contracte de treball i que realitza un treball idèntic o similar. Cal afegir a això que, si a l'empresa o entitat no n'hi ha cap treballador comparable a temps complet, s'ha de tenir en compte la jornada a temps complet prevista en el conveni col·lectiu aplicable o, si no n'hi ha, la jornada màxima legal.

282. En efecte, en l'article 3 de la Directiva s'afirma que «[...] s'entendrà per treballador a temps parcial un treballador assalariat la jornada de treball del qual, calculada sobre una base setmanal o com mitja d'un període d'ocupació de fins un màxim d'1 any, tingui una durada inferior a la d'un treballador a temps complet comparable», i es defineix el treballador a temps complet comparable com «[...] un treballador assalariat a temps complet del mateix establiment que tingui el mateix tipus de contracte o relació laboral i un treball o ocupació idèntic o similar tenint en compte d'altres consideracions com ara l'antiguitat i les qualificacions o competències [...]». En relació amb les diferències existents entre el concepte del dret comunitari i el recollit en l'article 12 ET, vegeu Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 33-35.

Això implica que, en el cas d'una entitat local, és «treballador a temps complet comparable» el que treballa en la mateixa entitat local i centre de treball, amb el mateix tipus de contracte i que realitza un treball idèntic o similar. I, lògicament, el lloc de treball a temps parcial ha d'haver estat definit i identificat expressament com a tal.

En aquest àmbit sorgeixen, no obstant això, alguns dubtes d'abast general.

En primer lloc, com s'ha d'interpretar l'exigència que el treballador a temps complet comparable tingui el mateix «tipus de contracte» que el treballador que pretenem contractar a temps parcial. Això és, podríem entendre que si el nostre objectiu és contractar un treballador a temps parcial per temps indefinit, el treballador comparable serà un treballador a temps complet contractat per temps indefinit; per contra, si el nostre objectiu és contractar un treballador a temps parcial temporal, l'element de comparació serà simplement un treballador a temps complet contractat temporalment.

No obstant això, la solució no és tan fàcil, ja que cal preguntar-se si és necessari també que el treballador a temps parcial i el treballador a temps complet que actua com a paràmetre de comparació tinguin la mateixa modalitat de contracte, és a dir, que ambdós hagin estat contractats, per exemple, per obra o servei determinat o per interinitat, de manera que no es poden comparar entre si un treballador a temps parcial contractat per obra o servei determinat (art. 15.1a ET) i un treballador a temps complet contractat per circumstàncies del mercat (art. 15.1b ET).

En aquest punt i fent una interpretació literal del contingut de l'article 12.1 ET, cal entendre que és imprescindible, per poder fer la comparació esmentada, que es tracti no només de treballadors contractats temporalment, sinó també que s'hagi utilitzat en ambdós casos la mateixa modalitat de contracte. Aquesta opció, no obstant això, limita els supòsits en què serà possible identificar un treballador a temps complet comparable.

En segon lloc, es defineix amb uns termes més amplis el requisit que el treballador a temps complet comparable ha de realitzar un «treball idèntic o similar», ja que no s'exigeix que desenvolupi el mateix tipus de treball que el treballador a temps parcial, amb la qual cosa es facilita la identificació del treballador comparable.

Òbviament, el terme *treball similar* amplia enormement el marc d'actuació, tot i que també planteja el problema de delimitar fins a quin punt un treball pot ser «similar» a un altre en aquest àmbit. I cal afegir també que és possible que es pretengui encarregar diverses tasques al treballador a temps parcial, cosa que dificulta enormement la identificació del o dels diversos treballadors a temps complet comparables.

En fi, en aquesta qüestió cal afegir també que la referència legal al treball «idèntic o similar» abasta qualsevol condicionament de la jornada de treball en els supòsits d'ampliació o restricció de la jornada per compliment de jornades especials (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 41).

En tercer lloc, destaca el fet que l'ET pren com a premissa la mateixa empresa o entitat i el mateix centre de treball (o la mateixa entitat local i el mateix centre de treball), cosa que no impedeix, no obstant això i si existeix, que es tingui en compte la regulació aplicable en unitats inferiors, com per exemple seccions, departaments, unitats productives o llocs de treball.²⁸³

En quart lloc, es planteja el dubte de determinar si, en el cas d'un contracte temporal, la jornada objecte de comparació ha de ser l'existent efectivament durant la vigència del contracte o, per contra, la prevista amb caràcter general en la font de determinació de la jornada del treballador comparable. En aquesta qüestió, la doctrina (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 36-37) sosté, postura que compartim, que el paràmetre que s'ha de tenir en compte és, únicament i exclusivament, la jornada exigida durant la vigència del contracte de treball.

D'altra banda, cal tenir en compte que l'element de referència és, exclusivament, el treballador a temps complet comparable, amb independència de la forma —individual o col·lectiva— en què s'hagi establert la jornada que ha de complir aquest treballador. Aquest plantejament oblida —o no hi dóna importància— que és possible que el treballador gaudeixi d'una jornada de treball inferior a la que seria habitual com a conseqüència del reconeixement d'una condició més beneficiosa,²⁸⁴ alhora que difumina la frontera entre el treballador a temps parcial i aquell treballador —subjecte al règim de

283. Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 38-39, afirma que «[...] evidentment, si el conveni col·lectiu, per exemple, pren en consideració d'altres elements per determinar el temps de treball, seran aquests els que necessàriament s'hagin de tenir en compte per determinar el concepte de *treballador comparable* i, el que és més important, la mateixa consideració de treball a temps parcial [...]».

284. Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 37, afirma: «[...] d'aquesta manera, en la mesura en què un treballador comparable pugui gaudir d'una jornada de treball inferior per una condició més beneficiosa pot dificultar la determinació del mateix contracte a temps parcial o, si més no, qüestionar l'oportunitat d'aquesta definició. Essent així, és evident que amb l'actual definició de contracte a temps parcial es dificulta en gran manera la distinció entre contracte a temps parcial i condició més beneficiosa en matèria de jornada. Això, que ha estat una constant en relació amb la definició del contracte a temps parcial —sobretot en els supòsits en què la seva definició no ha depès de topalls màxims de dedicació— s'incrementa en aquesta ocasió en la mesura en què la jornada de referència sobre la qual es defineix el contracte a temps parcial s'individualitza en la del treballador comparable.»

treball a temps complet— que gaudeix d'una jornada inferior com a conseqüència d'una condició més beneficiosa, amb la qual cosa es converteix en certa manera disponible per les parts el règim del treball a temps parcial (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 44).

I, finalment, l'article 12 ET preveu l'aplicació supletòria de la jornada a temps complet prevista en el conveni col·lectiu aplicable o, si no n'hi ha, la jornada màxima legal recollida en l'article 34 del text refós esmentat.

En aquest punt es planteja el problema següent: si arriba a aplicar-se aquest règim supletori, la referència al conveni col·lectiu ha d'interpretar-se en un sentit ampli que inclogui, per tant, no només els convenis col·lectius estatutaris —negociats conforme a allò establert en el títol III ET—, sinó també altres tipus d'acords col·lectius, o bé, per contra, ha d'interpretar-se de manera estricta i s'ha de considerar únicament aplicable, per tant, el conveni col·lectiu estatutari.

A aquest efecte, cal fer una interpretació literal del que es disposa en l'article 12 ET. Per tant, si no s'identifica un treballador a temps complet comparable, s'ha de recórrer només a allò que es disposa en el conveni col·lectiu estatutari i, si no n'hi ha, a la jornada màxima legal. Probablement, tenint en compte la flexibilitat amb què es regula la jornada en l'article 34 ET, no és aquesta la millor solució, però sí que és, al nostre entendre, la més respectuosa amb el tenor legal.

7.1.3. Les modalitats del contracte a temps parcial

Malgrat que sovint es pensa que el contracte de treball a temps parcial és una modalitat de contracte que es pot sumar als contractes per temps indefinit, temporals i formatius, en realitat es tracta simplement d'una fórmula contractual que permet, com hem vist, una reducció de la jornada habitual de treball en l'àmbit de què es tracti. Això implica que el contracte a temps parcial *per se* no existeix, sinó que ens trobarem sempre davant d'un contracte indefinit a temps parcial, o davant d'un contracte temporal (per obra o servei, eventual, de pràctiques...) a temps parcial.

L'única excepció és la del contracte per a la formació, en el qual no és possible, tal com assenyala expressament l'article 12.2 ET, concertar a temps parcial. Possiblement aquesta prohibició té com a objectiu garantir la plena formació del treballador contractat. En efecte, tal com ha assenyalat la doctrina (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 49), el fonament d'aquesta exclusió sembla que és la finalitat d'in-

serció professional del contracte per a la formació, així com la percepció precària de les condicions de treball pròpies del contracte a temps parcial.

I, al costat d'aquest, també presenta especialitats el contracte d'interinitat, que només pot formalitzar-se a temps parcial quan se substitueix un treballador contractat a temps parcial, quan es tracta de cobrir temporalment una vacant la cobertura definitiva de la qual es farà a temps parcial, o bé quan el contracte es formalitza per complementar la jornada reduïda dels treballadors que exerciten el dret previst en l'article 37.5 ET (reducció de la jornada per cura de fills o familiars), i en aquells altres supòsits en què, de conformitat amb allò establert per la llei o per un conveni, s'hagi acordat una reducció temporal de la jornada del treballador substituït (art. 5.2 RCT).

Aquesta limitació del recurs al treball a temps parcial en el cas de la interinitat s'ha d'interpretar de manera restrictiva, ja que exclou supòsits com per exemple la contractació de diferents treballadors a temps parcial per substituir un treballador a temps complet o la conversió temporal d'un contracte a temps parcial en un contracte a temps complet durant la substitució d'un treballador a temps complet amb reserva del lloc de treball.²⁸⁵

Tot això implica, per tant, que la durada del contracte de treball a temps parcial depèn de la durada del contracte al qual està vinculat. És a dir, si es tracta d'un contracte indefinit, tindrà una durada indefinida, i si es tracta, per exemple, d'un contracte a temps parcial per obra o servei determinat, la durada serà la de la realització de l'obra o el servei de què es tracti.

Cal preguntar-se, no obstant això, quines són les conseqüències que es deriven de la contractació d'un treballador a temps parcial i sobre la base d'una de les causes temporals previstes en l'article 15 ET, quan la causa de temporalitat no existeix realment.

En aquest àmbit s'aplica la solució que es preveu amb caràcter general i que s'ha analitzat anteriorment. Per tant, el treballador contractat es considera indefinit no fix. La mateixa solució s'aplica en el cas que es produeixi qualsevol altre tipus d'irregularitat en la contractació temporal a temps parcial. En aquest sentit, el Tribunal Suprem afirma que «[...] la causa de la temporalitat del contracte no només ha d'existir, sinó

285. Cal tenir present, no obstant això, que la STSJ de Castella-la Manxa de 16 de desembre de 2002 (JUR 2003/62309) admet la substitució d'un treballador a temps complet de la Conselleria d'Educació de la Junta de Castella-la Manxa per un treballador interí a temps parcial.

que a més ha de ser recollida i expressada en el document que reflecteix el contracte, ja que si aquest document no diu res sobre la causa determinant del contracte i, en conseqüència, sobre la modalitat de contractació temporal utilitzada, en principi s'ha de tenir per inexistent, de manera que s'haurà de presumir que ens trobem davant d'un nexa contractual de naturalesa indefinida. I això és el que s'esdevé en el supòsit de les actuacions, atès que, tot i que en la clàusula sisena del contracte s'afirma que "la durada del contracte serà de [...] 6 mesos", no obstant això no precisa ni concreta quina és la causa que justifica i fonamenta aquesta durada determinada. Per això, com que en el contracte no consta ni la modalitat de contracte temporal que s'empra ni la causa de la durada limitada, és forçós concloure que l'esmentada clàusula sisena no té validesa i que la relació laboral de les actuacions és de caràcter indefinit [...] el contracte ha de ser qualificat com a indefinit, però no se li pot reconèixer el caràcter de fix [...]».²⁸⁶

En definitiva, una entitat local pot recórrer, tenint en compte tots els condicionaments possibles, a la modalitat del contracte de treball a temps parcial tant en el marc del treball indefinit com en el del treball temporal, amb l'excepció del contracte per a la formació.

Finalment, en aquest punt cal tenir en compte que, conforme a l'article 12.3 ET, el contracte a temps parcial s'entén formalitzat per temps indefinit quan es concerta per realitzar treballs fixos i periòdics dintre del volum normal d'activitat de l'empresa o entitat. En un apartat posterior tractarem sobre aquest tipus de contracte de treball a temps parcial —denominat *fix periòdic*— i la seva complexa relació amb el contracte de treball fix discontinu, regulat actualment en l'article 15.8 ET.

Cal afegir que també presenta especialitats des del punt de vista temporal el contracte de treball a temps parcial que es formalitza amb un treballador jubilat parcialment, tal com es preveu en l'article 12.6 ET. Tractarem aquestes especialitats quan analitzem les figures de la jubilació parcial i el contracte de relleu.

7.1.4. La forma del contracte a temps parcial

Amb caràcter general, el contracte de treball a temps parcial ha de formalitzar-se necessàriament per escrit, conforme a allò establert en els articles 8.2 i 12.4a ET, i en el model oficial. Al costat d'això, en el contracte han de constar el nombre d'hores

286. STS de 2 de març de 2002 (Ar. 2002/3808).

ordinàries de treball contractades al dia, a la setmana, al mes o a l'any, i la seva distribució. En el cas de les entitats locals, prèviament al compliment d'aquest tràmit formal hi ha, lògicament, un pas que no analitzarem i que consisteix en el mateix procediment de provisió del lloc de treball a temps parcial, procediment que es regeix pels principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat.

Així doncs, si el contracte a temps parcial no es formalitza per escrit o no hi consten les dades exigides per la llei, es considera a jornada completa, excepte si hi ha una prova en sentit contrari que acrediti el caràcter a temps parcial dels serveis prestats.²⁸⁷ Òbviament, la prova, si escau, correspon normalment a l'ocupador. També cal afegir que, a diferència del que passa en el supòsit dels contractes temporals recollits en l'article 15 ET, en aquest àmbit la prova en sentit contrari no pot fonamentar-se en unes raons organitzatives preexistents que justifiquin la concertació d'aquesta modalitat contractual, ja que aquesta mateixa es basa en la mera autonomia de les parts, sinó que cal admetre qualsevol mitjà de prova que acrediti tant el caràcter parcial dels serveis contractats com la seva distribució horària. Amb això es devalua l'abast de la sanció prevista (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 53).

En aquest punt cal també preguntar-se com s'ha d'interpretar l'exigència legal que en el contracte consti no només el nombre d'hores ordinàries de treball, sinó també la seva «distribució».

En aquest sentit, la doctrina defensa l'aplicació de les mateixes regles —marcades per la flexibilitat— que actuen en el marc del treball a temps complet, cosa que exclou, per exemple, la necessitat d'una concreció minuciosa d'aquesta distribució. Aquesta circumstància permet l'aparició de les situacions següents: a) la distribució irregular de la jornada de treball pactada en el contracte; b) l'aplicació de les previsions del conveni col·lectiu sobre la distribució irregular de la jornada de treball, i c) la possibilitat de modificació de la jornada i l'horari establerts sempre que no es tracti d'una alteració de la modalitat contractual (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 58-59).

També cal tenir en compte que no formalitzar el contracte a temps parcial per escrit constitueix una infracció greu de l'ocupador, conforme a allò establert en l'article 7.1 LIS. Aquesta conducta és sancionable amb una multa de 300,51 € a 601,01 € en el seu grau mínim, de 601,02 € a 1.502,53 € en el seu grau mitjà i de 1.502,54 € a 3.005,06 € en el seu grau màxim. També cal afegir que, en el cas d'un excés de jorna-

287. Entre d'altres, vegeu la STSJ de Galícia de 3 de desembre de 2003 (JUR 2004/58836).

da, aquesta conducta és difícilment sancionable administrativament, com a conseqüència dels termes genèrics emprats pels apartats 2 i 5 de l'esmentat article 7 LIS.

Pel que fa a aquesta qüestió, cal tenir present que els tribunals mantenen de manera uniforme la tesi que declara que, en cas que s'excedeixi la jornada a temps parcial contractada, el contracte a temps parcial es converteix en un contracte a temps complet, llevat que hi hagi una prova en sentit contrari que acrediti el caràcter parcial dels serveis. La base legal d'aquesta tesi es troba en l'article 12.4a ET.²⁸⁸

Cal tenir en compte també que els tribunals consideren que l'excés de jornada esmentat no transforma el contracte en indefinit, sinó en contracte a temps complet, sens perjudici del dret a reclamar les diferències retributives corresponents per la jornada realitzada en excés.²⁸⁹ Això suposa, tanmateix, que en el supòsit d'un contracte temporal a temps parcial on s'hagués produït un excés de jornada, s'aplica una doble presumpció: es considera indefinit (indefinit no fix en el cas de les corporacions locals) quan la causa temporal no existeixi o no s'aconsegueixi provar, i a temps complet —llevat que es provi el caràcter parcial de la prestació de serveis.

Finalment, cal tenir present que en aquest tipus de contracte també és aplicable l'article 15.2 ET, segons el qual es considera per temps indefinit (indefinit no fix, en el cas de les corporacions locals) i a jornada completa un contracte temporal a temps parcial quan el treballador no ha estat donat d'alta a la seguretat social i ha transcorregut

288. Entre d'altres, vegeu la STSJ de Catalunya de 21 de novembre de 2002 (JUR 2003/19662), que diu: «[...] la sentència d'instància reconduïx la controvèrsia a examinar si en el cas concret concorre alguna circumstància que provi que la jornada era a temps parcial i pugui ser prova en sentit contrari de la presumpció que estableix l'article 12.4.a) de l'ET, i conclou que els tornos no són incommunicats i que s'han prestat serveis de manera sistemàtica més de set hores al dia, la qual cosa ha arribat fins i tot a formalitzar-se. Si a tot això afegim que no són possibles les hores extraordinàries en aquesta contractació a temps parcial, s'ha de concloure en el sentit de confirmar la sentència, tot això amb independència dels pactes que puguin assolir-se pel que fa a la distribució de la jornada o la cobertura de les diferents necessitats de l'empresa en determinats períodes de l'any, però, en tot cas, haver sobrepassat la jornada estipulada de manera sistemàtica i no haver provat el temps parcial dels treballs, més enllà de l'al·legació que es fan dos tornos en el centre hospitalari, ha de portar a la conclusió de confirmar la sentència d'instància, que correctament ha aplicat la conseqüència prevista en l'art. 12.4.a de l'ET. [...]» Vegeu també les sentències del TSJ de Catalunya de 27 de febrer de 2003 (JUR 2003/117166), de la Comunitat Valenciana de 10 d'abril de 2003 (JUR 2003/56701) i de Madrid de 17 de setembre de 2002 (JUR 2002/281517).

289. STSJ de Madrid de 6 d'abril de 2001 (JUR 2001/187613): «[...] en aplicació d'allò disposat en l'art. 12.4 de l'ET, la realització d'una jornada de treball superior a la fixada en el contracte no transforma aquest en indefinit, sinó, com a màxim, en contracte temporal a temps complet, sense perjudici del dret a reclamar les corresponents diferències retributives per aquesta jornada realitzada en excés.» Sobre la reclamació retributiva a l'Administració pública, vegeu la STSJ d'Aragó de 3 de juny de 2002 (JUR 2002/200981).

un termini igual al període de prova corresponent. Aquesta presumpció, no obstant això, admet una prova en sentit contrari que demostrï la naturalesa temporal de les activitats o els serveis contractats i/o el seu caràcter a temps parcial.²⁹⁰ En aquest sentit, els tribunals han manifestat que «[...] la conclusió que el contracte és fraudulent no ve donada en relació amb la seva causa la temporalitat de la qual es discuteix, sinó en relació amb el fet que no s'havia produït l'alta en la seguretat social de la treballadora, que va prestar serveis per un període superior a un mes —període màxim de prova en la contractació temporal— sense ser donada d'alta en el sistema, tot això amb les conseqüències que implica quant a la indefinició del contracte, amb les excepcions de la prova en sentit contrari tant de la temporalitat com del temps parcial o no i amb l'excepció efectivament que en l'Administració no pot declarar-se la fixesa sense accés per mèrit i capacitat, sinó si escau la indefinició de la contractació fins a la concurrència d'una causa legal d'extinció [...]».²⁹¹

7.1.5. Les condicions de treball

En relació amb les condicions de treball en el cas d'un contracte de treball a temps parcial, destaca el fet que l'article 12 ET es limita només a regular-ne algunes, a més que inclou una clàusula genèrica sobre els drets que tenen els treballadors a temps parcial. Pel que fa als aspectes no regulats, s'aplica la normativa general, ja sigui provinent d'un conveni col·lectiu, ja sigui provinent d'una llei.

Referent a això, cal assenyalar en primer lloc que l'esmentat article 12, en el seu apartat 4, regula algunes qüestions vinculades amb l'ordenació del temps de treball; així, es preveu que:

a) En el treball a temps parcial la jornada diària pot fer-se de manera continuada o partida. Així mateix, quan el contracte a temps parcial comporta una jornada diària inferior a la dels treballadors a temps complet i aquesta es fa de manera partida, només és possible fer una única interrupció en aquesta jornada diària, tret que es disposi una altra cosa en el conveni col·lectiu sectorial o, si no n'hi ha, en un d'àmbit inferior.

290. STSJ de Galícia de 3 de desembre de 2003 (JUR 2004/58836).

291. STSJ de Catalunya de 18 de desembre de 2002 (JUR 2002/34600).

b) Els treballadors a temps parcial no poden fer hores extraordinàries, llevat dels supòsits previstos en l'article 35.3 ET, això és, l'excés de les hores treballades per prevenir o reparar sinistres o altres danys extraordinaris i urgents, hores que es compensen com a extraordinàries. No obstant això, cal tenir en compte que, com veurem més endavant, la prohibició de fer hores extraordinàries pot compensar-se, quan així es pacti, mitjançant la figura de les hores complementàries, figura que, a més, s'ha anat flexibilitzant amb el temps.

Aquesta prohibició no és aplicable, segons l'opinió de la doctrina, en el cas dels treballs fixos periòdics. Per contra, sí que s'aplica en el supòsit de reducció de jornada a instàncies del treballador i en els casos de jubilació parcial i de contracte de relleu a temps parcial (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 61), supòsits tots de treball a temps parcial.

D'altra banda, en el cas que es facin hores extraordinàries —i no es tracti del supòsit previst en l'article 35.3 ET—, ha de portar-se a terme la corresponent cotització a la seguretat social i aquestes hores han de ser compensades econòmicament o amb descans, d'acord amb l'esmentat article 35 ET.

En segon lloc, la llei també preveu que els convenis col·lectius estableixin les mesures necessàries per facilitar l'accés efectiu dels treballadors a temps parcial a la formació professional continuada, a fi d'afavorir la seva progressió i la seva mobilitat professionals (art. 12.4f ET). No hi ha cap dubte que amb això es pretén insistir en la necessitat d'articular les mesures necessàries per garantir que el recurs al treball a temps parcial no signifiqui un perjudici per al treballador des de la perspectiva de la seva promoció professional. No es pot oblidar tampoc que en el nostre mercat de treball una de les manques principals és el baix nivell de formació que tenen alguns col·lectius importants de treballadors.

La resta de les condicions de treball no es regulen de manera específica, i això implica que és d'aplicació, com hem vist, el règim jurídic general, no només l'establert per la llei, sinó també l'establert pel conveni col·lectiu corresponent: cal acudir, per tant, al conveni col·lectiu que sigui d'aplicació.

En aquest sentit, en l'article 12.4d ET es preveu que els treballadors a temps parcial tenen els mateixos drets que els treballadors a temps complet. Amb això es recull el principi d'igualtat de tracte i no-discriminació entre treballadors a temps complet i treballadors a temps parcial, present ja en la Directiva 97/81/CE i que es troba en la regulació vigent sobre treball a temps parcial. L'aplicació d'aquest principi ha plantejat

—i segueix plantejant— disfuncions o manques, especialment en el marc de la protecció de la seguretat social.

No obstant això, també s'ha de tenir en compte que els drets previstos en les disposicions legals i reglamentàries i en els convenis col·lectius, segons quins siguin, han de ser reconeguts, quan la seva naturalesa ho comporti, de manera proporcional al temps treballat. Referent a això, cal destacar que l'aplicació d'aquest principi de proporcionalitat ha de fer-se de manera restrictiva (això és, només quan ho prevegi expressament una norma legal, reglamentària o un conveni col·lectiu), de manera que el que preval és el principi d'igualtat de tracte entre ambdós tipus de treballadors (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 15).

En efecte, tal com assenyala la doctrina, l'aplicació del principi de proporcionalitat està subjecta a una sèrie de condicionaments, com són «que la naturalesa del dret permeti la seva aplicació», «que s'estableixi la regla de proporcionalitat» i «que la proporcionalitat s'apliqui en funció del temps treballat» (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 64).

En aquesta qüestió, els tribunals han assenyalat, per exemple, que els treballadors a temps parcial tenen dret a la quantia total dels complements de transport, neteja i calçat previstos per un conveni col·lectiu, atès que «[...] el precepte esmentat de l'ET preveu expressament el principi d'igualtat de tracte amb l'excepció que una disposició legal o convencional disposi expressament el contrari, i s'ha de posar en relleu que els complements de transport, neteja de roba i calçat, com assenyala el jutge d'instància i ressalta la part impugnant del recurs, no retribueixen el treball per unitat de temps, raó per la qual aquests conceptes extrasalarials no es poden considerar sotmesos a les vicissituds de cap unitat de temps en el treball, tant si és reduït o ampliat com si és habitual, raó per la qual escau rebutjar el motiu i confirmar la sentència d'instància [...]».²⁹² O bé que el complement d'antiguitat (trienni) s'ha de calcular de manera proporcional a la jornada feta per la treballadora, d'acord amb l'article 12 ET i el corresponent conveni

292. STSJ de Canàries de 19 de febrer de 2003 (AS. 2003/1721).

col·lectiu de l'ajuntament implicat.²⁹³ Cal destacar que alguna sentència deixa la porta oberta que, mitjançant un conveni col·lectiu, s'estableixi el cobrament proporcional a la jornada d'aquest tipus de complements extrasalarials.²⁹⁴

En definitiva, els treballadors a temps parcial contractats per un ens local tenen dret, amb caràcter general, a gaudir de les mateixes condicions laborals que els treballadors a temps complet, condicions laborals que es regeixen tant per la normativa legal general com pel conveni col·lectiu concret aplicable en l'ens local.

7.1.6. Conversió de contractes i mobilitat

Com a conseqüència, molt probablement, de la complexa problemàtica que planteja el contracte de treball a temps parcial i com a desenvolupament del contingut de la Directiva 97/81/CE sobre treball a temps parcial, el vigent article 12 ET regula els mecanismes de conversió d'un contracte a temps complet en un contracte a temps parcial i viceversa.

En aquesta qüestió, es parteix amb caràcter general de la important premissa que la conversió d'un treball a temps complet en un treball a temps parcial i viceversa té sempre caràcter voluntari per al treballador, de manera que l'empresari no la pot impo-

293. STSJ d'Aragó de 7 de juliol de 2003 (JUR 2004/139139): «[...] conforme al valor del trienni que així mateix declara en ferm la sentència, 15,53 euros, l'import de 6 triennis pel dit valor és de 93,18 euros i el 75 % d'aquesta quantitat és de 69,89 euros, que és, justament, l'import abonat per triennis per l'empresa demandada. El càlcul és el procedent, ja que si la jornada és reduïda a un 75 %, és clar que l'import salarial corresponent, inclòs el complement d'antiguitat, durant el període d'aquesta jornada reduïda, és també reduït proporcionalment. Així es disposa en l'art. 12.5.d de l'ET, en relació amb el treball a temps parcial, i s'infereix d'allò que es disposa sobre les reduccions de jornada en l'art. 22 del Conveni de l'Ajuntament [...]»

294. És el cas de la STSJ de Canàries de 3 d'octubre de 2002 (JUR 2002/283231): «[...] es desprèn que es refereixen als treballadors en general, sense fer distincions sobre si estan vinculats a l'empresa amb contractes de jornada completa (40 hores setmanals) o a temps parcial (20 hores setmanals), i molt menys si la jornada en el treball es realitza en un o altre supòsit de manera continuada o partida, d'on es dedueix que la norma estableix amb gran claredat que els complements de transport, calçat i vestit han de percebre's íntegres amb independència de la jornada total o parcial que realitzi cadascun dels treballadors. I tot això ha de ser així perquè l'ET, en l'art. 12.4.a), estableix com a principi general que els treballadors a temps parcial tindran els mateixos drets que els treballadors a temps complet, principi que el mateix article s'encarrega de matisar tot seguit dient que, quan correspongui en atenció a la seva naturalesa, tals drets poden ser reconeguts en les disposicions legals i reglamentàries, així com en els convenis col·lectius, de manera proporcional, en funció del temps treballat; i en aquest cas no hi ha en el conveni col·lectiu cap excepció a la regla o principi general estatutari, i per tant és d'aplicació la màxima jurídica que *ubi lex no distinguit nec nos distinguere debemus*, llevat que les parts negociadores del conveni modifiquin en el futur els preceptes del conveni denunciats com a infringits [...]»

sar de manera unilateral o com a conseqüència d'una modificació substancial de les condicions de treball a l'empared del que es disposa en l'article 41.1a ET.²⁹⁵ Amb això es pretén, sens dubte, protegir el treballador i garantir que tota conversió contractual sigui plenament voluntària i volguda per ambdues parts.

Amb el mateix objectiu anterior també es preveu que el treballador no pot ser acomiadat ni pot patir cap altre tipus de sanció o efecte perjudicial pel fet de rebutjar la conversió contractual proposada pel seu ocupador, sens perjudici de les mesures que, de conformitat amb els articles 51 i 52c ET, puguin adoptar-se per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció. Això implica que, si bé el treballador que no admet la conversió del seu contracte a temps complet en un contracte a temps parcial —supòsit que pot donar-se més freqüentment— no pot ser sancionat, acomiadat o perjudicat pel fet d'haver adoptat aquesta decisió, sí que pot ser acomiadat (en el cas de les empreses privades) si té lloc el corresponent pressupòsit de fet, ja sigui per mitjà de l'acomiadament col·lectiu —art. 51 ET—, ja sigui mitjà de l'acomiadament per causes empresarials —art. 52c ET. Per tant, no existeix una garantia total d'indemnitat.

En el cas que es produeixi un acomiadament com a resposta a la negativa del treballador a la conversió contractual corresponent, aquest acomiadament s'ha de qualificar com a improcedent, i no com a nul, ja que aquesta no és pas una de les causes que donen lloc a l'acomiadament disciplinari nul (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 71).

També cal afegir que, malgrat la referència legal expressa a la impossibilitat de recórrer a la via de l'article 41.1a ET per portar a terme una conversió contractual, el fet que la frontera entre el treball a temps complet i el treball a temps parcial s'hagi difuminat en gran manera —com a conseqüència de l'amplitud amb la qual actualment es defineix l'últim tipus de treball— permet recórrer a aquest precepte per portar a terme la modificació unilateral no només de la distribució del temps de treball, sinó també de la dedicació pactada, sempre que no suposi una conversió contractual.²⁹⁶

295. «La direcció de l'empresa, quan hi hagi provades raons econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció, pot acordar modificacions substancials de les condicions de treball. Tenen la consideració de modificacions substancials de les condicions de treball, entre d'altres, les que afecten les matèries següents: a) Jornada de treball [...]» Vegeu la STSJ d'Andalusia/Granada de 16 d'abril de 2001 (AS. 2001/2509).

296. S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 17 i 70-71, considera, no obstant això, que no és possible una modificació substancial de la dedicació del treballador que no suposa una conversió contractual.

Així mateix, cal tenir en compte que, encara que el destinatari natural de la prohibició de recórrer a la via de l'article 41 ET és l'empresari o ocupador, tampoc no es pot oblidar que aquesta prohibició és també aplicable als mateixos treballadors. Per tant, no existeix un dret del treballador a convertir el seu contracte de treball a temps complet en un contracte a temps parcial si no és en els supòsits previstos en l'article 37 ET o d'acord amb la possible regulació convencional recollida en l'article 12.4g ET (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 71).

D'altra banda, amb l'objectiu de facilitar la mobilitat voluntària en el treball a temps parcial, la llei preveu l'obligació de l'empresari d'informar els treballadors sobre l'existència de llocs de treball vacants —en principi, es tractaria de vacants definitives—,²⁹⁷ de manera que aquells puguin formular sol·licituds de conversió voluntària d'un treball a temps complet en un treball a temps parcial i viceversa. Els treballadors també poden formular sol·licituds dirigides a incrementar el temps de treball que tinguin assignat com a treballadors a temps parcial. Tot això, de conformitat amb els procediments que s'estableixin en els convenis col·lectius sectorials o, si no n'hi ha, en els d'àmbit inferior.²⁹⁸ Cal assenyalar que aquest tipus de procediment és pràcticament inèdit en la negociació col·lectiva recent.

D'altra banda, també s'estableix que els treballadors que hagin acordat la conversió voluntària d'un contracte de treball a temps complet en un altre a temps parcial o viceversa i que, en virtut de les informacions assenyalades anteriorment, sol·licitin la tornada a la situació anterior, tenen preferència per accedir als llocs de treball vacants d'aquesta naturalesa que existeixin corresponents al seu mateix grup professional o categoria equivalent, d'acord amb els requisits i procediments que s'estableixin en els convenis col·lectius sectorials o, si no n'hi ha, en els d'àmbit inferior. La mateixa preferència tenen els treballadors que hagin estat contractats inicialment a temps parcial i hagin prestat serveis com a tals en l'empresa o entitat durant tres o més anys —s'entén que ininterromputs (Del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 79)—, per a la cobertura d'aquelles vacants a temps complet corresponents al seu mateix grup professional o categoria equivalent. Cal tenir present que els tribunals consideren aquestes preferències també aplicables en el cas dels treballadors fixos discontinus.

297. S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 77, també defensa l'aplicació de l'obligació en el cas d'existència de vacants temporals.

298. Com a exemple d'interpretació de preferències previstes en un conveni col·lectiu, vegeu la STSJ de Catalunya de 30 d'abril de 2003 (AS 2003/2109).

En aquest punt cal assenyalar que els tribunals consideren les preferències previstes en l'article 12 ET compatibles amb les recollides en els convenis col·lectius. Tanmateix, si hi ha alguna contradicció, tenen preeminència les preferències de l'esmentat article 12. En aquest sentit, s'ha afirmat que «[...] el demandant és treballador fix discontinu [...] amb la categoria de peó de neteja i amb antiguitat en l'empresa demandada des de l'1-7-1987 [...] i que l'octubre de 1999 va sol·licitar cobrir amb preferència la vacant deixada per Fernando, el qual va desocupar una plaça a temps complet de caràcter indefinit [...] per la qual cosa, en aplicació d'allò establert en l'art. 12.4 de l'Estatut dels treballadors, escau apreciar la preferència del demandant a cobrir la plaça a temps complet de caràcter indefinit deixada pel treballador Fernando, sense que d'altra banda aquesta preferència es pugui desconèixer per l'empresa demandada, a l'empara d'allò establert en l'art. 22 del Conveni Col·lectiu [...]».²⁹⁹

No hi ha cap dubte que el mecanisme d'informació i conversió contractual dissenyat per l'article 12 ET és especialment interessant i té com a objectiu facilitar l'adaptabilitat dels contractes, des de la perspectiva temporal, a les noves necessitats que puguin sorgir. No obstant això, aquest mecanisme queda clarament difuminat com a conseqüència de tres fets:

a) En primer lloc, el fet que els requisits i procediments necessaris per posar en pràctica tant els canals d'informació sobre les vacants com la preferència en la conversió contractual es deixen a les mans dels convenis col·lectius, tasca que molt difícilment aquests assumiran.

b) En segon lloc i fonamentalment, el fet que el mateix article 12 preveu que, amb caràcter general, les sol·licituds de conversió han de ser preses en consideració, en «la mesura que es pugui», per l'empresari. La denegació de la sol·licitud corresponent ha de ser notificada per l'empresari al treballador, per escrit i de manera motivada. Això implica, per tant, que l'existència de la vacant corresponent i la presentació de la sol·licitud de conversió contractual corresponent no comporten que es procedeixi automàticament a la conversió, ja que la decisió queda a les mans, únicament i exclusiva, de l'empresari, l'única obligació del qual és prendre en consideració, en la mesura que pugui, la sol·licitud presentada i notificar per escrit i de forma motivada l'eventual negativa.

299. STSJ de la Comunitat Valenciana de 18 de juliol de 2002 (JUR 2003/155861).

c) L'incompliment de l'obligació d'informació per part de l'empresari només es considera una infracció lleu i, per tant, la sanció consisteix en una multa, de 30 a 60 € en el seu grau mínim, de 60,01 a 150,25 € en el seu grau mitjà i de 150,26 a 300,50 € en el seu grau màxim.

D'altra banda, en l'article 12.4g ET s'afirma que els convenis col·lectius sectorials i, si no n'hi ha, en els d'àmbit inferior, poden establir, si escau, requisits i especialitats per a la conversió de contractes a temps complet en contractes a temps parcial, quan això estigui motivat principalment per raons familiars o formatives.

També cal tenir molt present que els tribunals han assenyalat que l'incompliment empresarial de l'obligació d'informar un treballador sobre l'existència de vacants no suposa que el seu contracte a temps parcial es transformi en un contracte a temps complet o viceversa, ja que es tracta, simplement, d'una obligació de caràcter instrumental i, per tant, el que és preceptiu per a l'empresari és la informació, però no la conversió, de manera que l'incompliment de l'obligació instrumental —informar— no pot suposar el compliment forçós de l'obligació principal transformant el contracte a temps complet, segons l'article 1098 CC. En la mateixa línia, s'ha afirmat que la regulació legal de la conversió voluntària dels treballs a temps parcial en treballs a temps complet, o viceversa, no suposa el dret dels treballadors a la novació contractual, sinó que suposa que la possible denegació empresarial de la novació sol·licitada ha de ser comunicada per escrit i de manera motivada.³⁰⁰

En aquest sentit la jurisdicció ha manifestat que «[...] l'incompliment de l'obligació d'informar sobre l'existència de les vacants no dóna dret a ocupar una plaça a temps complet, ja que allò preceptiu per a l'empresari és la informació, però no la conversió, de manera que l'incompliment d'allò preceptuat com a obligació instrumental (informar perquè es pugui sol·licitar la novació del contracte) no pot suposar el compliment forçós de l'obligació principal i transformar-la a temps complet, segons l'article 1098 del Codi civil, que es diu infringit [...] Per aquest motiu, el segon paràgraf de la lletra *i* de l'apartat quart de l'article 12 disposa l'obligació de l'empresari d'informar els treballadors de l'empresa sobre els llocs de treball vacants, però aquesta és instrumental, com dèiem, de referides sol·licituds de conversió de temps parcial a temps complet. Amb tal propòsit, al·ludeix als convenis col·lectius sectorials o, si escau, als d'àmbit inferior per regular procedimentalment la mobilitat voluntària en el treball a temps parcial, concretant l'obligació empresarial (objecte, abast, forma, termini del compliment) i instrumentant

300. STSJ de Cantàbria de 13 de febrer de 2002 (JUR 2002/125235).

les sol·licituds, que comentem i que han de formular els treballadors. Però tal comunicació empresarial és tan sols instrumental de les sol·licituds i aquestes han de ser preses en consideració en la mesura que es pugui, de manera que es poden denegar per escrit i motivadament o bé es poden acceptar, supòsit en el qual es produirà l'acord novatori entre el treballador i l'empresari. És cert que els convenis col·lectius poden imposar obligacions de conversió contractual vinculants per a l'empresari, però en el supòsit actual no es justifica res en aquest sentit [...].³⁰¹

D'altra banda, cal preguntar-se quin tipus d'efectes tindria la conversió voluntària del contracte, ja sigui en els supòsits previstos per la llei com a dret del treballador —supòsits de reducció de jornada—, en els casos previstos en l'esmentat article 12.4g ET, ja sigui en els supòsits en què existeix un pacte entre l'empresari i el treballador. Referent a això, cal assenyalar el següent (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 66 i seg.):

a) En primer lloc, no ens trobaríem davant d'un nou contracte de treball, sinó davant d'una alteració substancial del contracte anterior, que continua vigent (si no fos així, sorgirien, per exemple, disfuncions importants en totes aquelles qüestions que tenen com a referent l'antiguitat del treballador). Aquesta possibilitat té el seu fonament en la important preeminència de l'autonomia de la voluntat dins del marc del contracte a temps parcial.

b) La conversió d'un contracte a temps complet en un contracte a temps parcial té com a conseqüència l'aplicació del principi de proporcionalitat respecte a la quantificació de les condicions de treball. Malgrat tot, hem de tenir en compte dos fets: 1) l'exigència, per tal d'aplicar el principi esmentat, que aquest estigui recollit expressament en una norma legal o en un conveni col·lectiu, i 2) que el còmput de l'antiguitat s'ha de fer de la mateixa manera que en el cas dels treballadors a temps complet.

c) El necessari caràcter voluntari de la conversió suposa que el treballador no es troba en situació legal d'atur.

No obstant això i malgrat els lloables objectius que persegueixen els mecanismes de conversió contractual i d'informació analitzats (flexibilitat, adaptabilitat contractual, estabilitat en l'ocupació del mateix treballador, etc.), cal preguntar-se, finalment, si aquests mecanismes són aplicables en el marc d'una Administració pública i, més concretament, en el d'una entitat local.

301. STSJ de Cantàbria de 13 de febrer de 2002 (JUR 2002/125235).

A aquest efecte, cal recordar que, com hem apuntat a l'inici d'aquest apartat, la regulació del contracte de treball a temps parcial està pensada essencialment per ser aplicada en el marc d'una empresa privada, de la qual cosa és prova precisament la impossibilitat, al nostre entendre, de traslladar a l'àmbit d'una Administració pública figures com la conversió contractual apuntada abans. No hi ha cap dubte que, tenint en compte el règim jurídic vigent en el marc de la definició i la provisió de llocs de treball i, en conseqüència, tenint present que el treballador ha estat contractat per l'ens local d'una manera molt concreta —a temps parcial o a temps complet i seguint un procés molt determinat—, no és possible, en el marc d'una entitat local, que per la simple voluntat de les parts un contracte de treball a temps complet es converteixi en un contracte a temps parcial o viceversa. Això implica considerar no aplicable en aquest àmbit el règim previst en l'article 12 ET en matèria de conversió contractual.

7.1.7. El pacte sobre hores complementàries

El pacte sobre hores complementàries s'ha de considerar una interessant novetat que va ser introduïda, en el seu moment, pel Reial decret llei 15/1998 i que és vigent encara. Aquest pacte permet el desenvolupament de les denominades *hores complementàries*, definides com aquelles que es poden fer com a addició a les hores ordinàries pactades en el contracte de treball a temps parcial, perquè s'ha pactat així expressament d'acord amb el que s'estableix en l'article 12.5 ET i, si escau, en els convenis col·lectius sectorials o, si no n'hi ha, en els d'àmbit inferior.

Això implica que la finalitat d'aquest pacte tan peculiar és preveure un determinat nombre d'hores la realització de les quals pot ser exigida, si és necessària, per l'empresari al treballador, amb la qual cosa es guanya en flexibilitat des de la perspectiva de l'organització empresarial.

L'esmentat article 12.5 ET regula els elements essencials d'aquest pacte, que són els següents:

1) L'empresari només pot exigir la realització d'hores complementàries quan ho hagi pactat expressament amb el treballador.

El pacte sobre hores complementàries pot fer-se en el moment de formalitzar el contracte a temps parcial o amb posterioritat, però constitueix, en tot cas, un pacte específic respecte al contracte de treball. Atesa la desigualtat de posicions en què es troben l'empresari i el treballador, a aquest últim li resulta més favorable signar el pacte un cop ja està iniciada la relació laboral; per contra, a l'empresari li resulta més favorable signar el pacte al començament de la relació, quan el treballador es troba en una posició més dèbil (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 92-93).

Només quan hi hagi una justificació organitzacional expressa és legítim incorporar des del començament del contracte un pacte indefinit sobre hores complementàries (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 95).

Tanmateix, és possible que, mitjançant una negociació col·lectiva, es pacti l'obligació de fer un nombre mínim de les hores complementàries pactades i, per tant, l'obligació de retribuir totes les hores que no es facin i que formin part d'aquest mínim (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 115).

D'altra banda, aquest pacte s'ha de formalitzar necessàriament per escrit i en un model oficial. La manca de forma escrita constitueix una infracció administrativa greu, segons l'article 7.1 LIS, sancionable amb una multa de 300,51 a 601,01 € en el seu grau mínim, de 601,02 a 1.502,53 € en el seu grau mitjà i de 1.502,54 a 3.005,06 € en el seu grau màxim.

L'excés de jornada constitueix una infracció administrativa greu, d'acord amb l'apartat 5 de l'article 7 LIS esmentat, que esmenta com a infracció greu «[l]a transgressió de les normes i els límits legals o pactats en matèria de jornada, treball nocturn, hores extraordinàries, hores complementàries, descans, vacances, permisos i, en general, el temps de treball a què es refereixen els articles 12, 23 i 34 a 38 de l'Estatut dels treballadors».

També en aquest cas es pot produir la conversió del contracte en un contracte a temps complet, tal com hem vist en parlar del possible excés de la jornada ordinària.

Tot el que hem assenyalat anteriorment comporta que l'empresari no pot utilitzar els seus poders empresarials —especialment l'article 41 ET— per obligar el treballador a fer hores complementàries sense el seu consentiment. També cal tenir present que s'apliquen els vicis del consentiment recollits en la normativa civil i que, per tant, el pacte sobre hores complementàries només s'invalida quan el consentiment es manifesta amb concurrència d'error, violència, intimidació o dol (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 87).

2) Aquest tipus de pacte, atesa la seva naturalesa especial, només pot portar-se a terme quan es tracta d'un contracte a temps parcial de durada indefinida. La justificació de l'exclusió dels contractes temporals es troba en la voluntat del legislador de permetre un grau de flexibilitat més elevat en la gestió d'aquest tipus de contracte —mitjançant el pacte d'hores complementàries— quan hi hagi un grau més elevat d'estabilitat laboral (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 90).

Cal afegir també que el pacte sobre hores complementàries pot signar-se o no, és a dir, no s'ha de signar en tot contracte a temps parcial indefinit, i que, si se signa aquest pacte, les hores no han de fer-se necessàriament.

3) El pacte sobre hores complementàries ha de recollir el nombre d'hores complementàries que l'empresari pot requerir que es facin. Aquest nombre d'hores complementàries no pot excedir el 15 % de les hores ordinàries de treball objecte del contracte. Tanmateix i amb l'objecte de proporcionar més flexibilitat i adaptabilitat a les circumstàncies empresarials, els convenis col·lectius d'àmbit sectorial o, si no n'hi ha, els d'àmbit inferior poden establir un altre percentatge màxim, que en cap cas no pot excedir el 60 % de les hores ordinàries contractades. En aquesta qüestió, la doctrina entén que els convenis col·lectius no poden reduir el percentatge màxim del 15 % ni poden excloure la realització de pactes d'hores complementàries (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 98-99).

Òbviament, la suma de les hores ordinàries i les hores complementàries no pot excedir el límit legal del treball a temps parcial analitzat pàgines enrere. Amb això s'evita que, mitjançant la fórmula de les hores complementàries, es converteixi un treballador a temps parcial en un treballador a temps complet.

Tot això implica que el pacte sobre hores complementàries és defectuós si no recull el nombre d'hores complementàries o si aquest és superior al permès.

4) La distribució i la manera de realització de les hores complementàries es regeixen pel conveni col·lectiu aplicable (sectorial o d'empresa) i pel mateix pacte hores complementàries.

Llevat que s'estableixi una altra cosa en el conveni col·lectiu, el treballador ha de conèixer el dia i l'hora de realització de les hores complementàries amb una antelació de set dies. Però, mentre que el conveni pot establir un termini de preavís de només 24 hores, 8 dies o 3 setmanes, el pacte hores complementàries només pot fixar un termini de preavís superior —i mai inferior— a l'establert per la llei (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 111).

La regulació del pacte sobre hores complementàries només pot millorar el contingut del conveni col·lectiu, és a dir, en cap cas no pot empitjorar-lo. I és important assenyalar que la referència legal expressa al pacte legitima plenament que aquest, en cas de manca de conveni col·lectiu, reguli tots els aspectes que es considerin convenients.

En definitiva, aquest règim suposa que la regulació de la distribució de les hores complementàries s'ha de cercar a les clàusules dels convenis col·lectius.

I, finalment, cal assenyalar que la llei no exigeix que l'empresari justifiqui per què decideix que les hores complementàries es facin en un moment determinat.

5) Tal com assenyala l'article 12.5i ET, la realització de les hores complementàries ha de respectar en tot cas els límits en matèria de jornada i descansos establerts en els articles 34.3 i 4, 36.1 i 37.1 ET.

Això implica que:

— Entre el final d'una jornada i el començament de la següent ha d'haver-hi, com a mínim, dotze hores.

— El nombre d'hores ordinàries de treball efectiu no pot ser superior a nou hores diàries, tret que, per mitjà d'un conveni col·lectiu o, en defecte d'aquest, d'un acord entre l'empresa o l'entitat i els representants dels treballadors, s'estableixi una altra distribució del temps de treball diari, respectant en tot cas el descans entre jornades.

— Els treballadors menors de divuit anys no poden fer més de vuit hores diàries de treball efectiu.

— Sempre que la durada de la jornada diària continuada excedeixi les sis hores, ha d'establir-se un període de descans durant aquesta d'una durada no inferior a quinze minuts. Aquest període s'ha de considerar temps de treball efectiu quan ho estableixin el conveni col·lectiu o el contracte de treball.

En el cas dels treballadors menors de divuit anys, el període de descans ha de tenir una durada mínima de trenta minuts i ha d'establir-se sempre que la durada de la jornada diària continuada excedeixi les quatre hores i mitja.

— La jornada de treball dels treballadors nocturns no pot excedir les vuit hores diàries de terme mitjà, en un període de referència de quinze dies (art. 36.1 ET).

— Els treballadors tenen dret a un descans setmanal mínim, acumulable per períodes de fins a catorze dies, de dia i mig ininterromput, que com a regla general comprendrà la tarda del dissabte o, si escau, el matí del dilluns i el dia complet del diumenge. La durada del descans setmanal dels menors de divuit anys ha de ser, com a mínim, de dos dies ininterromputs (art. 37.1 ET).

Totes aquestes limitacions tenen la seva justificació en la necessitat de garantir adequadament la seguretat i la salut laborals del treballadors a temps parcial.

6) Les hores complementàries realitzades s'han de retribuir com a ordinàries, per la qual cosa s'han de computar a l'efecte de les bases de cotització a la seguretat social, els períodes de carència i les bases reguladores de les prestacions de la seguretat social.

Amb aquesta finalitat, el nombre i la retribució de les hores complementàries realitzades s'ha de recollir en el rebut individual de salaris i en els documents de cotització a la seguretat social.

Cal tenir molt present que la consideració de les hores complementàries com a hores ordinàries a l'efecte retributiu i de la seguretat social és un avantatge per al treballador, atès que d'aquesta manera es computen per tal de calcular les prestacions corresponents de la seguretat social.

7) Un cop signat el pacte sobre hores complementàries, aquest ja té plena validesa. Però l'article 12.5g ET preveu que aquest pacte pot quedar sense efecte per renúncia del treballador mitjançant un preavís de quinze dies, una vegada complert un any des de la seva formalització i sempre que concorri alguna de les causes següents:

— L'atenció de les responsabilitats familiars previstes en l'article 37.5 ET. Això implica que pot renunciar al pacte sobre hores complementàries el treballador o la treballadora que té a la seva cura directa o bé un menor de vuit anys o una persona amb una discapacitat física, psíquica o sensorial, o bé un familiar, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, que per raons d'edat, accident o malaltia no pugui valer-se per si mateix, sempre que, en tots els casos, no desenvolupin una activitat retribuïda.³⁰²

No obstant això, el legislador també hauria d'haver tingut en compte altres situacions vinculades amb la conciliació de la vida laboral i familiar, com per exemple la reducció de la jornada per lactància o per naixement de fills prematurs o que per qualsevol causa hagin de romandre hospitalitzats. Cal tenir present que mitjançant el conveni col·lectiu es poden ampliar els supòsits de renúncia del treballador al pacte sobre hores complementàries (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 122).

— Necessitats formatives, en la forma que es determini reglamentàriament, sempre que s'acrediti la incompatibilitat horària. No obstant això, aquest desenvolupament reglamentari encara no s'ha produït, cosa que implica que no s'han definit expressament els tipus de formació que poden justificar vàlidament la renúncia al pacte sobre hores complementàries.

— Incompatibilitat amb un altre contracte a temps parcial, atesa la dificultat de compatibilitzar la jornada pactada en aquest altre contracte a temps parcial amb la imprevisibilitat en l'exigència del compliment efectiu del pacte sobre hores complementàries.

D'altra banda, només el treballador pot exercir la renúncia —no, per tant, l'empresari, que, això sí, pot no sol·licitar al treballador el compliment del pacte—, i ha de fer-ho per una de les causes taxades i un cop transcorregut un determinat termini. Amb això es pretén assolir un punt d'equilibri entre els interessos de l'empresari —essencialment poder sol·licitar el compliment del pacte sobre hores complementàries davant d'una determinada necessitat productiva— i els interessos del treballador, que en determinats casos es pot trobar en situacions que li impedeixin justificadament complir aquest pacte.

302. Cal recordar, en aquest sentit, la previsió de l'article 37.5 ET.

No obstant això, sempre és possible la modificació o supressió del pacte mitjançant l'acord entre treballador i empresari, mentre que l'empresari no pot recórrer de manera unilateral a l'article 41 ET amb l'objectiu de suprimir o modificar el pacte sobre hores complementàries.

8) Finalment, el pacte sobre hores complementàries i les seves condicions de realització estan subjectes al compliment dels requisits establerts en l'article 12.5 ET i, si escau, al règim previst en el conveni col·lectiu aplicable. En cas d'incompliment d'aquests requisits i règim jurídic, la negativa del treballador a fer les hores complementàries, encara que hagin estat pactades, no constitueix una conducta laboral sancionable.

Determinats incompliments (imposició unilateral de les hores complementàries per part de l'empresari, que el contracte sigui temporal, que el pacte no s'hagi formalitzat per escrit, que s'hagin vulnerat els drets al descans, retributius o de cotització del treballador, o bé que el nombre d'hores complementàries sigui superior al previst per la llei o pel conveni corresponent) justifiquen que el treballador exerceixi el dret a resistir-se a continuar desenvolupant el pacte sobre hores complementàries encara que aquest ja s'hagi iniciat, ja que la infracció de la normativa subsisteix amb independència que el pacte s'estigui desenvolupant (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 104).³⁰³

Tanmateix, si es tracta per exemple d'un supòsit en què no s'han comunicat al treballador amb un preavís de set dies el dia i l'hora de realització de les hores complementàries, la negativa justificada del treballador a complir el pacte només pot afectar les hores en què concorri l'incompliment assenyalat, però si el treballador no s'hi oposa i presta els seus serveis, no pot negar-se posteriorment a fer altres hores complementàries no afectades per cap incompliment.

303. És important tenir en compte que, si es tracta d'un incompliment de les obligacions empresarials de retribuir o cotitzar per hores ordinàries de treball, el treballador no pot negar-se a continuar treballant i ha de sol·licitar judicialment o bé el compliment d'aquestes obligacions o bé la rescissió del contracte de treball (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 118).

D'altra banda, no s'ha previst una infracció administrativa específica per al cas de l'incompliment empresarial del pacte sobre hores complementàries. Per tant, en aquest cas només es pot recórrer a les infraccions genèriques previstes en els apartats 2 i 5 de l'article 7 LIS.³⁰⁴

Finalment, cal plantejar-se si aquesta complexa figura del pacte sobre hores complementàries és aplicable en el marc de les corporacions locals. Al nostre entendre i tenint en compte la seva particular articulació i la rigidesa que caracteritza (o hauria de caracteritzar) internament l'ocupació pública, aquesta figura, si bé es pot aplicar en aquest àmbit perquè l'article 12 ET no fa cap exclusió, pot plantejar alguns —i importants— problemes pràctics, que si s'escauen hauran de resoldre els tribunals.

7.1.8. La suspensió i l'extinció del contracte a temps parcial

Finalment, en relació amb la suspensió del contracte a temps parcial, cal tenir present que es consideren les mateixes causes que es preveuen per als contractes a temps complet en els articles 45 i 46 ET (situacions d'incapacitat temporal, maternitat, paternitat, risc durant l'embaràs o durant la lactància, etc.).

D'altra banda, també les causes d'extinció del contracte són les mateixes que en el cas del contracte a temps complet, amb l'especialitat, també compartida, que determinades causes no són aplicables en el marc de l'Administració pública. És el cas, per exemple, de l'acomiadament fonamentat en causes econòmiques —art. 52c ET— o de l'acomiadament col·lectiu —art. 51 ET.

304. En aquest àmbit, alguns autors han proposat l'establiment d'una doble opció: que el treballador sol·liciti la conversió de les hores complementàries en hores ordinàries, o bé que sol·liciti una indemnització per danys i perjudicis i l'esmena dels defectes constitutius del pacte (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 106).

Pel que fa al càlcul de la indemnització corresponent en el cas d'acomiadament improcedent, els tribunals defensen que aquesta indemnització fa referència exclusivament al temps de vinculació —continuada— amb l'empresa o entitat, amb independència de la jornada de treball efectivament realitzada pel treballador en cada moment. Deixen de banda, òbviament, les conseqüències que d'aquest fet es puguin derivar pel que fa a la fixació de la quantia del salari.³⁰⁵ També cal tenir present que el salari que s'ha de tenir en compte per calcular la indemnització és el que realment es percep en el moment del cessament, fins i tot quan es tracta d'un treballador que sempre ha estat contractat a temps complet però que en el moment de l'acomiadament es troba contractat a temps parcial.³⁰⁶

305. És el cas, per exemple, de la STSJ de Catalunya de 19 de gener de 2001 (AS. 2001/565): «[...] cal tenir en compte a aquest efecte que en l'evolució de tot vincle de treball poden ser moltes i diverses —més enllà dels casos de simple conversió del contracte a temps parcial en ordinari— les circumstàncies que en un moment determinat i per períodes de temps concrets converteixin la prestació de serveis a jornada completa en treball a temps parcial i a l'inrevés (penseu per exemple en la reducció de jornada per tenir cura d'un fill menor), la qual cosa tindrà òbviament incidència en l'import del salari, les cotitzacions i les prestacions de la Seguretat Social, però no pot afectar l'antiguitat del treballadors a l'efecte de la indemnització per acomiadament. Tant és així que a aquest mateix efecte ni tan sols han de tenir incidència els períodes en els quals el contracte pot haver estat suspès amb dret a reserva del lloc de treball, malgrat que en els mateixos no es produeix una real i efectiva prestació de serveis ni es percep cap retribució de part de l'empresa; per tant, si aquests períodes són computables en la seva integritat com a antiguitat a l'efecte de l'acomiadament, amb més raó han de ser-ho tots aquells en els quals el treballador ha anat realitzant una jornada de treball a temps parcial [...]» Vegeu també la STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 14 de gener de 2003 (JUR 2003/54603).

306. STSJ de Catalunya de 19 de gener de 2001 (AS. 2001/565): «[...] d'igual manera que quan un treballador presta originàriament jornada a temps complet que posteriorment es transforma en treball a temps parcial i en aquesta situació es troba quan es produeix l'acomiadament, el salari que s'ha de tenir en compte per calcular la indemnització ha de ser el realment percebut en el moment del cessament, sense que calgui remuntar-se al que pogués haver percebut anteriorment quan treballava a temps complet; també en sentit contrari ha de computar-se com a antiguitat tot el període de vinculació amb l'empresa quan el procés es produeix a la inversa i la jornada inicial a temps parcial es converteix en jornada completa [...]» Vegeu també les sentències del TSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 14 de gener de 2003 (JUR 2003/54603) i d'Andalusia/Granada de 22 d'abril de 2003 (JUR 2003/159913).

7.2. El contracte de treball fix discontinu

7.2.1. El supòsit de fet

Una de les modalitats contractuals més complexes, sobretot des de la perspectiva de la seva delimitació material, és el treball fix discontinu, especialment a l'hora de concretar el seu grau de relació amb el contracte a temps parcial. En aquest sentit, és suficient recordar la seva successiva inclusió i exclusió del marc de l'article 12 ET (sobre aquest tema, vegeu S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 45 i seg.).³⁰⁷

En primer lloc, es pot afirmar, tal com manifesta la jurisprudència, que «[...] existeix un contracte fix de caràcter discontinu quan es produeix una necessitat de treball de caràcter intermitent o cíclic, o, el que és igual, en intervals temporals separats però reiterats en el temps i dotats d'una certa homogeneïtat [...]».³⁰⁸ En el mateix sentit, la jurisdicció social assenyala que «[...] les notes que defineixen aquest tipus contractual són les següents: 1) es tracta d'un contracte de condició fixa o de durada indefinida, fixesa que es dedueix tant de la qualificació que indirectament li atorga el reial decret referit, com de la ubicació que el mateix té en el marc de l'actual article 15 de l'Estatut dels treballadors; 2) es tracta d'un contracte que té per objecte un treball normal de l'empresa, ja sigui aquest de temporada o campanya o d'una altra condició diferent, segons s'apunta en el Reial decret; 3) però allò que en particular caracteritza aquesta modalitat contractual laboral de durada indefinida és que la pràctica o l'execució del servei compromès és de caràcter periòdic i, a més, discontinu, discontinuïtat que provoca que els treballs únicament es prestin en períodes d'activitat que coincideixen amb determinades èpoques de l'any, precisament en consideració a la naturalesa del servei contractat. Aquesta idea de discontinuïtat, en el sentit que s'alternen períodes d'activitat amb períodes d'inactivitat, periòdica, és la que explica que en la normativa aplicable es qualifiqui el treball objecte del contracte comentat d'*intermitent* i *cíclic*».³⁰⁹

307. Vegeu també la STSJ de Canàries de 30 de setembre de 2003 (AS. 2003/4100).

308. STS de 5 de juliol de 1999 (Ar. 6443).

309. STSJ d'Andalusia/Màlaga de 16 de març de 2001 (JUR 2001/173513).

D'altra banda, també la jurisdicció ha afirmat que «[...] s'entén per treballador fix discontinu aquell l'activitat del qual és discontinua, perquè no se li exigeix prestació de serveis tots els dies o hores en una empresa l'activitat de la qual és permanent, és a dir, de cicle continu, de manera que els seus serveis només són necessaris en determinats períodes o estacions, quan aquests es repeteixen; o aquell contractat per empreses el funcionament de les quals no és permanent, perquè la seva activitat té un funcionament discontinu, cíclic o intermitent, sigui o no estacional [...]».³¹⁰

Finalment, en el marc dels ens locals, els tribunals han indicat que «[...] la qualificació d'una relació com a fixa discontinua no depèn de les condicions establertes per l'Administració contractant en el procés de selecció previ a la contractació, ni de la forma contractual concreta en la qual s'empara aquesta, sinó del caràcter permanent de l'activitat per a la qual es va contractar la prestació de serveis». Així, recorda la Sentència del Tribunal Suprem d'1 d'octubre de 2001 que «[...] existeix un contracte fix discontinu quan, amb independència de la continuïtat de l'activitat de l'empresa, es produeix una necessitat de treball de caràcter intermitent o cíclic, és a dir, a intervals temporals separats però reiterats en el temps i dotats d'una certa homogeneïtat [...] A aquest efecte de la qualificació de la relació laboral, no té cap transcendència que l'Administració convoqui, abans de l'inici de cada campanya, una prova de selecció del personal que s'ha de contractar, ja que aquesta circumstància no altera el caràcter permanent, encara que cíclic, de l'activitat per a la qual són contractats els treballadors. Tampoc no té cap transcendència el fet que la necessitat de treballadors per atendre cada campanya anual pot variar de l'una a l'altra, atès que en aquest cas pot sorgir un problema en la preferència de les crides als treballadors discontinus, però això no desvirtua el fet que l'activitat ha de considerar-se permanent i cíclica [...] Quan el conflicte consisteix a determinar si la necessitat de treball es pot atendre mitjançant un contracte temporal, eventual o d'obra, o mitjançant un contracte indefinit de caràcter discontinu, el que preval és la reiteració d'aquesta necessitat en el temps, encara que sigui per un període limitat [...] per tant, la contractació temporal és procedent quan la necessitat de treball és en principi imprevisible i fora de qualsevol cicle regular; per contra, existeix contracte fix de caràcter discontinu quan es produeix una necessitat de treball de caràcter intermitent o cíclic o en intervals temporals separats però reiterats en el temps i dotats d'una certa homogeneïtat [...]».

310. STSJ d'Andalusia/Màlaga de 22 de juny de 2001 (JUR 2001/286236). Vegeu també la STSJ de Canàries de 19 de setembre de 2003 (AS. 2003/4160): «[...] la condició de treballador fix discontinu es defineix per la concurrència dels elements següents, que en aquest cas s'han donat: 1r. La seva contractació respon a necessitats normals i permanents de l'empresa —per això la seva condició de fixesa—. 2n. Tals condicions es presenten com a regla de manera cíclica i periòdica [...] és a dir, en intervals temporals separats però reiterats en el temps i dotats d'una certa homogeneïtat [...] no assolint la totalitat de la jornada anual [...]».

En definitiva, el treball fix discontinu es caracteritza pel fet que l'activitat desenvolupada pel treballador és discontinua, atès que la seva prestació de serveis només es requereix, dins del volum normal d'activitat de l'empresa o entitat, en determinats períodes o estacions al llarg de l'any.³¹¹ Es tracta sempre, a més, d'un treball per temps indefinit.

Els tribunals han declarat reiteradament que, en el cas que es tracti d'una activitat fixa discontinua, no és vàlid recórrer a altres figures contractuals temporals per cobrir-la, com serien, per exemple, el contracte per a obra o servei determinat i el contracte eventual. S'ha arribat a aquesta conclusió també en el marc de l'Administració pública, per exemple en els casos d'una treballadora encarregada de la piscina municipal (els primers dos anys amb contracte per obra o servei i els següents amb contractes eventuais per circumstàncies de la producció),³¹² d'un socorrista de platja (es van signar tres contractes eventuais),³¹³ d'uns treballadors encarregats de la gestió d'un càmping municipal (amb successius contractes per a obra o servei determinat),³¹⁴ del personal de neteja, l'auxiliar sanitari i socorrista i el peó de manteniment d'un parc esportiu dependent de la Conselleria de Turisme i Esports de la Junta d'Andalusia (amb successius contractes temporals)³¹⁵ i d'un vigilant de platja (es va formalitzar un contracte per a obra o servei determinat).³¹⁶

311. Per exemple, no es considera que existeix una activitat fixa discontinua, ni per tant treballadors fixos discontinus, quan, en el cas de la neteja d'un centre educatiu, no es produeix mai el tancament o la inactivitat, encara que l'activitat empresarial sigui menor durant un mes a l'any. Vegeu, en aquest sentit, la STSJ de la Comunitat Valenciana de 20 de setembre de 2002 (JUR 2003/170378).

312. STSJ de Madrid de 25 d'octubre de 2002 (JUR 2003/23863). Vegeu també la STSJ de Castella-la Manxa de 6 d'abril de 2006 (AS. 1398).

313. STSJ d'Andalusia/Sevilla de 12 de novembre de 2002 (JUR 2003/78823).

314. STSJ de Castella i Lleó/Burgos de 18 de juny de 2002 (JUR 2003/38133).

315. STSJ d'Andalusia/Granada de 5 de juny de 2001 (JUR 2001/304544).

316. STSJ d'Andalusia/Màlaga de 16 de març de 2001 (JUR 2001/173513): «[...] en efecte, ni som davant d'un servei concret amb autonomia i substantivitat pròpies dins de l'activitat normal de l'empresa, ja que l'actor va ser contractat per a la tasca de vigilant, que constitueix precisament una activitat general de les desenvolupades per aquella, ni l'execució de tal activitat és limitada en el temps, ja que, malgrat que cada any sols es desenvolupa durant diversos mesos, es continua prestant any rere any, amb caràcter permanent i discontinu [...].»

I el Tribunal Suprem ha declarat que la permanència d'un treballador durant diversos cursos acadèmics consecutius en una escola descarta la seva possible consideració com a treballador eventual o temporal.³¹⁷

Quant a les diferències existents entre el treball eventual o per obra o servei determinat i el treball fix discontinu, s'ha conclòs que «[...] els criteris de delimitació entre el treball eventual i el fix discontinu han estat ja concretats per la Sala IV. La Sentència de 26-5-1997, entre d'altres, assenyala que “quan el conflicte consisteix a determinar si la necessitat de treball es pot atendre mitjançant un contracte temporal, eventual o d'obra, o ha de fer-se mitjançant un contracte indefinit de caràcter discontinu, el que preval és la reiteració d'aquesta necessitat en el temps, encara que sigui per períodes limitats”. Serà possible, doncs, la contractació temporal, ja sigui eventual o per obra o servei determinat, quan aquesta es realitzi per atendre circumstàncies excepcionals o ocasionals, és a dir, “quan la necessitat de treball és, en principi, imprevisible i resta fora de qualsevol cicle de reiteració regular”. Per contra, “existeix un contracte fix de caràcter discontinu quan es produeix una necessitat de treball de caràcter intermitent o cíclic, o, el que és igual, en intervals temporals separats però reiterats en el temps i dotats d'una certa homogeneïtat”. I la de 25-2-1998 (RJ 1998, 2210) ha recordat que “la condició de treballador fix discontinu configurada avui com una modalitat de contractació a temps parcial, a tenor d'allò disposat en l'art. 12.3 del Text refós de l'Estatut dels treballadors de 1995, respon a les necessitats normals i permanents de l'empresa —condició de fixesa— que es presenten normalment de forma cíclica o periòdica i que no arriben a la totalitat de la jornada anual”». ³¹⁸ En definitiva, l'element clau de distinció és la reiteració en el temps de la necessitat productiva corresponent, encara que ho sigui per períodes limitats.

Però, quines són els conseqüències que poden sorgir en el cas que es tracti realment d'una activitat fixa discontinua i l'entitat local hagi fet ús, per exemple, d'un contracte per a obra o servei determinat o d'un contracte eventual? Segons l'opinió dels tribunals, que compartim totalment, en aquest cas ens trobem davant d'una relació laboral indefinida no fixa, ³¹⁹ amb totes les conseqüències que comporta. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, el capítol 10.

317. Sentències del TS de 3 de juny de 1988 (Ar. 5213) i 23 de juny de 1998 (Ar. 5483).

318. STSJ d'Andalusia/Màlaga de 16 de març de 2001 (JUR 2001/173513). Vegeu també les sentències del TSJ d'Andalusia/Granada de 6 de març de 2001 (JUR 2001/194558) i d'Andalusia/Sevilla de 20 de novembre de 2001 (JUR 2003/2607).

319. Sentències del TSJ de Madrid de 25 d'octubre de 2002 (JUR 2003/23863), d'Andalusia/Màlaga de 16 de març de 2001 (JUR 2001/173513) i de Castella-la Manxa de 6 d'abril de 2006 (AS 1398).

Els tribunals també han declarat que la publicació —per exemple, en el cas dels socorristes de platja— d'una convocatòria anual d'ocupació no afecta la qualificació del treballador com a indefinit discontinu.³²⁰ I també han afirmat que és irrellevant la distinció entre competències mínimes i competències complementàries en el cas dels ajuntaments: la continuïtat de l'activitat, un cop assumida —encara que sigui complementària—, determina la qualificació del treball com a fix discontinu.³²¹

D'altra banda i des d'una perspectiva diferent, per als tribunals, la conversió d'un contracte indefinit en un contracte fix discontinu requereix la voluntarietat del treballador i, per tant, no és possible recórrer al procediment de l'article 41 ET. També s'ha admès la conversió dins d'un procés d'acomiadament col·lectiu. Així mateix, la voluntarietat en la conversió no exclou el possible accés a la situació legal d'atur i a la prestació corresponent.³²²

320. STSJ d'Andalusia/Sevilla de 12 de novembre de 2002 (JUR 2003/78823): «[...] la impugnada decisió judicial admet que, dels tres contractes estivals com a socorrista de platja que va subscriure l'accionant, els dos darrers van ser precedits de convocatòria pública, i, efectivament, és cert que un any es van anunciar nou i l'altre deu places, la qual cosa òbviament deriva de la variació de necessitats, determinant d'un major o menor nombre de crides, que no és estrany sinó cosa corrent en el treball fix discontinu, raó per la qual de sempre s'han establert regles de preferència per la crida, com actualment fa l'art. 12.2.2 ET, per això la publicació de convocatòria cada temporada no afecta de cap manera qui té dret a ser cridat, concorri o no a aquesta, ja que —com va dir la Sala Social de Madrid en la seva Sentència de 22/4/99, [...] a la submissió a controls periòdics al començament de cada temporada li manca entitat per excloure la qualificació del contracte com a indefinit discontinu, precisió obligada per la naturalesa pública de l'ocupadora [...].»

321. STSJ d'Andalusia/Màlaga de 16 de març de 2001 (JUR 2001/173513): «[...] no és rellevant la distinció entre competències mínimes i complementàries dels ajuntaments. La continuïtat de l'activitat, un cop assumida —encara que fos complementària— i la reiteració dels contractes des de 1995, porten a la conclusió que el demandant està desenvolupant tasques normals de l'Ajuntament que es reitenen cíclicament, i, d'acord amb la jurisprudència, hi ha un contracte fix de caràcter discontinu quan, amb independència de la continuïtat de l'activitat de l'empresa, es produeix una necessitat de treball de caràcter intermitent o cíclic, és a dir, en intervals temporals separats però reiterats en el temps i dotats d'una certa homogeneïtat. Per contra, en el contracte per a obra o servei determinat i en el contracte eventual, la necessitat de treball és en principi imprevisible i fora de qualsevol cicle de reiteració regular [...].» Per la seva banda, la STSJ d'Andalusia/Màlaga de 16 de març de 2001 (JUR 2001/173513) afirma que «[...] malgrat que la vigilància de les platges no sigui un servei mínim previst en l'art. 26 de la Llei 7/1985, de bases de règim local [...] tanmateix, la seguretat en els llocs públics sí que és una competència municipal en els termes de la legislació de l'Estat i les comunitats autònomes, segons el que preveu l'art. 25 del mateix cos legal, que com a tal es desenvoluparà en tot el terme municipal, que, com assenyalava l'art. 12 LBRL, és el territori on l'ajuntament exerceix les seves competències. La Llei de costes [...] constitueix la legislació estatal en funció de la qual els ajuntaments poden exercir funcions de vigilància a les seves platges, per a la qual cosa és necessari un acord per prestar el dit servei, supòsit que concorre en el cas que ens ocupa [...].»

322. Sentències del TSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 9 de març de 2004 (AS 2004/622) i 30 de març de 2004 (JUR 2004/137271).

També s'ha assenyalat que l'excés d'activitat converteix el contracte de treball fix discontinu en un contracte fix continu³²³ —en l'Administració local es tractarà de personal indefinit continu no fix. I amb un criteri en certa manera sorprenent, s'ha declarat que la realització de treballs per a la mateixa administració fora de campanya no suposa la conversió automàtica del contracte de treball fix discontinu en un contracte a temps complet.³²⁴

7.2.2. La complexa distinció entre treball fix periòdic i treball fix no periòdic

L'ET distingeix —encara que la delimitació no sempre és fàcil— dos tipus de treball fix discontinu: el fix periòdic i el fix no periòdic. Al primer se li aplica la regulació del contracte a temps parcial formalitzat per temps indefinit, prevista, tal com hem vist en un apartat anterior, en l'article 12 ET, i al segon se li aplica el règim específic de l'article 15.8 ET.

En el mateix sentit, els tribunals laborals diferencien entre: 1) un treball fix discontinu «inestable», dependent de factors estacionals i que no es repeteix, doncs, de manera certa perquè varien les seves dates d'inici, o la durada, o la intensitat, o el volum de l'activitat —regulat per l'article 15.8 ET—, i 2) la contractació que té lloc per tal d'atendre activitats fixes i periòdiques, que se succeeixen en cicles de concreció

323. STSJ d'Andalusia/Màlaga de 22 de juny de 2001 (JUR 2001/286236).

324. Així, a la STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 27 d'octubre de 2003 (AS 2004/496) s'afirma: «[...] la tesi que se sosté en el recurs és certa, però no conclouent per a tots els casos, ja que s'hauran de tenir en compte les circumstàncies del cas concret. En el cas que ens ocupa, ens trobem davant d'una Administració pública en què els processos de creació i amortització de places comporten uns processos i una tramitació que ho diferencia del temps que pot tardar una empresa privada. És evident que durant aquest temps el treball no pot estar sense fer-se, per la qual cosa es recorre a vies extraordinàries. És evident que davant d'unes necessitats l'Administració provincial decideix recórrer als treballadors fixos discontinus per veure si volen realitzar aquests treballs de manera voluntària i rotativa, la qual cosa suposa que en acudir a aquesta convocatòria ambdues parts estan conformes a no donar a aquests treballs el caràcter novatori del seu vincle contractual, i així s'acredita amb l'assumpció per part dels actors del cessament en les campanyes en les quals no anaven a realitzar aquestes activitats complementàries. Amb aquest plantejament, les parts evidentment assumeixen que la problemàtica es resoldrà amb la convocatòria que conté el ja esmentat fet provat sisè, on evidentment es veuen afectats tots els treballadors fixos discontinus en condicions d'igualtat. Evidentment, no tots els fixos discontinus passaven a ser fixos a jornada completa, i aquesta conversió la realitza l'Administració basant-se en uns criteris objectius, per la qual cosa havent assumit els actors, el que clarament queda demostrat amb la seva pròpia presentació a les places ja exposades amb anterioritat la cobertura d'aqueixes places a temps complet per un sistema objectiu com és el proposat per l'Administració, evidentment s'han de desestimar les seves pretensions [...]».

temporal previsible, amb dates certes d'inici i de durada, i dins del volum normal de l'activitat de l'empresa o entitat. Aquest darrer tipus de treball és l'anomenat *fix periòdic*, es considera un contracte a temps parcial de durada indefinida i està regulat per l'article 12 ET.³²⁵

Dins l'àmbit de l'Administració pública, s'han considerat exemples de treball fix periòdic els educadors³²⁶ i el personal de neteja³²⁷ dels col·legis, els treballadors encarregats d'una piscina municipal que obre cada any en dates concretes³²⁸ i els treballadors d'un càmping municipal.³²⁹

Per contra, s'ha considerat un exemple de treball fix no periòdic el socorrista d'una platja que desenvolupa la seva prestació de serveis en dates no fixes.³³⁰ Des d'una perspectiva més general, també s'ha considerat un cas de treball fix no periòdic el d'una cambrera de pisos amb un període d'activitat sense data certa.³³¹

Tanmateix, un mateix treball —per exemple, el cas d'un socorrista de platja o d'una piscina municipal— pot ser considerat fix periòdic (i, per tant, a temps parcial regulat per l'article 12 ET) o bé fix no periòdic (regulat per l'article 15.8 ET), en funció exclusivament que s'hagin establert o no dates concretes de començament i finalització de l'activitat productiva. I en cadascun dels supòsits el règim jurídic aplicable serà diferent. I és que en alguns casos la frontera entre ambdós tipus de treball no és del tot nítida.

325. Sentències del TSJ de Canàries de 30 de setembre de 2003 (AS. 2003/4100) i 19 de setembre de 2003 (AS. 2003/4160).

326. STSJ de Canàries de 30 de setembre de 2003 (AS. 2003/4100).

327. STS d'1 d'octubre de 2001 (Ar. 8490): «[...] s'ha d'admetre, com es desprèn d'allò exposat, que estem en presència d'una modalitat de contracte a temps parcial de campanya o temporada prevista en l'art. 12.3 ET [...] que la Llei entén formalitzat per temps indefinit, ja que té per objecte l'execució de treballs permanents, però de caràcter cíclic o periòdic: el treballador satisfà necessitats empresarials que no existeixen al llarg de tot l'any, però que sí que es presenten i és necessari atendre en determinats mesos o èpoques de l'any (treballadors fixos discontinus). En el present cas: la neteja de les escoles durant el curs escolar, que seguirà existint mentre hi hagi activitat docent en aquestes i mentre el seu manteniment depengui de l'Administració local [...]»

328. STSJ de Madrid de 25 d'octubre de 2002 (JUR 2003/23863).

329. STSJ de Castella i Lleó/Burgos de 18 de juny de 2002 (JUR 2003/38133).

330. STSJ d'Andalusia/Sevilla de 12 de novembre de 2002 (JUR 2003/78823).

331. STSJ de Canàries de 19 de setembre de 2003 (AS 2003/4160).

7.2.2.1. El treball fix periòdic

Tal com hem vist, el treball fix discontinu es regeix per la regulació del contracte a temps parcial per temps indefinit, recollida en l'article 12 ET i ja examinada en un apartat anterior, al qual ens remetem.

En efecte, tal com afirma l'article 12.3 ET, «el contracte a temps parcial s'entén formalitzat per temps indefinit quan es formalitzi per realitzar treballs fixos i periòdics dins del volum normal d'activitat de l'empresa».

D'altra banda, aquest tipus de treball no requereix que l'empresa o entitat cridi el treballador al començament de cada campanya o activitat, ja que en el mateix contracte es reflecteix la distribució dels períodes d'activitat i inactivitat i s'indiquen les dates d'inici i de conclusió. Cal assenyalar també que, com que es tracta d'un contracte indefinit, els tribunals consideren possible la realització d'un pacte sobre hores complementàries,³³² amb tots els límits que s'han analitzat en un apartat anterior.

7.2.2.2. El treball fix no periòdic

Tal com hem assenyalat, ens trobem davant d'un treball fix discontinu que no es repeteix de manera certa, ja que pot variar la seva data de començament, la duració, la intensitat o el volum de l'activitat. És a dir, es tracta d'un treball fix discontinu inestable, que depèn de factors estacionals i que, després de la reforma laboral de l'any 2001, es torna a considerar un tipus de contracte específic, sostret, en principi, al règim jurídic del contracte a temps parcial.

En aquesta qüestió, però, hi ha una certa confusió, atès que alguns tribunals laborals consideren que aquest tipus de contracte, si bé ja no es troba en l'article 12 ET, és una modalitat de contractació a temps parcial, essencialment per dos motius: 1) perquè, com hem vist, l'esmentat article 12 qualifica el treball fix periòdic com a contracte a temps parcial, i 2) perquè l'article 12.1 ET disposa que el contracte s'entén formalitzat a temps parcial quan s'ha acordat la prestació de serveis durant un nombre d'hores al dia, a la setmana, al mes o a l'any, inferior a la jornada de treball d'un treballador a temps complet comparable; en el cas del sector de l'hostaleria, per exemple, el paràmetre de comparació serà el treballador a jornada completa, sens dubte superior,

332. STSJ de la Rioja de 4 de febrer de 2003 (AS. 2003/580).

excepte que hi hagi una prova en sentit contrari, a la jornada desenvolupada per qui, per raó del seu contracte, limita la seva activitat a un període variable en funció de l'ocupació hotelera.³³³ Tanmateix, altres tribunals afirmen que ja no es tracta d'una modalitat de contracte a temps parcial.³³⁴

D'altra banda, la doctrina judicial ha manifestat que «[...] resulta, doncs, evident, que en el sistema actual del dret laboral espanyol el treballador fix discontinu és un treballador a temps parcial amb contracte de durada indefinida la jornada del qual ha de fixar-se en còmput anual, tant si es troba, en un moment determinat, prestant serveis, com si no, repartint les efectives hores de treball realitzades en relació amb la jornada anual de l'activitat que es tracti, jornada anual que, en tot cas, ha de ser inferior a la del treballador, amb contracte també de durada indefinida, que presta serveis durant tota la jornada anual, és a dir, el treballador a temps complet que constitueix la figura que la nova norma denomina *treballador comparable a temps complet* [...]».³³⁵

Cal tenir en compte que aquest tipus de contracte pot ser a jornada completa o a temps parcial, tal com reconeix expressament l'article 15.8 ET, si bé s'estableix que els convenis col·lectius d'àmbit sectorial «poden acordar, quan les peculiaritats de l'activitat del sector així ho justifiquin», la utilització en aquest àmbit de la modalitat a temps parcial, referència que implica que el recurs al treball a temps parcial només és possible quan així ho estableixi el conveni col·lectiu corresponent. Aquesta situació ha estat considerada per la doctrina (S. del Rey Guanter, *El nuevo contrato a tiempo parcial*, p. 50-51),³³⁶ amb un criteri encertat, com una restricció innecessària.

333. STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 9 de març de 2004 (AS. 2004/622). En el mateix sentit, vegeu la STSJ de Castella i Lleó/Valladolid de 30 de març de 2004 (JUR 2004/137271).

334. Sentències del TSJ de Canàries de 30 de setembre de 2003 (AS. 2003/4100) i 19 de setembre de 2003 (AS. 2003/4160): «[...] és a dir, el treball fix discontinu inestable, dependent de factors estacionals, es tracta ara com un contracte específic, sostret al règim jurídic del contracte a temps parcial, deixant de ser una modalitat d'aquest.»

335. STSJ de la Rioja de 4 de febrer de 2003 (AS. 2003/58).

336. S'afirma que «[...] en aquest sentit, la norma preveu la possibilitat que el contracte fix discontinu sigui a temps parcial malgrat remetre aquesta possibilitat al conveni sectorial. Això pot suposar [...] una restricció encara més gran de la possibilitat de formalitzar un contracte fix discontinu a temps parcial, tal com implícitament es reconeixia en la regulació anterior. Segons la nostra opinió, salvada l'assimilació del contracte fix discontinu com a forma de treball a temps parcial, sembla obvi que s'ha d'admetre la possibilitat que un treballador fix discontinu pugui concertar la seva prestació de treball a temps parcial».

D'altra banda, el cessament del treballador en finalitzar la temporada, la campanya o el període d'activitat, no pot qualificar-se d'acomiadament sinó de supòsit *sui generis* de suspensió de la relació laboral, de menor intensitat que els supòsits previstos en l'article 45 ET.³³⁷ Així mateix, només la manca de crida del treballador fix discontinu al començament d'una nova temporada o campanya s'equipara amb un acomiadament improcedent, atès que els documents emesos per l'empresa o entitat en finalitzar la campanya no tenen altra significació que comunicar la finalització de la temporada, i es requereix, per expressar la voluntat empresarial d'extingir la relació laboral, que es posi clarament en coneixement dels treballadors que no seran admesos les temporades successives. En el cas d'incapacitat temporal, s'entén que la manca de crida es produeix en el moment de l'alta mèdica del treballador. El termini per reclamar és en tots els casos de vint dies.

337. STSJ de Canàries de 13 de setembre de 2003 (AS. 2003/4160).

7.3. El contracte de treball a temps parcial del treballador jubilat parcialment i el contracte de relleu

7.3.1. Règim legal vigent

En relació amb aquest tipus de contracte, encara poc utilitzat en la pràctica, cal partir del fet que l'article 12.6 ET el considera un contracte a temps parcial (en efecte, s'afirma expressament que «així mateix, es considera contracte a temps parcial el formalitzat pel treballador [...]»),³³⁸ tot i que es tracta d'un contracte que, si bé està subjecte al règim jurídic general del treball a temps parcial, presenta, com veurem a continuació, algunes peculiaritats importants.

La regulació d'aquest tipus de contracte es completa, des de la perspectiva de la pensió de jubilació, amb el que s'estableix en l'article 166 LGSS, i el seu desenvolupament reglamentari es troba en el Reial decret 1131/2002, de 31 d'octubre, que regula la seguretat social dels treballadors contractats a temps parcial, així com la jubilació parcial.

En primer lloc, cal destacar que es tracta d'un contracte a temps parcial que es formalitza amb un treballador a temps complet (o a temps parcial, supòsit molt menys freqüent) amb la finalitat que aquest accedeixi a la jubilació parcial i, com a conseqüència d'això, compatibilitzi el treball amb la percepció parcial de la pensió de jubilació corresponent, amb la qual cosa se situarà en el marc de la denominada, juntament amb d'altres mesures, *jubilació gradual i flexible*. En efecte, tal com s'assenyala en els articles 12.6 ET i 166.3 LGSS, l'execució d'aquest contracte de treball a temps parcial i la seva retribució són compatibles amb la pensió que el sistema de la seguretat social reconeix al treballador en concepte de jubilació parcial.

D'acord amb la regulació vigent, els treballadors poden accedir a la jubilació parcial tant a partir dels seixanta anys —fórmula tradicional de jubilació parcial— com a partir dels seixanta-cinc anys. Lògicament, l'articulació i la posada en pràctica d'aquesta jubilació parcial és més factible, en el marc d'una entitat local, a l'edat de seixanta anys que a l'edat de seixanta-cinc anys, de manera especial si es té en compte el que s'estableix en la disposició addicional desena de l'Estatut dels treballadors.

338. En el mateix sentit, vegeu l'article 9 RD 1131/2002, de 31 d'octubre.

D'altra banda, la fórmula de la jubilació parcial requereix l'acord d'ambdues parts, això és, del treballador i de l'entitat local, per la qual cosa es pot pactar el recurs a aquesta fins i tot en el conveni col·lectiu corresponent. En aquest sentit, els tribunals han afirmat, pel que fa al cas concret de les administracions públiques, que «[...] l'ocupador no està obligat legalment a facilitar als seus treballadors l'accés a la jubilació parcial mitjançant la novació del contracte existent entre parts o la subscripció d'un altre a temps parcial [...]».³³⁹

En segon lloc, i a diferència del règim general aplicable en el marc del contracte a temps parcial, en aquest cas la reducció de jornada corresponent —i el consegüent pas, com a regla general, del treball a temps complet al treball a temps parcial— ha de produir-se dintre dels límits previstos per la llei, que es tradueixen en el fet que ha de pactar-se una reducció de la jornada desenvolupada pel treballador (per a la qual cosa es recorre al paràmetre, ja conegut, del «treballador a temps complet comparable») i del seu salari d'entre un mínim d'un 25 % i un màxim d'un 85 %. Així mateix, s'exigeix que el treballador reuneixi els requisits generals necessaris per tenir dret a la pensió contributiva de jubilació, excepte l'edat.

En relació amb aquesta última qüestió, cal destacar que n'hi ha prou que el treballador estigui donat d'alta en el sistema de la seguretat social i tingui cotitzats quinze anys, dels quals almenys dos han d'estar compresos dintre dels quinze anys immediatament anteriors al moment d'exercir el dret (art. 161 LGSS). Això implica que es pot accedir a la jubilació parcial encara que el treballador no tingui els 35 anys cotitzats que actualment s'exigeixen per tenir dret al 100 % de la base reguladora corresponent.

Segons l'article 12 del Reial decret 1131/2002, la quantia de la pensió de jubilació parcial ha de ser el resultat d'aplicar el percentatge de la reducció de jornada a l'import de pensió que correspondria, d'acord amb els anys de cotització que acrediti el treballador en el moment del fet causant, sense que s'apliqui el coeficient addicional del 2 % previst en l'article 163.2 LGSS. Així mateix, quan s'accedeix a la jubilació parcial abans dels seixanta-cinc anys, no s'apliquen coeficients reductors en funció de l'edat.

La pensió de jubilació parcial ha de sol·licitar-se a l'INSS. Aquesta sol·licitud, en la qual s'ha d'indicar la data prevista de cessament en el treball, pot presentar-se amb una antelació màxima de tres mesos. No obstant això, el reconeixement del dret queda condicionat a la formalització del corresponent contracte de treball a temps parcial i,

339. STSJ de Madrid de 28 de març de 2003 (AS. 2003/2867).

si escau, del contracte de relleu. Els efectes econòmics de la pensió es produeixen l'endemà del fet causant.

Respecte als percentatges de reducció de la jornada, cal destacar que la llei preveu la possibilitat que aquest percentatge s'incrementi per períodes anuals, a petició del jubilat parcial i amb la conformitat del seu ocupador. Aquesta possibilitat està subjecta a un complex règim de substitució de la jornada deixada vacant, recollit en l'article 12 del Reial decret 1131/2002. Es tracta d'un règim que, per la seva particularitat i complexitat, no és aplicable, al nostre entendre, en el marc de les entitats locals.

En tercer lloc, del que es disposa en els articles 12.6 ET i 9 RD 1131/2002 es dedueix que, si es recorre a la jubilació parcial, és necessari canviar l'anterior contracte a temps complet per un contracte a temps parcial, per la qual cosa s'ha de formalitzar un nou contracte entre les parts, per escrit i en un model oficial, tal com hem vist amb caràcter general en un apartat anterior. En el contracte hi ha de constar la jornada que es feia abans i la que resulta com a conseqüència de la reducció de la jornada de treball. Òbviament, la formalització d'aquest nou contracte no faculta per modificar la modalitat contractual anterior o per introduir un període de prova, per la qual cosa s'han de mantenir els drets adquirits i l'antiguitat que corresponguin al treballador (DA 1a RD 1131/2002).

En quart lloc i tal com hem apuntat anteriorment, en l'actualitat existeixen dues modalitats de jubilació parcial: 1) la més freqüent i factible, la dels treballadors que reuneixen tots els requisits generals per jubilar-se i tenen seixanta o més anys complerts, i 2) la dels treballadors que compleixen també aquests requisits però ja tenen seixanta-cinc anys. El fet causant de la jubilació parcial s'entén produït el dia del cessament en la jornada de treball que s'estigués fent amb anterioritat, sempre que en aquesta data s'hagi subscrit el corresponent contracte a temps parcial i, en cas que sigui necessari, el corresponent contracte de relleu.

D'altra banda, cal preguntar-se quina és la durada del contracte a temps parcial formalitzat amb el treballador jubilat parcialment.

Pel que fa a aquesta qüestió, l'ET es limita a assenyalar que la relació laboral del jubilat parcial s'extingeix quan es produeix la seva «jubilació total». A aquest efecte, és important recordar que la decisió de jubilar-se totalment en principi correspon, únicament i exclusiva, al mateix treballador, llevat que sigui menor de seixanta-cinc anys i en el conveni col·lectiu aplicable hi hagi una clàusula que imposi la jubilació forçosa a aquesta edat, en els termes previstos en la disposició addicional desena de l'Estatut dels treballadors.

En el cas dels jubilats parcials que no han arribat encara a l'edat de jubilació, ha de formalitzar-se simultàniament un contracte de relleu amb un treballador que estigui a l'atur o que tingui concertat un contracte de durada determinada, amb la finalitat de substituir la jornada de treball deixada vacant pel treballador que es jubila parcialment. Aquest contracte pot formalitzar-se també, però no és obligatori, en el cas dels jubilats parcials amb seixanta-cinc anys d'edat.³⁴⁰

El contracte de relleu presenta les particularitats següents:

— Ha de formalitzar-se per escrit i en el model oficial (DA 1a RD 1131/2002), i hi ha de constar el nom, l'edat i les circumstàncies professionals del jubilat parcial i les característiques del lloc de treball que ha d'ocupar el treballador rellevista.

— La durada del contracte ha de ser indefinida o igual a la del temps que falti al treballador jubilat parcialment per arribar a l'edat de jubilació ordinària. Si en complir aquesta edat el treballador jubilat parcialment continua en l'empresa o entitat, el contracte de relleu que s'hagués celebrat per una durada determinada pot prorrogar-se mitjançant un acord entre les parts per períodes anuals; en tot cas, però, aquest contracte s'extingeix quan finalitza el període corresponent a l'any en què es produeix la jubilació total del treballador rellevat. I aquesta jubilació total, com hem assenyalat abans, depèn essencialment de la voluntat del mateix treballador, tret que en el conveni corresponent existeixi una clàusula de jubilació forçosa.

— En el supòsit del treballador jubilat parcialment després d'haver arribat a l'edat de jubilació, la durada del contracte de relleu que pot formalitzar-se per substituir la part de jornada deixada vacant pot ser indefinida o anual. En aquest últim cas, el contracte es prorroga automàticament per períodes anuals i s'extingeix en finalitzar el període corresponent a l'any en què es produeix la jubilació total del treballador jubilat parcialment.

— El contracte de relleu pot formalitzar-se a jornada completa o a temps parcial, i la durada de la jornada ha de ser, com a mínim, igual a la reducció de jornada acordada amb el treballador jubilat parcialment. L'horari de treball del treballador rellevista pot completar el del treballador jubilat o bé pot ser simultani al d'aquest.

340. En efecte, l'article 166.1 LGSS preveu que «[e]ls treballadors que tinguin l'edat ordinària de jubilació i reuneixin els requisits per accedir a aquesta, poden accedir a la jubilació parcial sense necessitat de la formalització simultània d'un contracte de relleu [...]».

— El lloc de treball del treballador rellevista pot ser el mateix del treballador jubilat parcialment o un de similar, entenent per *similar* aquell on s'acompleixin tasques corresponents al mateix grup professional o categoria equivalent.

— Si es produeix el cessament del treballador rellevista mentre és vigent el contracte de relleu i el jubilat parcial encara no ha arribat a l'edat que li permet accedir a la pensió de jubilació ordinària o anticipada, l'empresari ha de substituir el treballador rellevista, en el termini de quinze dies, per un altre treballador en situació d'atur o que tingui concertat amb l'empresa o entitat un contracte de durada determinada. En aquest cas, la jornada ha de ser, com a mínim, igual a la que realitzava el treballador rellevista en el moment en què es va produir l'extinció del contracte.

Si el treballador jubilat parcialment és acomiadat improcedentment abans de complir l'edat d'accés a la pensió de jubilació ordinària o anticipada i no es procedeix a la seva readmissió, l'empresa o entitat ha d'oferir al treballador rellevista l'ampliació de la seva jornada de treball i, si no és acceptada per aquest, ha de contractar un altre treballador que compleixi els requisits necessaris. Ha de contractar-lo en un termini de quinze dies, amb la modalitat del contracte de relleu i amb una jornada com a mínim igual a la del jubilat parcial.

En el cas que la jornada de treball del rellevista sigui superior a la jornada deixada vacant, l'ampliació ha de tenir com a límit la jornada a temps complet establerta en el conveni col·lectiu aplicable o, si no n'hi ha, la jornada ordinària màxima legal.

Si no es duen a terme les contractacions assenyalades, l'empresari ha d'abonar a l'entitat gestora l'import reportat de la prestació de jubilació parcial des del moment de l'extinció del contracte i fins que el jubilat parcial accedeixi a la pensió de jubilació ordinària o anticipada.

— I, finalment, l'article 12.6d ET estableix que en la negociació col·lectiva es poden establir mesures per impulsar la formalització de contractes de relleu. Amb això es pretén promoure aquesta figura contractual amb una doble finalitat: fomentar l'ocupació i, alhora, facilitar l'accés a la jubilació d'una manera gradual i flexible.

Per acabar, cal destacar que la pensió de jubilació parcial és compatible:

a) Amb el treball a temps parcial en entitats locals i, si escau, amb d'altres treballs a temps parcial anteriors a la situació de jubilació parcial, sempre que no s'augmenti la durada de la jornada. També és compatible amb els treballs a temps parcial concertats

amb posterioritat a la situació de jubilació parcial, quan s'hagi cessat en els treballs que s'ocupaven amb anterioritat en d'altres empreses i sempre que no s'augmenti la durada de la jornada realitzada fins a aquell moment.

En aquests supòsits, la pensió de jubilació parcial quedaria suspesa si s'augmentés la durada de la jornada de treball.

b) Amb la pensió de viduïtat, la prestació d'atur i altres prestacions substitutòries de les retribucions que corresponguin als treballs a temps parcial concertats amb anterioritat a la situació de jubilació parcial.

Per contra, la pensió de jubilació parcial és incompatible:

a) Amb les pensions d'incapacitat permanent absoluta i gran invalidesa.

b) Amb la pensió de jubilació que pugui correspondre per una altra activitat distinta a la realitzada amb el contracte de treball a temps parcial.

c) Amb la pensió d'incapacitat permanent total per al treball que es presti en virtut del contracte que va donar lloc a la jubilació parcial.

En fi, la pensió de jubilació parcial s'extingeix quan es produeix alguna de les causes següents:

— La defunció del pensionista.

— El reconeixement de la pensió de jubilació ordinària o anticipada, en virtut de qualsevol de les modalitats previstes per la llei.

— El reconeixement d'una pensió d'incapacitat permanent incompatible amb la situació de jubilació parcial.

— I, finalment, l'extinció del contracte de treball a temps parcial, llevat que es tingui dret a la prestació d'atur, compatible amb la jubilació parcial, o a d'altres prestacions substitutòries de les retribucions percebudes en aquell contracte; en aquest cas, l'extinció de la jubilació parcial es produeix el dia en què s'extingeix el contracte. Aquesta regla no s'aplica a les extincions del contracte de treball declarades improcedents, cas en què es manté el dret a la jubilació parcial.

En l'article 18 del Reial decret 1131/2002 es recullen les regles aplicables en el moment de calcular la pensió de jubilació total o qualsevol altra a la qual pugui accedir el treballador jubilat parcialment.

7.3.2. Les novetats que s'incorporen mitjançant l'Acord sobre mesures en matèria de seguretat social

Pel que fa a l'aplicació de la figura de la jubilació parcial i el consegüent contracte de treball a temps parcial formalitzat amb el treballador interessat, cal destacar que un dels objectius essencials del recent Acord sobre mesures en matèria de seguretat social, adoptat pel Govern central i els agents socials, és precisament la introducció de canvis importants en el règim legal vigent, examinat en l'apartat anterior.

La raó principal de les reformes proposades és la voluntat de limitar els casos de frau —freqüents en els últims anys—, que han dut fins i tot a encobrir amb aquesta figura supòsits de jubilació anticipada. En l'exposició de motius de l'Acord es parla, així mateix, de l'objectiu «[...] d'adequar aquesta figura [la jubilació parcial] a les característiques i els requeriments dels processos productius en què aquesta s'emmarca».

Els canvis proposats en aquest àmbit, tots de gran importància, són els següents:

1) L'edat d'accés a la jubilació parcial per als treballadors «mutualistes» (els que van cotitzar al sistema de la seguretat social abans de l'1 de gener de 1967) continua sent de seixanta anys, i per a la resta dels treballadors és la de seixanta-un. En ambdós casos ha de tractar-se d'una edat efectiva o real, de manera que no és possible aplicar coeficients reductors.

En el cas dels treballadors no mutualistes, l'exigència dels seixanta-un anys d'edat s'ha de posar en pràctica de manera gradual en el termini —molt llarg, al nostre entendre— de sis anys, per a la qual cosa s'incrementa en dos mesos l'edat vigent de seixanta anys per cada any transcorregut des de l'entrada en vigor de la mesura.

Al nostre entendre, amb aquesta mesura —juntament amb d'altres que veurem a continuació— es pretén reduir les possibilitats d'accés a la jubilació parcial, ja que s'imposa el compliment d'uns requisits més rigorosos que els actuals.

2) S'incorpora un nou requisit: el treballador que pretén jubilar-se parcialment ha d'acreditar un període d'antiguitat mínima en l'empresa de sis anys, període que s'exigeix de manera gradual seguint el següent esquema:

— Quan entri en vigor la disposició que aprovi la mesura, 2 anys.

— Quan hagi transcorregut el primer any des de la data de l'entrada en vigor de la disposició que aprovi la mesura, 3 anys.

— Quan hagi transcorregut el segon any des de la data de l'entrada en vigor de la disposició que aprovi la mesura, 4 anys.

— Quan hagi transcorregut el tercer any des de la data de l'entrada en vigor de la disposició que aprovi la mesura, 5 anys.

— Quan hagi transcorregut el quart any des de la data de l'entrada en vigor de la disposició que aprovi la mesura, 6 anys.

Novament, l'exigència d'aquest nou requisit se sotmet a un llarg procés de transició.

3) Es preveu l'exigència del compliment d'un període mínim de cotització per part del treballador que pretén accedir a la jubilació parcial, exigència que se sotmet també a un llarg període transitori:

— S'exigeix tenir 18 anys cotitzats el dia en què entra en vigor la disposició que aprova la mesura.

— Transcorregut el primer any des de la data d'entrada en vigor de la disposició que aprova la mesura, s'exigeix tenir 21 anys cotitzats.

— Transcorregut el segon any des de la data d'entrada en vigor de la disposició que aprova la mesura, s'exigeix tenir 24 anys cotitzats.

— Transcorregut el tercer any des de la data d'entrada en vigor de la disposició que aprova la mesura, s'exigeix tenir 27 anys cotitzats.

— I, finalment, transcorregut el quart any des de la data d'entrada en vigor de la disposició que aprova la mesura, s'exigeix tenir 30 anys cotitzats.

4) També es proposa modificar els marges de reducció de la jornada previstos actualment en l'article 12.6 ET. En l'Acord s'estableix que la reducció màxima de la jornada habitual de treball del treballador que es jubila parcialment ha de ser del 75 %, i la mínima, del 25 %. No obstant això, també aquesta mesura, com les anteriors, se sotmet a un llarg període d'aplicació transitòria:

— Transcorregut el primer any des de l'entrada en vigor de la disposició que aprova la mesura, els percentatges indicats seran del 82 % i del 25 %, respectivament.

— Transcorregut el segon any, s'aplicaran els percentatges del 80 % i del 25 %, respectivament.

— Transcorregut el tercer any, s'aplicaran els percentatges del 78 % i 25 %, respectivament.

— I, finalment, transcorregut el quart any, s'aplicaran els percentatges definitius del 75 % i del 25 %, respectivament.

No obstant això, si el jubilat parcial acredita, en la data d'efecte de la jubilació parcial, sis anys d'antiguitat en l'empresa i trenta anys de cotització a la seguretat social, els percentatges de reducció de la jornada poden establir-se entre el 85 % i el 25 %, sempre que el treballador rellevista sigui contractat a jornada completa mitjançant un contracte de treball de durada indefinida. Respecte de l'edat dels treballadors que accedeixen a la jubilació parcial, en aquests supòsits s'exigeixen seixanta anys fins al sisè any de l'entrada en vigor de la norma que incorpora aquesta mesura a l'ordenament jurídic, i seixanta-un anys a partir del setè any.

5) En els supòsits en què, a causa dels requeriments específics del treball realitzat pel jubilat parcial, el lloc de treball d'aquest no pugui ser el mateix o un de similar a aquell que ha d'ocupar el treballador rellevista, s'exigeix que existeixi una correspondència entre les bases de cotització a la seguretat social d'ambdós, de manera que la relativa al treballador rellevista no pot ser inferior al 65 % de la base per a la qual cotitzava el treballador que es jubila parcialment.

6) Finalment, es preveu que, de manera transitòria, els convenis i acords col·lectius que estiguin vigents el dia de l'entrada en vigor de la disposició que modifica el règim vigent de la jubilació parcial, segueixen regint-se, pel que fa als compromisos sobre jubilació parcial i fins a la finalització de la seva vigència o, en tot cas, fins al dia 31 de desembre de 2009, per les previsions contingudes en el Reial decret 1131/2002, de 31 d'octubre.

Tal com ja hem assenyalat anteriorment, les mesures proposades en l'Acord examinat introdueixen un règim més rígid en el marc de la jubilació parcial, ja que restringeixen els casos —en la línia contrària a la seguida anys enrere— en què és possible accedir a aquesta figura —tant en l'àmbit públic com en l'àmbit privat.

Bibliografía

Alfonso Mellado, C. L. *La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*. València: Tirant lo Blanch, 1999.

Calvo Gallego, F. J. *El acceso progresivo a la jubilación*. Mairena del Aljarafe: Mergablum, Edición y Comunicación, SL, 2003.

Calvo Gallego, F. J.; Valverde Asencio, A. J. «La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo». *Temas Laborales*, núm. 61 (2001).

Casas Baamonde, M. E.; Valdés Dal-Ré, F. *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

González del Rey, I. *El contrato de trabajo a tiempo parcial*. Cizur Menor: Aranzadi, 1998.

Rey Guanter, S. del (dir.) *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*. Col·l. «Relaciones Laborales». Las Rozas: La Ley-Actualidad, 2003.

Valverde Asencio, A. *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*. València: Tirant lo Blanch, 2002.

8

Regles comunes sobre la contractació laboral temporal a les corporacions locals. Mesures per a la reducció d'aquest tipus de contractació

Dividirem aquest capítol en dos apartats: el de les regles comunes a la contractació temporal i el dels aspectes comuns específics vinculats a l'ús excessiu dels contractes laborals temporals. En aquest darrer apartat, però, no tractarem el treballador indefinit no fix, ja que aquest és l'objecte específic del capítol 10.

8.1. Regles comunes a la contractació temporal

Al llarg d'aquest llibre hem tractat, per a cadascuna de les diferents modalitats laborals temporals estudiades, algunes regles comunes a tots els contractes temporals i algunes regles comunes a cada grup de contractes (contractes causals de l'art. 15 ET, contractes formatius, contractes a temps parcial, etc.). Tanmateix, a tall de recopilació, aquí fixarem breument algunes regles comunes a tots els contractes temporals que l'ordenament jurídic ha previst, de les quals algunes ja han estat comentades.

8.1.1. Període de prova

L'article 14 ET —i també la normativa administrativa, com tot seguit comprovarem— estableix la possibilitat d'incloure un període de prova en el contracte, fins i tot quan aquest és temporal. I aquest període de prova s'ha de formalitzar sempre, per la qual cosa és nul el període de prova verbal o que no consti expressament per escrit.³⁴¹ Així doncs, es considera un acomiadament improcedent l'extinció del contracte temporal quan l'ajuntament al·lega la no-superació del període de prova però, en canvi, aquest no s'hagués formalitzat per escrit. Durant aquest període, l'ens local i el treballador estan obligats a desenvolupar el treball i l'experiència que constitueixen l'objecte de la prova, però es pot entendre que el període va més enllà: hi ha una comprovació mútua dels aspectes laborals, però també d'aspectes aliens, com els personals i de comportament.³⁴²

341. Fins i tot en els supòsits de contractes verbals, el període de prova s'ha de fer constar per escrit perquè sigui vàlid (STSJ de Múrcia de 19 de maig de 1994 [AS. 1818]).

342. Encara que això pot ser, en l'àmbit públic, una qüestió problemàtica, la contrastació de l'aptitud professional, personal i humana del treballador, i la possible insatisfactorietat d'alguna de les dues bandes, són motius suficients per a la no-superació del període (Sentència de l'extint Tribunal Central del Treball [TCT] de 13 de gener de 1984).

No es qüestiona avui en dia l'existència del període de prova en els contractes fixos i temporals a l'Administració, pel fet de la naturalesa pública d'aquesta.³⁴³ La normativa administrativa indica que, transcorregut el període de prova que es determini en cada convocatòria, el personal que el superi satisfactòriament adquireix la condició de personal laboral fix (art. 93 RPSEL). Com que aquest precepte remet també al període de prova «que es determini a cada convocatòria», pot deduir-se que s'està reduint la lliure voluntat de la corporació en la fixació o no d'un període de prova, ja que aquest dependrà que s'hagi previst expressament en la convocatòria de les places. Tanmateix, no creiem que això limiti les opcions de la negociació col·lectiva, atès que les bases de la convocatòria poden assumir allò que prevegi el conveni col·lectiu d'aplicació pel que fa a aquest període.

La durada del període de prova té una previsió estricta: en primer lloc, pot tenir la durada màxima que prevegi el conveni col·lectiu aplicable a l'entitat local, que s'ha de plasmar en cada convocatòria. Si no hi ha conveni col·lectiu per aplicar o hi manca la regulació, l'article 14.1 ET estableix les següents regles de durada màxima:

— 6 mesos per als tècnics titulats.

— 3 mesos per als treballadors que no siguin tècnics titulats en entitats locals de menys de 25 treballadors o 2 mesos si les entitats tenen 25 o més treballadors.³⁴⁴

— 2 mesos per als treballadors amb títol de grau superior i amb un contracte en pràctiques o 1 mes si són titulats de grau mitjà (art. 11 ET).

— Malgrat el que prevegi el conveni col·lectiu o l'ET, l'entitat local sempre pot establir un període de prova inferior, o fins i tot pot suprimir-lo, mitjançant la convocatòria del procés selectiu.

Si la corporació local fixa un període de prova superior al màxim establert per la llei o pel conveni, s'entendrà que no és vàlida la part que superi la previsió normativa,³⁴⁵ tant si el període es fixa mitjançant la convocatòria respectiva, com si es fixa directament en el contracte de treball que es formalitzi.

343. La STSJ de Navarra de 10 de gener de 1991 (AS. 225) va considerar que en una Administració pública únicament es podia entendre nul aquest període de prova si en la mateixa convocatòria s'establí de manera expressa la incorporació definitiva de l'empleat laboral en el lloc de treball un cop superat el procés de selecció.

344. Segons la nostra opinió, aquests vint-i-cinc treballadors han de computar-se a partir de la plantilla de personal laboral, sense incloure-hi, doncs, els funcionaris de l'entitat local.

345. Sentència de l'extint TCT de 17 de gener de 1984. Tècnicament s'ha acceptat un període prova que coincideix amb la durada total del contracte temporal (STS de 12 de juliol de 1988 [Ar. 5805]), malgrat que entenem que pot ser considerat abusi, ja que converteix tot el contracte en un període prova.

La normativa estableix també els aspectes següents, plenament aplicables a la contractació temporal:

a) Si el treballador contractat ja havia estat contractat amb anterioritat per l'entitat local, sigui quina sigui la modalitat de contracte, no se li pot fer un nou període de prova, que es considerarà nul en tot cas. No obstant això, aquesta afirmació s'ha d'entendre des de la perspectiva del desenvolupament de funcions iguals o similars, de manera que el període de prova és possible si el treballador que va prestar serveis en la mateixa entitat local ara ho és per dur a terme funcions diferents.

b) Tant l'entitat local com el treballador poden donar per finalitzat el contracte de treball durant el període de prova, sense cap altre requisit que la comunicació formal, que en les entitats locals catalanes entenem que s'ha de fer sempre per escrit —si més no, per part de la corporació.

c) El període de prova s'ha de concertar a l'inici de la relació laboral. Si es fa amb posterioritat, s'entén nul.

d) La corporació local pot fixar, per escrit, que si durant el període de prova el treballador contractat es troba en algun moment en situació d'incapacitat temporal, maternitat, adopció i/o acolliment, situacions que impliquen la suspensió contractual, el còmput del període es pot interrompre (art. 14.3 ET).

8.1.2. Forma escrita

Com indicarem més endavant, malgrat la llibertat de forma que existeix en la contractació laboral, hi ha tot un conjunt de contractes laborals temporals que no requereixen forma escrita (l'exemple més destacat és l'eventual a jornada completa de durada inferior a quatre setmanes), però la immensa majoria tenen aquesta prescripció, que no és *ad solemnitatem*.³⁴⁶ Tanmateix, en l'àmbit local català la forma escrita és necessària en tots els supòsits. I, quan això no sigui d'aplicació (per exemple, a les empreses públiques municipals), el nostre criteri defensa la conveniència de formalitzar sempre per escrit el contracte per tal de facilitar la prova de la seva vigència i la causa de la temporalitat, i evitar així el joc de presumpcions de fixesa que tot seguit indicarem. Si manca la forma escrita, el treballador o l'entitat local poden sol·licitar sempre a l'altra part la seva concreció.

346. Vegeu la STS de 17 de novembre de 1997 (Ar. 8426).

En alguns supòsits específics, la normativa ha previst un model oficial de contracte de treball. Generalment són contractes vinculats a algun incentiu o bonificació econòmica o que tenen una particularitat específica, com són els contractes formatius, els contractes a temps parcial o el contracte de foment de l'ocupació de treballadors discapacitats. Però en la majoria dels contractes que formalitzen les corporacions locals (COSD, CI o contracte eventual) no hi ha una exigència legal —de caràcter general— de formalització del contracte en un determinat model oficial, malgrat que el Servei Públic d'Ocupació disposa de models per a totes les modalitats contractuals, incloent-hi les que no requereixen una forma específica.

8.1.3. Obligació de comunicació d'informació als treballadors temporals sobre les seves condicions de treball

Si el contracte laboral temporal té una durada superior a quatre setmanes, la corporació local ha d'informar per escrit el treballador sobre els elements essencials del contracte i les principals condicions de la seva execució, llevat que aquestes característiques ja figurin en el contracte de treball escrit o que es precisin en el conveni col·lectiu aplicable. Si bé aquesta prescripció està dissenyada més aviat per al sector privat —on els processos de descentralització són el pa de cada dia—, no hi ha una exempció per a les administracions públiques i, per tant, la informació que s'ha de donar al treballador s'estén a la identificació de qui contracta, la data d'inici del vincle laboral temporal i la seva durada, el domicili oficial de la corporació o entitat pública, el centre de treball, la categoria del treballador i el lloc de treball que ha d'ocupar, la quantia salarial i la periodicitat del pagament, la durada i la distribució de la jornada, el règim de vacances, els terminis de preavis i el conveni col·lectiu aplicable, si escau (art. 8.5 ET i RD 1659/1998).

8.1.4. Notificació a la representació del personal de l'entitat local

La corporació local ha d'entregar als representants del personal una còpia bàsica dels contractes de treball que han de formalitzar-se per escrit, llevat dels d'alta direcció. Creiem que la regla s'ha d'aplicar a tots els contractes temporals que formalitzi l'ens local, vista l'obligació fixada pel RPSEL que tot contracte laboral s'ha de fer per escrit.

En aquesta notificació a la representació del personal hi han de constar tots els elements necessaris per controlar l'adequació dels contractes —de les seves clàusules i condicions— a la legislació vigent, llevat d'aspectes de caire personal, com són el domicili o l'estat civil, i qualsevol altre aspecte que afecti la intimitat (art. 8.3 ET).

L'obligació de notificació a la representació del personal s'estén també a les pròrrogues i finalitzacions de contractes temporals, cas en què la notificació s'ha de fer en el termini de deu dies següents que s'esdevinguin la pròrroga o la finalització del contracte esmentat (art. 64.1.2 ET).

Més complexa és l'obligació fixada en l'article 64.1 ET (apartats primer i sisè), segons la qual l'empresa ha d'informar els representants dels treballadors sobre les previsions de formalització de nous contractes, el seu nombre i les seves modalitats, i sobre els models escrits de contractes de treball i els documents relatius a la finalització del vincles laborals, com és el cas de les denúncies i les quitances. No entenem que les corporacions locals estiguin exemptes d'aquesta obligació, però sí que cal tenir en compte que la norma està pensada des de la perspectiva del sector privat. En el cas de les entitats públiques, aquesta previsió futura pot ser difícil de concretar, atès que aquestes no participen ordinàriament en el cicle productiu, cosa que sí que succeeix a les empreses privades.

En tot cas, aquesta notificació s'ha d'efectuar amb la representació del personal laboral, no pas amb la del funcionari.

8.1.5. Comunicació al Servei Públic d'Ocupació

És vigent l'obligació de la corporació local de comunicar a l'oficina d'ocupació la formalització dels contractes de treball mitjançant la presentació d'una còpia de cada contracte en el termini de deu dies des que es va celebrar (art. 8.3 i 16.1. ET). També ha de remetre a l'oficina l'anomenada *còpia bàsica dels contractes temporals*, que ha d'estar consignada per escrit i prèviament a l'entrega i signatura, si és possible, dels representants del personal laboral de l'entitat (art. 8.3 ET). La còpia bàsica s'ha de formalitzar i remetre al Servei Públic d'Ocupació encara que a l'entitat local no hi hagi representació dels treballadors (art. 8.3 i 16.1 ET).

També s'han de comunicar les pròrrogues dels contractes temporals, cosa que s'ha de fer en el termini de deu dies des de la seva formalització. Entenem que aquesta obligació de comunicació ho és en relació amb les pròrrogues voluntàries i expresses.

Totes aquestes obligacions s'han vist adaptades a les noves tecnologies per mitjà de normes específiques que regulen la comunicació del contingut dels contractes i de les còpies bàsiques i l'ús del mitjans telemàtics en aquest procés.³⁴⁷

347. En aquest sentit, vegeu el Reial decret 1424/2002, de 27 de desembre, i l'Ordre TAS/770/2003, de 14 de març.

8.2. Aspectes comuns a l'ús reiterat o abusi dels contractes laborals temporals. Mesures de reducció de la precarietat

En aquest apartat farem una aproximació a les regles jurídiques que són comunes a la contractació laboral temporal i que tenen com a finalitat limitar, modular, sancionar o evitar el recurs a la temporalitat o, si més no, instituir determinades conseqüències d'aquest ús, encara que sigui correcte o legal. Hi inclourem les prescripcions que són pròpies de les administracions públiques.

Els aspectes més importants que respecte a aquesta qüestió s'han aprovat al llarg dels darrers anys, els agruparem en els apartats següents: *a)* la progressiva reducció de les modalitats de contractació temporal; *b)* l'establiment de mesures econòmiques compensatòries a la finalització dels contractes temporals; *c)* l'aplicació del principi d'igualtat en els contractes temporals envers els contractes fixos; *d)* el control i la sanció de la temporalitat i la prestació d'atur a instàncies del Servei Públic d'Ocupació; *e)* el règim jurídic de les irregularitats i el frau de llei en la contractació temporal i les seves conseqüències; *f)* la limitació de la contractació temporal concatenada, encara que sigui regular, inclosa en la Llei 43/2006, de 29 de desembre, i *g)* les limitacions previstes per la normativa administrativa i, de manera especial, per la legislació pressupostària.

Totes aquestes mesures —llevat de les específiques per a l'àmbit públic— són aplicables al sector privat —més aviat podríem dir que estan «pensades» per ser aplicades a les relacions entre empresari i treballador—, però també són aplicables a les administracions públiques, encara que amb algunes limitacions o adaptacions, de la qual cosa la figura del treballador indefinit no fix és el més clar exemple (vegeu el capítol 10). Aquesta última modalitat de relació laboral s'esdevé quan el treballador afectat ha estat objecte d'un contracte temporal irregular o en frau de llei, o d'un conjunt de contractes temporals correctes però que han superat els períodes de referència que marca la legislació vigent a partir del Reial decret llei 5/2006, de 9 de juny, i de la posterior Llei 43/2006, de 29 de desembre, sorgida de la tramitació parlamentària. Per la seva pròpia dimensió, mereix un capítol a banda, com hem indicat.

8.2.1. Reducció de les modalitats contractuals

La desaparició de modalitats contractuals que havien permès una generalització massiva de l'ús de la temporalitat ha estat una tònica al llarg dels darrers anys. En són exemples la supressió del contracte per llançament de nova activitat en la reforma laboral dels anys 1993–1994 i la remodelació del contracte *estrella* de la dècada dels vuitanta i els noranta del segle passat, el contracte de foment de l'ocupació, que des de ja fa alguns anys i de nou en la reforma laboral del 2006 ha quedat circumscrit a treballadors discapacitats o a pensionistes amb incapacitat permanent total, absoluta o gran invalidesa.³⁴⁸ També el Reial decret llei 5/2006 ha suposat la supressió del contracte d'inserció, que havia nascut l'any 2001 i que ha estès la seva vida real no més enllà de quatre anys efectius.³⁴⁹

Aquesta política de reducció s'ha de compaginar amb el principi de causalitat de la contractació temporal com a principi bàsic del nostre sistema de relacions laborals, amb algunes excepcions. L'existència del principi d'estabilitat en l'ocupació comporta la preferència pel contracte fix, que té un dels seus vessants més clars en la causalitat de la contractació temporal i que implica fonamentalment que sols es pot contractar de manera temporal en els casos en què ho hagi establert la llei³⁵⁰ i prenent com a base les causes que la norma preveu.³⁵¹ La inobservança d'aquestes regles comporta el frau de llei en el vincle temporal.

348. DA 1a Llei 43/2006, de 29 de desembre.

349. La supressió va quedar confirmada en el tràmit parlamentari que va donar com a resultat la promulgació de la Llei 43/2006, de 29 de desembre, per a la millora del creixement i de l'ocupació.

350. La subjecció de la contractació temporal a normes de dret necessari i la possibilitat d'efectuar contractes temporals solament en els supòsits previstos per la llei estan recollides per la jurisprudència. Per a totes, vegeu les sentències del TS de 17 de desembre de 2001 (Ar. 2002/2028) i 20 de març de 2002 (Ar. 5284).

351. Sentències del TS de 21 de setembre de 1993 (Ar. 6892) i 22 de desembre de 1995 (Ar. 9492), entre moltes d'altres.

8.2.2. La indemnització compensatòria

La Llei 12/2001 va reintroduir en l'ordenament laboral la indemnització per finalització d'alguns contractes temporals, que ja existia per a alguna modalitat específica —contracte de foment de l'ocupació, la indemnització del qual era refermada per la Llei 43/2006 en dotze dies de salari per any de servei.³⁵² L'article 49.1c ET, segons el redactat donat per la Llei 12/2001, estableix «una indemnització de quantia equivalent a la part proporcional de la quantitat que resultaria d'abonar vuit dies de salari per cada any de servei», quantitat que ha de ser abonada en el moment de la finalització dels contractes eventuais i dels COSD; resten, per tant, exempts d'aquest compliment els contractes d'interinitat i els formatius i, en el seu moment, el d'inserció.

Des de l'estricta perspectiva del dret laboral, no hi ha cap inconvenient perquè, per mitjà de la negociació col·lectiva o el contracte individual, es pugui incrementar —o instituir, en el cas que no hi hagi una previsió legal expressa— l'import de la indemnització. Tanmateix, tenim seriosos dubtes que això sigui possible sense condicionants en l'àmbit públic, en virtut de les limitacions pressupostàries que es fixen anualment, que impedeixen —encara que sigui d'una manera indirecta, com seria en aquest cas— un increment retributiu per damunt dels límits fixats en la Llei de pressupostos. En tot cas, creiem que aquests tipus de previsions a l'alça no són possibles de manera individual (pacte individual, contracte de treball) i que, si s'escauen, s'han d'establir per mitjà de la negociació col·lectiva. En aquest sentit, ens sembla coherent la previsió que per al personal laboral de la Generalitat de Catalunya s'ha instituit mitjançant el Decret 243/2004, de 30 de març, en el sentit que no es «podran pactar o subscriure condicions, contraprestacions i indemnitzacions que puguin donar lloc a quanties superiors a les previstes amb caràcter general per la normativa laboral aplicable» (art. 3.1). Únicament s'obre la porta a la negociació quan s'afirma que cal un informe favorable dels departaments competents en matèria de funció pública i d'economia i finances, en el cas dels «acords, pactes o convenis col·lectius dels quals puguin derivar-se indemnitzacions o qualsevol altre tipus de contraprestacions per extinció contractual superiors a les consignades a la legislació laboral vigent» (art. 3.2).

352. DA 1a, apartat 3r, Llei 43/2006: «[...] a la finalització del contracte el treballador tindrà dret a percebre una compensació econòmica [...]».

Cal esmentar també que la normativa fixa amb caràcter general uns terminis de preavís a la finalització dels contractes, preavís que, d'altra banda, pot realitzar-se per escrit o verbalment,³⁵³ sempre que es pugui acreditar d'alguna manera fefaent la recepció d'aquest per part del treballador, raó per la qual és aconsellable que sempre es faci per escrit en el cas de les entitats locals. Així, en els contractes causals, la denúncia s'ha de fer amb una antelació mínima de quinze dies, si tenen una durada superior a un any, i en cas d'incompliment d'aquest termini s'haurà de donar «al treballador una indemnització equivalent al salari corresponent als dies en què el termini esmentat s'hagi incomplert» (art. 8.3 RCT). Quan no hi ha una previsió legal sobre això, cal acudir al que s'hagi pactat mitjançant el mateix contracte o en la negociació col·lectiva (art. 49.1c ET).³⁵⁴

8.2.3. Aplicació del principi d'igualtat als contractes temporals

Amb la finalitat d'evitar que el recurs al contracte temporal esdevingui una tàctica de disminució de costos, es va aprovar també en la reforma laboral del 2001 (Llei 12/2001, de 9 de juliol) una regla d'equiparació de drets, de manera que els treballadors temporals, sens perjudici de les particularitats específiques de cada modalitat en matèria d'extinció, o d'aquelles que es prevegin en la llei —per exemple, sobre la retribució de contractes formatius—, gaudeixen dels mateixos drets que estableixen les lleis i els convenis col·lectius per als treballadors fixos. S'hi va indicar específicament que quan un determinat dret o una determinada condició està atribuïda en funció d'una determinada antiguitat del treballador, aquesta darrera ha de computar-se tant per als fixos com per als empleats temporals. Això ha convertit en il·legals les clàusules dels convenis col·lectius que restringeixen el gaudiment del complement d'antiguitat dels treballadors amb contracte temporal. Aquest nou article 15.6 ET, que va incorporar a la legislació espanyola el principi d'igualtat de tracte i no-discriminació recollit en la Directiva 1999/70/CE, de 28 de juny de 1999, institueix un instrument interpretatiu autèntic, que es pot imposar com a garantia de dret necessari davant de qualsevol disposició

353. Acceptant la forma verbal, vegeu, per a totes, les sentències del TS de 21 de setembre de 1988 (Ar. 7084) i 10 d'abril de 1995 (Ar. 3038).

354. Hi ha convenis col·lectius d'entitats públiques que fixen regles concretes sobre la forma i el termini dels preavisos a la finalització de contractes temporals, de manera que no limiten aquestes obligacions als contractes de durada superior a un any, sinó que hi inclouen tots els que es formalitzin, o un grup específic d'aquests.

que se li oposi³⁵⁵ i ha donat peu a nombroses sentències de tota índole, que afecten el sector privat i les administracions públiques, que afirmen que els treballadors, siguin fixos o temporals, tenen dret que se'ls computi com a temps de servei el prestat mitjançant contractes temporals, amb independència de la modalitat de contracte utilitzada, i que afirmen que una clàusula en un conveni col·lectiu que excloués els contractes temporals vulnera l'article 15.6 ET.³⁵⁶

8.2.4. La limitació de la concatenació de contractes temporals irregulars

Malgrat que la finalització d'un contracte temporal pugui ser considerada irregular, el servei públic d'ocupació reconeix sempre la prestació d'atur, encara que el treballador no presenti una demanda contra l'entitat local. L'article 208.4 LGSS estableix que el treballador es troba en situació legal d'atur si finalitza el seu darrer contracte temporal. No obstant això, primer mitjançant el Reial decret llei 5/2002 i en l'actualitat mitjançant la reforma introduïda per la Llei 45/2002 a la Llei de procediment laboral (LPL), ara és vigent l'article 145 *bis* de la norma legal, que sanciona les pràctiques abusives en aquest àmbit.

Quan l'entitat gestora de les prestacions d'atur constati que, en els quatre anys immediatament anteriors a la sol·licitud d'una prestació, el treballador ha percebut prestacions d'atur per finalització de diversos contractes temporals amb una mateixa empresa (en el nostre cas, una mateixa entitat local), pot —l'entitat gestora— adreçar-se d'ofici a l'autoritat judicial i presentar una demanda contra l'ens local per tal que sigui declarat responsable de l'abonament de les prestacions, llevat de la prestació corresponent a

355. Vegeu les sentències del TS de 7 d'octubre de 2002 (Ar. 10912) i 23 d'octubre de 2002 (Ar. 10916), i també la STS de 17 de maig de 2004 (Ar. 5158).

356. Per a totes, vegeu la STSJ del País Basc d'11 d'octubre de 2005 (AS. 2006/433), referent al personal laboral temporal d'un ajuntament; i, pel que fa al personal laboral temporal de l'Administració autonòmica, vegeu les sentències del TSJ de la Comunitat Valenciana de 25 d'octubre de 2005 (AS. 2006/726), 24 de gener de 2006 (AS. 875) i 7 de febrer de 2006 (AS. 844), i del TSJ de Castella i Lleó/Burgos de 29 de desembre de 2005 (AS. 2006/89), 28 de març de 2006 (AS. 906) i 6 d'abril de 2006 (AS. 1700). La raó que hi hagi un volum important de litigiositat sobre aquesta qüestió en l'àmbit públic deriva del fet que sovint els convenis col·lectius o la pràctica administrativa segueixen l'esquema legal previst per als funcionaris, en el qual únicament els funcionaris de carrera tenen dret a la retribució bàsica de triennis, de manera que els interins resten exclosos d'aquesta. Aquesta exclusió, referida al funcionariat interí, ha desaparegut en l'Estatut bàsic de l'empleat públic de 2007, ja que l'article 25.2 del qual reconeix el dret a percebre triennis a partir de l'entrada en vigor d'aquest Estatut (maig de 2007).

l'últim contracte temporal, sempre que la reiterada contractació temporal fos abusiva o fraudulenta. En cas que així ho determini l'autoritat judicial, la corporació local ha de ser condemnada a la devolució, a l'entitat gestora, de les prestacions abonades en el seu dia juntament amb les cotitzacions corresponents, les quals no es revisen perquè l'objecte de la demanda són els diferents contractes temporals abusius i fraudulents, no l'actuació fraudulenta d'ambdues parts³⁵⁷ (és a dir, la corporació local i el treballador).

En aquest supòsit, un cop admesa la demanda, la corporació local i el treballador tenen la consideració de part en el procés, i no poden sol·licitar la suspensió d'aquest procés ni el treballador afectat pot desistir-ne. La manca de compareixença d'una i/o l'altre no evita que el procediment segueixi d'ofici. La sentència judicial és immediatament executiva i quan és ferma es comunica a la Inspecció de Treball.

8.2.5. La concatenació de contractes laborals temporals ajustats a la llei

Fins l'any 2006, no hi havia cap límit realment eficient per moderar l'encadenament de contractes temporals quan aquests eren contractes plenament correctes i vàlids. Tanmateix, mitjançant el Reial decret Llei 5/2006, de 9 de juny, i la posterior Llei 43/2006, que el substitueix, l'Estat espanyol va incorporar a l'ordenament la Directiva 1999/70, que pretén evitar, mitjançant vies legals i convencionals, l'encadenament successiu de contractes temporals.

Aquesta via de limitació s'aplica també a les corporacions locals per mitjà de dues fórmules, incorporades a l'article 15.5 ET, segons el redactat donat per la Llei 43/2006.

8.2.5.1. Limitacions per previsió expressa de la legislació laboral

Passen a tenir la condició de fixos els treballadors que dins d'un període de 30 mesos hagin estat contractats durant un període superior a 24, de manera continuada o no, per al mateix lloc de treball en la mateixa empresa i mitjançant dos o més contractes temporals, ja sigui de manera directa o per mitjà d'una ETT i amb la mateixa o amb diferents modalitats contractuals temporals. S'exceptuen d'aquestes contractes els formatius (pràctiques i formació), els de relleu i els d'interinitat.

357. STSJ d'Andalusia/Sevilla de 10 de novembre de 2005 (AS. 926).

Aquesta previsió del nou article 15.5 ET s'aplica a les corporacions locals, ja que la Llei 43/2006, de 29 de desembre, incorpora a l'ET una nova disposició addicional, la quinzena, segons la qual això que disposa l'article 15.5 també regeix en l'àmbit de les administracions públiques i els seus organismes autònoms. Tanmateix, l'aplicació no és absoluta, sinó que per mitjà de la norma s'institucionalitza, de manera indirecta però creiem que clara, la figura del treballador indefinit no fix, ja que la conversió del contracte temporal en fix es veu matisada pel fet que la referida conversió té lloc sens perjudici de l'aplicació dels principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, i les entitats locals estan obligades a cobrir els llocs de treball de què es tracti pels procediments ordinaris, d'acord amb el que estableix la normativa aplicable a l'Administració pública.

En conseqüència, l'article 15.5 ET comporta, en la seva aplicació a l'entitat local, no la transformació del treballador afectat en fix, sinó el naixement d'un vincle indefinit no fix i, per tant, amb la mateixa conseqüència que es comenta en aquest llibre per al supòsit de contractes temporals laborals irregulars o en frau de llei.

8.2.5.2. Limitacions per mitjà d'una previsió recollida en un conveni

Mitjançant el conveni col·lectiu es poden instituir fórmules de transformació en fixos de contractes temporals correctament formalitzats, amb diferents treballadors però per al mateix lloc de treball. En concret, l'article 15.5, segon paràgraf, ET indica que, prenent com a base les peculiaritats de cada activitat i les característiques de cada lloc de treball, la negociació col·lectiva ha d'establir els requisits adreçats a prevenir l'ús abusiu dels contractes de durada determinada amb diferents treballadors per desenvolupar el mateix lloc de treball cobert anteriorment amb contractes temporals, amb o sense solució de continuïtat, incloent-hi els contractes de posada a disposició realitzats per ETT. Aquesta previsió també és aplicable, segons el nostre parer, a la negociació col·lectiva de les corporacions locals, si bé la conversió ha de ser a una relació laboral indefinida no fixa.

8.2.6. Irregularitats en la contractació laboral temporal. Conseqüències. El frau de llei en la contractació laboral temporal

Totes les modalitats contractuals tenen un règim de garantia per als supòsits d'irregularitat o frau de llei, règim que cal lligar, com a regulació jurídica, amb el principi d'estabilitat de l'ocupació. Aquest règim de garantia es fonamenta, bàsicament, en dos tipus de presumpcions: la *iuris tantum*, que és la prioritària, i la *iuris et de iure*, prevista per a supòsits molt concrets.

Els contractes temporals es presumeixen formalitzats per temps indefinit —segons la norma laboral— si s'incorre en algunes de les circumstàncies que s'indicaran a continuació. Com a presumpció *iuris tantum*, és possible, doncs, la prova en sentit contrari, que ha d'acreditar la naturalesa de l'activitat o dels serveis de manera que siguin efectivament temporals. En absència d'aquesta prova, en l'àmbit privat es presumeix que el contracte és fix, i en les entitats locals, *indefinit no fix*.³⁵⁸

En les corporacions locals, es considera indefinit no fix el contracte temporal que incorri en alguna de les circumstàncies següents:

— Que no s'hagi formalitzat per escrit. Davant dels principis de llibertat de forma i de validesa del contracte laboral verbal existents en el dret espanyol, les normes de dret necessari requereixen moltes vegades la contractació temporal escrita i també, en segons quins supòsits, la contractació fixa. Per contra, aquesta presumpció no s'aplica quan l'incompliment no és de la forma escrita, sinó del model oficial previst en la norma; aquesta mancança no comporta la presumpció d'un contracte indefinit no fix, sinó únicament una possible infracció administrativa lleu (art. 6.5 i 40.1a LIS).

— En els supòsits en què es requereix la forma escrita, la seva absència comporta que els contractes formalitzats així es presumeixin fixos i a jornada completa, llevat que hi hagi una prova en sentit contrari que acrediti la seva naturalesa temporal o el caràcter a temps parcial dels serveis prestats (art. 8.1 i 2 ET). La presumpció és *iuris tantum*, ja que la forma escrita no és un requisit *ad solemnitatem*, per la qual cosa qui vulgui fer valdre la temporalitat o el caràcter a temps parcial del vincle, ho ha de demostrar.

358. No han de portar-nos a confusió, doncs, els termes emprats sovint per la llei, de manera indistinta, d'*indefinit i fix*. En el sector privat, ambdós termes són equivalents. És en l'àmbit de les entitats públiques que això es diferencia, com s'estudia en el capítol 10.

— Tanmateix, aquesta afirmació s’ha d’adaptar a l’Administració local, fonamentalment perquè, segons la normativa aplicable a Catalunya, tots els contractes laborals que formalitzi un ens local han de ser per escrit,³⁵⁹ de manera que ni tan sols en aquells en què el dret laboral permet la forma verbal —per exemple, el contracte eventual de durada inferior a quatre setmanes— és possible l’exitiment de la forma escrita.

— Que, arribat el termini màxim de durada, la corporació local no comuniqui al treballador la fi del contracte i aquest continuï prestant-hi serveis. Aquesta regla deriva del fet que els contractes temporals finalitzen quan s’arriba a la durada pactada, quan s’assoleix el termini previst o quan finalitza l’obra o el servei contractat. Però, perquè aquesta circumstància sigui correcta, cal una denúncia, això és, que es comuniqui la finalització. A partir d’aquí, funcionen algunes presumpcions:

1. En primer lloc, si es tracta d’un contracte temporal de durada inferior al màxim previst per la llei per a aquesta modalitat específica i no hi ha denúncia expressa però tampoc no es formalitza una pròrroga formal, es presumeix la pròrroga tàcita del contracte temporal fins al termini màxim permès per la norma legal, per la reglamentària o, si s’escau, pel conveni col·lectiu.

2. Si el termini màxim permès s’ha assolit, no hi ha denúncia i el treballador continua fent les seves funcions, es presumeix que el contracte esdevé fix —o indefinit no fix, en l’Administració local—, llevat que hi hagi una prova en sentit contrari que acrediti la naturalesa temporal del vincle (art. 49.1c ET).

— Que el treballador temporal no hagi estat donat d’alta a la seguretat social, sempre que hagi transcorregut un termini igual al que legalment s’hagués pogut fixar per al període de prova, llevat que de la mateixa naturalesa de les activitats o els serveis contractats es dedueixi amb claredat la durada temporal (art. 15.2 ET), sense perjudici de les sancions administratives previstes en la llei.³⁶⁰ La regla funciona igualment encara que no s’hagués pactat cap període de prova en el contracte temporal, ja que l’article 15.2 diu literalment que la presumpció *ius tantum* funciona segons el període de prova que «hagués pogut» pactar-se.

359. Article 16 RPSEL: «És personal laboral el que, en virtut de contracte de naturalesa laboral, que haurà de formalitzar-se per escrit [...]» Igualment, el nou Estatut bàsic de l’empleat públic de 2007 obliga a la forma escrita en tots els contractes laborals subscrits per l’Administració pública (art. 11.1).

360. L’article 22 LIS tipifica com a greu no sol·licitar en el temps i la forma legals, l’afiliació o l’alta dels treballadors a la seguretat social.

També es produeix la conversió del contracte en indefinit no fix quan aquest es formalitza en frau de llei, supòsit en què no és possible la prova en sentit contrari —presumpció *iuris et de iure*— (art. 15.3 ET), la qual cosa no vol dir que no s'hagi de provar, ja que no es presumeix el referit frau de llei, sinó la conseqüència d'aquest. Es qualifica com a frau de llei la conducta de l'entitat local formalment correcta segons la literalitat de la norma sobre contractació temporal emprada, però que persegueix un resultat contrari a l'ordenament jurídic o que aquest prohibeix: és a dir, la norma és un instrument que dóna cobertura a la comissió d'un fet antijurídic. El frau de llei és quelcom més que la simple omisió de determinades formalitats a l'hora d'expedir el contracte: cal una «decidida i patent voluntat d'eludir el manament imperatiu de la norma legal, obviant la realització del seu propi objectiu o finalitat»,³⁶¹ si bé la jurisprudència més recent ha aigualit l'existència d'aquesta clara voluntat i ha passat a acceptar el frau quan hi ha una mera consciència d'ús indegut de la norma.³⁶² El ventall de supòsits és extens i es tracta d'una de les circumstàncies que més ha discutit la jurisdicció, tant en l'àmbit privat com en el públic. El gruix més important de supòsits de frau de llei el formen la inexistència de causa que justifiqui el contracte temporal, la concatenació de contractes temporals per realitzar activitats permanents a l'entitat local i l'atribució de tasques o funcions diferents per a la qual va ser formalitzat el contracte temporal,³⁶³ supòsits que, en suma, impliquen l'ús de la figura temporal per cobrir necessitats de feina que es deriven de l'activitat ordinària.³⁶⁴

361. STS de 4 d'abril de 1990 (Ar. 3104).

362. Les sentències del TS de 6 de febrer de 2003 i 6 de maig de 2003 (Ar. 3086 i 5765) no requereixen una actitud de l'entitat censurable moralment, socialment i legalment, sinó l'ús indegut de la norma sobre contractació temporal.

363. El frau de llei pot comportar igualment la sanció administrativa per infracció greu (art. 7.2 i 40.1b LIS).

364. En aquest sentit, la STSJ de Canàries/Las Palmas de 19 de maig de 2006 (AS. 2248) indica que la desnaturalització de la temporalitat perjudica l'estabilitat dels treballadors en l'ocupació i dóna peu a un menor contingut obligacional per a l'entitat local, de manera que constitueix, doncs, un frau de llei.

8.2.7. Les limitacions previstes per la normativa administrativa i, de manera especial, la legislació pressupostària³⁶⁵

Amb les normes sobre l'ocupació pública s'ha intentat, amb poc èxit fins al moment present —cal reconèixer-ho— establir limitacions a la interinitat i la temporalitat i, alhora, fixar instruccions que obliguin les administracions públiques a estabilitzar el personal que perllonga en el temps la seva situació laboral temporal o de funcionari interí. És cert, però, que durant molt de temps —i fins fa relativament poc— les restriccions pressupostàries —que continuen donant-se— han limitat molt aquestes opcions, atès que han reduït la possibilitat de convocar places estables (personal laboral fix o funcionari de carrera) al 25 % de la taxa de reposició d'efectius, xifra que posteriorment s'ha incrementat fins al 100 %. És cert que la disposició adicional primera del Reial decret 896/1991, de 7 de juny, pel qual s'estableixen les regles bàsiques i els programes mínims als quals s'ha d'ajustar el procediment de selecció dels funcionaris de l'Administració local, fixa que els «funcionaris» interins en una plaça vacant no poden perllongar-se indefinidament en el temps, atès que «les places així cobertes hauran incloure's necessàriament en la primera convocatòria de provisió de llocs de treball o en la primera oferta d'ocupació pública que s'aprovi». No obstant això, la legislació pressupostària posterior, any rere any a partir del 1993, ha convertit aquesta previsió en paper mullat, o, si més no, en una norma de compliment en suspens.

En aquest sentit, cal remarcar que la legislació dels darrers anys ha pretès reduir l'important grau de precarietat assolit després de més d'una dècada de contenció. En aquesta línia poden destacar-se els paràmetres següents, que, en relació amb el personal laboral temporal, pretenen —també creiem que sense gaire èxit— reduir la precarietat, que s'intenta cohonestar amb un control de l'augment de les plantilles de personal,³⁶⁶ i que han de ser recollits pels pressupostos de les corporacions locals, per imperatiu de la Llei pressupostària:

— Limitació de les convocatòries de personal de nou ingrés en el sector públic, incloent-hi les corporacions locals, a un màxim del 100 % de la taxa de reposició d'efectius i concentrant-se en els sectors, les funcions i les categories professionals que es considerin prioritaries o que afectin el funcionament dels serveis públics essencials.

365. Vegeu, pel que fa a les limitacions imposades per l'Estatut bàsic de l'empleat públic, l'epíleg a aquest llibre.

366. Normativa que té el caràcter de bàsica i dictada a l'empareda dels art. 149.1.13 i 156.1 de la Constitució espanyola (per a l'any 2007, art. 22 Llei 42/2006, de pressupostos generals de l'Estat).

L'oferta d'ocupació pública anual ha de comprendre tots aquells llocs i places ocupats per personal interí, nomenat i contractat durant l'exercici pressupostari «anterior» al que fa referència la llei de pressupostos de cada any,³⁶⁷ llevat dels treballadors que siguin interins —laborals en el nostre cas— en llocs en què el titular té una reserva del lloc de treball o estiguin afectats per un procés de provisió. Dels termes legals es pot desprendre una obligació, en aquest sentit, d'inclusió i convocatòria («incluirà tots els llocs i places desenvolupades [...]»³⁶⁸

— El referit criteri de limitació, per a l'àmbit específic de l'Administració local, no s'aplica al personal de la policia local —la qual cosa no afecta el nostre objecte, ja que no hi ha personal laboral temporal entre els efectius d'aquest cos—, al personal dels serveis d'extinció o prevenció d'incendis —supòsit que sí que pot afectar els ens locals— ni als municipis amb una població inferior als 50.000 habitants.

— No obstant tot això, una tercera regla pretén reconduir la precarietat a nivells més baixos, ja que, a diferència de la primera, que obliga a la inclusió dels llocs i places ocupats per personal interí en l'oferta, fixa una regla potestativa: les corporacions locals poden convocar els llocs o places corresponents a categories o grups professionals laborals que, dotades pressupostàriament i incloses en les seves plantilles de personal laboral, estiguin ocupades de manera temporal o interina amb anterioritat a l'1 de gener de l'any pressupostari anterior al que es refereix la llei de pressupostos corresponent,³⁶⁹ si bé des de l'any 2007 la referència ja no és aquella data i aquell any, sinó l'1 de gener de 2005.³⁷⁰ Sembla, doncs, que en aquest cas, a diferència de la primera regla, la inclusió i la convocatòria són potestatives. En aquest supòsit, no es computen aquestes places a l'efecte de la oferta d'ocupació pública corresponent.

367. Així, la Llei 30/2005, de 29 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2006, suposava que l'oferta d'ocupació d'aquell any hauria d'haver comprès els llocs ocupats interinament el contracte dels quals s'hagués formalitzat entre l'1 de gener i el 31 de desembre de 2005. Per al 2007, la Llei 42/2006 va indicar que «l'oferta d'ocupació pública inclourà tots els llocs i places desenvolupades per personal interí, nomenat o contractat en l'exercici anterior, excepte aquells sobre els quals hi hagi una reserva de lloc o estiguin incursos en processos de selecció».

368. Per a l'any 2007, art. 22.1 Llei 42/2006, de 28 de desembre.

369. Així, en relació amb la Llei de pressupostos per al 2006, la potestat d'inclusió —no obligació— per a la corporació local ho és en relació amb les places interines o temporals que estiguin ocupades amb anterioritat a l'1 de gener de 2005.

370. En aquest sentit, vegeu l'article 22.1, darrer paràgraf, de la Llei de pressupostos per al 2007.

— Pel que fa a la incorporació de personal laboral temporal, anualment la Llei de pressupostos fixa que no es procedirà a la seva contractació, llevat de casos excepcionals i per cobrir únicament necessitats urgents i no endarreribles, límit que comporta una segona regla: en tot cas, els contractes temporals de personal interí computen a l'efecte de complir el límit màxim de la taxa de reposició d'efectius en l'oferta d'ocupació pública corresponent al mateix any en què aquests contractes es formalitzin o, si no fos possible, en la següent oferta d'ocupació pública. Aquesta prescripció legal s'imposa sobre convenis col·lectius d'administracions públiques que fixaven obligacions de contractació temporal —o fixa— en casos, per exemple, de contractes de relleu de treballadors jubilats anticipadament.³⁷¹ No obstant això, la manca de controls administratius de cap mena respecte a aquesta qüestió ha comportat que la precarietat, a Catalunya i a Espanya i en tots els àmbits administratius, sigui un dels grans problemes de l'ocupació pública, i molt especialment de la local, que any rere any recorre als contractes temporals sense cap mena de limitació pràctica, malgrat les previsions de la legislació pressupostària.

— Finalment, volem destacar una regla de control de la legalitat que apareix en la Llei de pressupostos estatal i que, malgrat l'àmbit circumscrit a què s'adreça, hauria de tenir una translació a l'Administració local, a través per exemple dels seus propis pressupostos. Cada any, la Llei fixa que tots els contractes temporals que dugui a terme l'Administració han de formalitzar-se ajustant-se als articles corresponents de l'ET i respectant la Llei d'incompatibilitats. En els contractes s'ha de fer constar, si escau, l'obra o el servei i el temps de durada, així com la resta de les formalitats que imposa la legislació sobre contractes laborals, eventuais o temporals. Així mateix, s'indica que els departaments, organismes o entitats «hauran d'evitar l'incompliment de les citades obligacions formals, així com l'assignació de personal contractat per a funcions distintes de les determinades en els contractes, dels quals puguin derivar-se drets de permanència per al personal contractat», i es remarca, a més a més, que les actuacions incorrectes poden donar peu a l'exigència de responsabilitat, d'acord amb l'article 176 de la Llei 47/2003, general de pressupostos. I a totes aquestes regles s'afegeixen un parell de prescripcions més: la necessitat que els contractes temporals que es formalitzin tinguin un informe previ de l'advocat de l'Estat sobre la seva legalitat i la fiscalització prèvia de la Intervenció.³⁷²

371 . Segons la STS de 25 d'octubre de 1995 (Ar. 7871), «el principi de jerarquia de fonts (art. 3.1 ET) en relació amb l'art. 2.2 del Codi civil fa que, des de llavors, el que estigui establert en el conveni col·lectiu no sigui d'aplicació i no escau contractar treballadors fixos en substitució de jubilats anticipadament». Vegeu també la STS de 29 de maig de 2000 (Ar. 5531) i 3 de juliol de 2000 (Ar. 6287).

372 . Per a l'any 2007 podeu consultar l'article 37, apartats 2n, 3r i 4t, de la Llei 42/2006, de 28 de desembre.

Bibliografia

Aguilera Izquierdo, R. *El principio de causalidad en la contratación*. RMTAS, núm. 33 (2001).

Boltaina Bosch, X. «Temporalitat i precarietat a l'ocupació pública». Ponència presentada al II Congrés Català de Gestió Pública. Barcelona, 5 i 6 de juliol de 2006. <http://www.diba.cat/cemical/estudis.asp>.

Cardenal Carro, M. «Una propuesta pragmática ante el interminable debate sobre la contratación temporal». *Aranzadi Social*, núm. 4 (2001).

Ojeda Avilés, A.; Gorelli Hernández, J. *Los contratos de trabajo temporales*. Madrid: lustel, 2006.

Sempere Navarro, A. (dir.) *Los contratos de trabajo temporales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004.

9

**Aproximació a altres fórmules de
prestació de serveis temporals:
les empreses de treball temporal**

9.1. Marc general

Probablement, una de les qüestions que ha estat objecte d'un debat més important en els últims anys és el paper que tenen —o que han de tenir— les empreses de treball temporal (ETT) en el nostre mercat de treball. Aquest tipus d'empreses van ser legalitzades pel Reial decret llei 18/1993, de 3 de desembre, de mesures urgents de foment de l'ocupació, i regulades per la Llei 14/1994, d'1 de juny, d'empreses de treball temporal (LETT), que les defineix com aquelles empreses que tenen com a finalitat posar a la disposició d'una altra empresa usuària, amb caràcter temporal, els treballadors que han contractat. L'article 43.1 ET afegeix a això que la contractació de treballadors per a cedir-los temporalment a una altra empresa només pot fer-se a través d'ETT degudament autoritzades en els termes que s'estableixen en la llei. L'esmentada Llei d'empreses de treball temporal va ser desenvolupada pel Reial decret 4/1995, de 13 de gener, pel qual es desenvolupa el Reglament d'empreses de treball temporal (RETT). En matèria de prevenció de riscos laborals, cal tenir en compte l'article 28 LPR i el RD 216/1999, de 5 de febrer, sobre disposicions mínimes de seguretat i salut en el treball en l'àmbit de les ETT.

En l'àmbit de les ETT es constitueix, jurídicament parlant, una relació triangular o trilateral amb una diversitat de subjectes i de relacions jurídiques.

En efecte, des de la perspectiva subjectiva, cal destacar que els subjectes implicats són tres: l'empresa usuària, que pot ser una persona física, una persona jurídica o una comunitat de béns (o un grup d'empreses); l'ETT, que ha de complir els rigorosos requisits exigits per la normativa per poder actuar com a tal (art. 2 i 3 LETT), i el treballador posat a disposició, contractat per l'ETT precisament per prestar serveis temporalment en l'empresa usuària. Aquesta contractació pot ser per temps indefinit o, com passa en la gran majoria dels casos, temporal, de durada coincident amb la del contracte de posada a disposició. Hi ha una fórmula contractual que no poden utilitzar les ETT: la del contracte per a la formació (art. 10 LETT).

En conseqüència, es plantegen tres tipus de relacions. En primer lloc, es formalitza un contracte de posada a disposició, que té com a subjectes l'empresa usuària i l'ETT, que és un contracte de naturalesa mercantil i que té com a objecte la cessió temporal d'un treballador per tal que presti els seus serveis en l'empresa usuària, per la qual cosa queda sotmès al seu poder de direcció i control. Aquest contracte ha de formalitzar-se necessàriament per escrit.

En segon lloc, es formalitza un contracte de treball entre l'ETT i el treballador posat a disposició, contracte que s'ha de fer també per escrit.

I, finalment, es constitueix una tercera relació entre el treballador i l'empresa usuària, que no és de caràcter contractual però que sí que es troba eminentment laboraltzada —ha estat qualificada com a *relació juridicolaboral de fet*. Aquesta última relació es caracteritza bàsicament per la dissociació del poder de direcció empresarial respecte al treballador posat a disposició entre l'empresa usuària i l'ETT (art. 15 LETT).

Segons l'article 6 LETT, el contracte de posada a disposició es pot formalitzar en els mateixos supòsits i amb les mateixes condicions i els mateixos requisits amb què l'empresa usuària podria formalitzar un contracte de durada determinada d'acord amb l'article 15 ET.

Existeixen també certs supòsits en què no es pot recórrer vàlidament a una ETT:

1) Per substituir treballadors en vaga.

2) Per a la realització de les activitats i els treballs que, per la seva especial perillositat per a la seguretat o la salut, es determinen reglamentàriament.

3) Quan en els dotze mesos immediatament anteriors a la contractació l'empresa hagi amortitzat els llocs de treball que es pretenen cobrir per acomiadament improcedent o per les causes previstes en els articles 50, 51 i 52c ET, excepte en els supòsits de força major.

4) Per cedir treballadors a d'altres ETT.

Si es produeix algun d'aquests supòsits, sorgeix una responsabilitat solidària entre l'ETT i l'empresa usuària pel que fa a les obligacions salarials i de seguretat social concretes amb els treballadors durant la vigència del contracte de posada a disposició. La regla general en aquest àmbit és la responsabilitat subsidiària de l'empresa usuària (art. 16.3 LETT).

Finalment, la LETT també regula els drets que els treballadors posats a disposició poden exigir tant davant de l'ETT com davant de l'empresa usuària (art. 11 i 17 LETT), les obligacions de l'ETT (art. 12 LETT) i de l'empresa usuària (art. 16 LETT), i la manera d'exercir el poder de direcció i control de l'activitat desenvolupada pel treballador posat a disposició (art. 15 LETT).

9.2. El recurs a les empreses de treball temporal en el cas de les corporacions locals

9.2.1. Marc normatiu

En aquest àmbit cal partir d'una premissa important: existeix una normativa administrativa específica que, juntament amb la LETT, regula les possibilitats que una Administració pública té de poder recórrer als serveis d'una ETT. Aquesta normativa es troba en l'article 196 de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP)³⁷³ (norma bàsica), on es reconeix expressament, a diferència de la situació anterior (S. del Rey Guanter i C. Gala Durán, «Administraciones públicas», p. 15 i seg.), el possible recurs de les administracions públiques a les ETT mitjançant la figura del contracte de serveis, això sí, amb importants límits. Es pot afirmar, fins i tot, que aquesta regulació expressa té precisament com a única finalitat restringir la intervenció de les ETT a supòsits molt concrets (B. Quintanilla Navarro i P. Madrid Yagüe, «Las empresas de trabajo temporal», p. 3). I això és degut als motius següents:

1) La cessió de treballadors a les administracions públiques per mitjà d'un contracte administratiu públic es limita al supòsit que es recull en l'article 196 LCAP, que regula els contractes de consultoria i assistència i els contractes de serveis, i, en concret, al contracte de serveis que tingui per objecte la realització d'enquestes, preses de dades i altres serveis anàlegs.

2) A més, només es pot recórrer a una ETT quan una Administració pública necessiti els serveis de personal amb caràcter eventual.

3) Segons l'article 198.3 LCAP, la durada dels contractes ha de ser com a màxim de sis mesos, passat els quals el contracte s'extingeix sense possibilitat de pròrroga.

373. Cal tenir present que l'origen d'aquest article 196 és l'article 197 de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, que va ser introduït per la Llei 53/1999, de 28 de desembre, que modificava la Llei 13/1995. En l'exposició de motius de la Llei 53/1999 s'afirmava: «La Llei que ara es promulga suprimeix certes figures contractuals i n'introdueix altres de noves per satisfer les necessitats de les administracions públiques, que la pràctica ha posat en relleu [...] s'admeten, amb certs límits, les figures [...] dels contractes amb empreses de treball temporal [...] es pretén dotar les administracions públiques de figures i modalitats contractuals de normal utilització en el tràfic contractual privat [...]».

Esgotat aquest termini, no pot produir-se la consolidació dels treballadors cedits per una ETT com a personal de les administracions públiques, ja que no és d'aplicació l'article 7.2 LETT.³⁷⁴

4) De conformitat amb l'article 201 LCAP, els contractes de consultoria i assistència i de serveis tenen la consideració de contractes menors quan la seva quantia no excedeixi la xifra de 12.020,24 euros, llevat dels contractes a què es refereix l'article 196.3 LCAP, concertats amb ETT en les quals no existeix aquesta categoria de contractes.

Cal assenyalar que ni la normativa sobre contractes de les administracions públiques ni cap altra norma posterior ha modificat la LETT amb la finalitat d'introduir-hi una referència expressa als supòsits en què una Administració pública pot recórrer a una ETT. Així mateix, l'única cita que es fa en la LCAP a la LETT se centra exclusivament a excloure l'aplicació del seu article 7.2.1. I, finalment, en l'esmentada LCAP s'introdueix una nova fórmula jurídica de cessió lícita de treballadors —el contracte administratiu de serveis— sense modificar el contingut de l'article 43 ET ni la LETT. En definitiva, tot i que ambdues normatives —la LETT i la regulació administrativa— són aplicables en el cas que una entitat local decideixi recórrer a una ETT, aquestes normatives no estan coordinades entre si, fet que resulta molt discutible i que dona lloc a problemes.

9.2.2. Límits i condicionaments

Tenint en compte això assenyalat anteriorment i posant com a exemple el cas en què una entitat local es planteja recórrer a una ETT, cal tenir present que aquesta decisió es troba sotmesa, com hem vist, a diversos límits i condicionaments importants.

9.2.2.1. La utilització del contracte administratiu de serveis

El primer límit es fonamenta en el fet que la cessió de treballadors a les administracions públiques no es preveu amb caràcter general, sinó que s'estructura a través d'una modalitat concreta de contracte administratiu: el contracte de serveis. S'exigeix, a més, que l'objecte d'aquest contracte sigui, únicament i exclusivament, «la realització d'enquestes, presa de dades i altres serveis anàlegs», amb la qual cosa s'exclouen ex-

374. Article que preveu que «si a la finalització del termini de posada a disposició el treballador continués prestant serveis a l'empresa usuària, se'l considerarà vinculat a aquesta per un contracte indefinit».

pressament la resta de serveis que, d'acord amb l'article 196.3 LCAP, poden constituir l'objecte d'aquest tipus de contracte administratiu, és a dir: 1) els serveis de caràcter tècnic, econòmic, industrial, comercial o qualsevol altre de naturalesa anàloga, sempre que no es trobin compresos dintre dels serveis propis dels contractes de consultoria i assistència o en algun altre contracte dels regulats en l'esmentada LCAP; 2) els serveis complementaris per al funcionament de l'Administració; 3) els serveis de manteniment, conservació, neteja i reparació de béns, equips i instal·lacions; 4) el desenvolupament de programes d'ordinador per a l'Administració, que seran de lliure utilització, i 5) la gestió del sistema d'informació, que pot comprendre el manteniment, la conservació, la reparació i l'actualització dels equips físics i lògics de tractament de la informació, així com l'actualització dels programes informàtics i el desenvolupament de nous programes. Aquestes exclusions es completen, des d'una perspectiva més àmplia, amb el contingut dels articles 196.4 i 196.3.1j i k LCAP.³⁷⁵

Per tant, una entitat local pot recórrer a una ETT, però aquest primer condicionament o límit implica que només pot fer-ho utilitzant la fórmula del contracte de serveis, i només per portar a terme la tasca de realitzar enquestes, preses de dades i altres serveis anàlegs. És a dir, els treballadors posats a disposició per l'ETT només poden dedicar-se a aquestes tasques. Com veiem, les possibilitats de recórrer a una ETT per part d'una corporació local són molt escasses. En aquest punt, cal fer també diverses consideracions:

a) No és possible emprar els contractes de consultoria i assistència i de serveis, ja que aquests contractes parteixen de la idea que es contracta un servei, i el coneixement i l'estructura necessaris per realitzar aquest servei es troben a les mans de l'empresa que es contracta per portar-lo a terme (art. 197.1 LCAP),³⁷⁶ situació que no es dona en el cas de les ETT, ja que aquestes, per la seva pròpia definició, no poden dedicar-se a prestar serveis de cap tipus, sinó que s'han dedicat només a cedir treballadors a les empreses usuàries. L'organització d'una ETT no pot estar mai dirigida a realitzar un servei per a l'empresa usuària, sinó a permetre que un treballador o treballadors —mitjançant la seva cessió— realitzin aquest servei.

375. El primer exclou del contracte de serveis aquells serveis que impliquen exercici de l'autoritat inherent als poders públics, i en el segon s'enumeren una sèrie de serveis que queden exclosos per l'article 1 de la Directiva 92/50/CEE.

376. Exigeix que «les empreses adjudicatàries hauran de ser persones físiques o jurídiques la finalitat de les quals o la seva activitat tingui relació directa amb l'objecte del contracte, segons resulti dels respectius estatuts fundacionals i s'acrediti degudament, i disposin d'una organització amb elements personals i materials suficients per a la deguda execució del contracte».

b) Fins i tot en el marc estricte del contracte de serveis, una ETT tampoc no pot ser considerada una empresa de serveis, ja que la seva única finalitat és, com hem vist, cedir treballadors perquè siguin aquests els qui prestin els serveis a l'empresa usuària. És a dir, la seva única possible funció és cedir treballadors a l'entitat local perquè aquesta porti a terme la tasca de realitzar enquestes, prendre dades i altres serveis anàlegs, però l'ETT no pot encarregar-se mai de desenvolupar directament aquesta tasca.

c) L'existència d'una regulació expressa —encara que molt restrictiva— en l'article 196.3 LCAP impedeix que l'entitat local pugui recórrer al contracte de posada a disposició, definit en termes més amplis en la LETT. És important insistir que només és possible recórrer vàlidament a una ETT en el cas concret previst en l'esmentada LCAP.

Això no impedeix, però, assenyalar que, en el cas que una entitat local recorri a una ETT en el supòsit previst en l'article 196.3 i llevat de les especialitats recollides en el text normatiu esmentat, resulta d'aplicació, en relació amb la posada a disposició del treballador, el que es preveu amb caràcter general en la LETT, tenint presents, però, totes les peculiaritats que pot comportar el fet que es contracta amb una Administració pública. I això es deu que, malgrat que es tracta d'una fórmula diferent de cedir treballadors, la regulació material d'aquesta cessió segueix trobant-se en la LETT. D'aquesta manera, si bé la preparació i l'adjudicació del contracte administratiu de serveis que s'ha de formalitzar amb l'ETT es regiran per la LCAP, els aspectes substancials de la posada a disposició, així com tot el que no estigui disposat en l'esmentada LCAP, es regiran per la LETT.

d) Tal com hem assenyalat i a diferència del que passa en el marc de la LETT (on no existeix una delimitació material dels supòsits d'utilització de les ETT), una entitat local només pot recórrer a una ETT per dur a terme una tasca concreta: la realització d'enquestes, preses de dades i serveis anàlegs. Això implica afegir al condicionament de la necessitat temporal que aquesta necessitat es manifesti, a més, en aquest àmbit funcional concret. En aquest punt, pot plantejar problemes la identificació dels serveis que poden resultar «anàlegs» als que consisteixen a realitzar enquestes o prendre dades.

En definitiva, aquest primer límit o condicionament implica que l'únic supòsit en què una entitat local pot acudir vàlidament a una ETT es produeix quan, en la gestió directa de les tasques de realització d'enquestes, presa de dades i altres serveis anàlegs, aquella decideix recórrer temporalment —en lloc d'utilitzar la contractació laboral temporal— a una ETT i adoptar amb aquesta finalitat el corresponent contracte administratiu de serveis.

9.2.2.2. La necessitat de personal «eventual»

Aquest límit implica que els contractes de serveis examinats anteriorment només es poden formalitzar «quan es necessiti la posada a disposició de l'Administració de personal amb caràcter eventual». El problema principal és, òbviament, interpretar què significa «personal amb caràcter eventual», perquè es poden fer diverses interpretacions (B. Quintanilla Navarro i P. Madrid Yagüe, «Las empresas de trabajo temporal», p. 13-14).

La primera interpretació se centra a emprar el terme «eventual» en un sentit col·loquial, referit més a la temporalitat en si dels treballs que s'han de desenvolupar que a una voluntat de delimitació tecnicojurídica. Aquesta interpretació es veu reforçada pel fet que en les administracions públiques la contractació de personal eventual s'utilitza per cobrir necessitats que excedeixen aquelles que estrictament corresponen al contracte eventual.

La segona interpretació consisteix a entendre que una entitat local només pot recórrer a una ETT quan requereix la posada a disposició de personal amb «caràcter eventual», cosa que restringeix encara més les possibilitats d'utilització de les ETT, atès que les identifica amb el contracte eventual regulat en l'article 15 ET. És a dir, només podria acudir-se a les ETT davant la presència de determinades circumstàncies del mercat, un excés de comandes o una acumulació de tasques, amb la qual cosa s'exclourien els supòsits, considerats en la LETT, d'interinitat i obra o servei determinat.

En contra d'aquesta última interpretació es pot al·legar que encaixa malament amb la mateixa definició de l'objecte del contracte de serveis, que sembla que s'identifica més amb la realització d'obres o serveis determinats que no pas amb l'atenció de circumstàncies excepcionals del mercat (B. Quintanilla Navarro i P. Madrid Yagüe, «Las empresas de trabajo temporal», p. 13). No obstant això, a favor seu cal recordar no només el caràcter restrictiu de la possible utilització de les ETT per part de les administracions públiques, sinó també el fet que la durada màxima del contracte de serveis prevista per la llei es correspon amb la durada prevista en l'article 15 ET per al contracte eventual.

Al nostre entendre, tenint en compte aquestes possibles interpretacions, el recurs a una ETT per part d'una entitat local o de qualsevol altra Administració pública només pot tenir lloc per necessitats temporals, però sense identificar aquestes, únicament i exclusiva, amb el contracte eventual. I això, essencialment, perquè en l'àmbit que estem examinant la característica principal és la utilització d'una fórmula contractual diferent del contracte de posada a disposició regulat en la LETT, però la realitat de fons segueix sent la mateixa i, per tant, pot identificar-se no només amb l'eventualitat, sinó també

amb la interinitat o l'obra o servei determinat. D'altra banda, la limitació de la durada del contracte de serveis a un termini màxim de sis mesos no constitueix un element decisiu en contra, ja que, deixant al marge el fet que la mateixa normativa administrativa pot imposar en aquest àmbit una regulació diferent a la prevista en la LETT, la finalitat de l'establiment d'aquest termini màxim, sigui quina sigui la causa que justifiqui el recurs a l'ETT, respon novament a la voluntat del legislador de restringir la presència de les ETT en el marc de les administracions públiques.

Es pretén evitar, en definitiva, una interinitat «indefinida» estructurada per mitjà de treballadors posats a disposició per una ETT o una obra o servei de llarga durada articulats per mitjà d'aquesta via, amb la qual cosa es deixaria de banda el recurs a les vies d'accés reglamentari a l'ocupació pública.

9.2.2.3. La durada del contracte

D'acord amb la LCAP, la durada del contracte de serveis que formalitza una entitat local amb una ETT, amb tots els condicionaments ja examinats, ha de ser com a màxim de sis mesos, passats els quals el contracte s'extingeix sense possibilitat de pròrroga.

Així mateix, esgotat aquest termini, no pot produir-se la consolidació del treballador o els treballadors posats a disposició per l'ETT com a personal de l'entitat local, ja que no és d'aplicació, com hem vist, l'article 7.2 LETT. Amb tot això s'incorpora un nou i important condicionament a l'ús de les ETT en el marc de les administracions públiques.

En aquest punt, cal fer diverses consideracions:

1) Aquest règim presenta diferències importants respecte al previst en la LETT.

2) Es recull un termini màxim de durada i, per tant, les parts contractants poden fixar un termini mínim, però en cap cas no és possible pactar una pròrroga.

3) La durada prevista es correspon amb la durada regulada per la llei per al contracte eventual, fet que de vegades resultarà difícilment conciliable amb la finalitat atribuïda per la llei al contracte de serveis, que sembla que respon més a situacions susceptibles de ser cobertes mitjançant contractes per a obres o serveis determinats que no pas amb contractes eventuais, i que en certs supòsits no poden ser determinades amb exactitud en el temps, com en el cas de la realització d'enquestes (B. Quintanilla Navarro i P. Madrid Yagüe, «Las empresas de trabajo temporal», p. 15). Amb tot això s'introdueix una confusió formal i substancial que pot donar lloc a problemes.

4) La fixació d'una durada màxima i la impossibilitat de pròrroga plantegen la qüestió de què s'ha de fer quan s'ha esgotat la durada del contracte i el corresponent «servei» no ha finalitzat. En aquest àmbit es plantegen dues opcions: o bé la formalització d'un nou contracte de serveis amb la mateixa ETT o amb una altra per tal d'acabar aquest servei, o bé el recurs, únicament i exclusiva, a la contractació laboral temporal.

Al nostre entendre, només és possible aquesta segona opció, ja que la primera no solament contradiu la voluntat restrictiva que es dedueix de la LCAP, sinó que també podria contravenir el fet que el recurs a les ETT només és possible davant de necessitats temporals, i, per tant, es podria incórrer en un eventual frau de llei. És per això que, en el cas que, un cop extingit el contracte, no s'hagi finalitzat el servei corresponent, l'única via a la qual pot recórrer legalment una entitat local és la contractació directa de personal.

Cal tenir en compte, no obstant això, que sí que és possible formalitzar un nou contracte administratiu de serveis amb una ETT quan la causa sigui diferent.

5) L'article 196.3 LCAP preveu, com hem vist, que, un cop esgotat el termini previst, no pot produir-se la consolidació com a personal de les administracions públiques de les persones que, procedents d'una ETT, realitzin els treballs que constitueixen l'objecte del contracte de serveis, ja que no és d'aplicació, en aquest àmbit, el contingut de l'article 7.2 LETT. En el mateix sentit, l'article 71 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, que aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, configura com un dels continguts mínims necessaris del contracte de serveis, l'existència d'una referència expressa que no es pot produir la consolidació esmentada.

Això implica que, en el cas que el treballador posat a disposició per una ETT per a la realització d'enquestes, preses de dades i altres serveis anàlegs, continuï prestant els seus serveis en l'entitat local un cop extingit el contracte de serveis, no adquirirà la condició de contractat indefinit prevista en l'esmentat article 7.2 LETT (sí que serà, per tant, indefinit no fix). Aquesta solució és discutible per dos motius.

En primer lloc, perquè resulta en certa manera incongruent amb el contingut mateix de la LCAP, ja que, mentre que, d'una banda, des d'una postura que es pot considerar protectora, es pretén limitar al màxim la utilització de les ETT en l'àmbit de les administracions públiques, de l'altra s'atorga als treballadors posats a disposició un tracte pitjor que el que tindrien no només en el marc de l'empresa privada (tindrien la condició de treballadors indefinits, d'acord amb l'article 7.2 LETT), sinó també en l'àmbit mateix

de l'Administració pública (ja que, en el cas que es tractés de contractats temporals irregulars, passarien a ser considerats contractats indefinits no fixos) (J. Mauri Majós, «Los contratos de consultoría», p. 12).

En segon lloc, aquesta diferència de tracte i l'exclusió de l'aplicació de l'article 7.2 LETT no tenen una justificació objectiva i raonable en el simple fet de tractar-se d'una Administració pública, ja que l'argument de la impossibilitat que, partint d'irregularitats, els treballadors d'una ETT puguin arribar a consolidar un lloc de treball a l'Administració, ja que això resultaria contrari als principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat que han de regir l'accés de tots els ciutadans a l'ocupació pública, desconeix la tesi del Tribunal Suprem que qualifica com a treballadors indefinits no fixos precisament aquells treballadors temporals amb contractes que presenten alguna irregularitat o que han excedit la seva durada màxima.³⁷⁷ Aquesta doctrina resulta, al nostre entendre, traslladable al cas del treballador posat a disposició per una ETT que continua prestant serveis en l'entitat local un cop esgotada la durada màxima del contracte de serveis.

A la mateixa conclusió s'arriba en el cas que no s'excedeixi el termini màxim de durada del contracte previst per la Llei però no existeixi cap causa que justifiqui que l'entitat local recorri a una ETT, és a dir, quan s'ha fet un ús inadequat —perquè no està previst en la llei— de la figura de les ETT. Aquesta situació es produeix en tots els supòsits en què l'entitat local no recorre a una ETT amb l'objectiu de realitzar enquestes, prendre dades o altres supòsits anàlegs.

9.2.2.4. La no-consideració com a «contractes menors»

L'últim límit, de caràcter formal o procedimental, es recull en l'article 201 LCAP, que preveu que els contractes de consultoria, d'assistència i de serveis tenen la consideració de contractes menors quan la seva quantia no excedeixi la xifra de 12.020,24 euros, llevat del cas dels contractes concertats amb una ETT, en els quals no existeix aquesta categoria de contractes.

La categoria de contractes menors té com a finalitat establir un límit quantitatiu per sota del qual s'admeten certes peculiaritats, especialment la possibilitat d'emprar procediments més flexibles o exempts de certs controls, com passa en el cas de l'adjudicació del contracte per mitjà del procediment negociat sense publicitat o l'expedient

377. Sentències del TS de 13 d'octubre de 1998 i 11 de juny de 1999.

de contractació que genèricament preveu per a tots els contractes menors l'article 56 LCAP, precepte que, per a la qualificació dels contractes com a menors —prenent com a base exclusivament la seva quantia—, es remet al que es disposa en els articles 121, 176 i 201 LCAP.

Per tant, l'excepció respecte a les ETT recollida en l'esmentat article 201 LCAP implica que els contractes de serveis que les afectin no tenen la consideració de contractes menors pel que fa a l'aplicació dels procediments d'adjudicació previstos en els articles 208 a 210 LCAP, cosa que es tradueix en el reconeixement d'un procediment de contractació amb més controls i, per tant, menys àgil. És a dir, no seran d'aplicació les especialitats procedimentals previstes en l'article 56 LCAP, abans esmentat, i, per tant, no serà possible que la tramitació de l'expedient es limiti a la presentació de la proposta, l'aprovació de la despesa i la incorporació posterior de la factura corresponent.

I aquesta limitació procedimental, unida al fet que el recurs a les ETT s'ha d'articular necessàriament, com hem vist, per mitjà del contracte de serveis, implica que en l'àmbit de les entitats locals queda molt diluït el caràcter d'urgència i flexibilitat que sembla que defineix el recurs a les ETT. És a dir, el recurs a una ETT estarà justificat més per una opció de no-contractació directa de personal per part de l'entitat local, que no pas per la recerca de rapidesa i flexibilitat en la resposta davant d'una necessitat concreta de personal.

En definitiva, si unim les conseqüències que es deriven de tots els condicionaments i límits examinats, s'arriba a la conclusió que, segons la regulació vigent, la utilització de les ETT per part de les entitats locals queda restringida a la fórmula del contracte administratiu de serveis, que en cap cas no es considera un contracte menor a l'efecte procedimental, i només per a un supòsit de fet no només temporal, sinó concretat materialment en la realització d'enquestes, preses de dades i serveis anàlegs durant un període màxim de sis mesos i sense que el treballador pugui, en cas d'excedir la seva prestació de serveis la durada màxima legal, adquirir la condició de treballador amb un contracte indefinit.

Òbviament, aquest panorama, d'una banda, és excessivament complex i en certa manera ambigu pel que fa a la normativa aplicable, i, de l'altra, limita excessivament les possibilitats que una Administració pública, sigui quina sigui, pugui recórrer en la pràctica a una ETT. En definitiva, són molt excepcionals els supòsits en què una entitat local pot recórrer vàlidament als serveis d'una ETT.

9.2.3. Les exclusions expresses de caràcter voluntari

Algunes comunitats autònomes (Madrid i Aragó, especialment) han optat, en els últims anys, per prohibir expressament el recurs a les ETT en el seu àmbit.

Aquest supòsit s'ha de qualificar, davant del caràcter bàsic de l'article 196 LCAP, com a via d'autolimitació de l'Administració autonòmica corresponent com a empresa usuària eventual, en un sentit semblant al que es deduiria, en l'àmbit de l'empresa privada, d'una clàusula d'un conveni col·lectiu que prohibís el recurs a les ETT. És a dir, algunes administracions autonòmiques han renunciat, com a possibles empreses usuàries, a recórrer a les ETT, i ho han fet mitjançant la llei de pressupostos corresponent o mitjançant la llei de mesures tributàries, administratives i d'ordre social.

En la mateixa línia, algunes entitats locals no només van prohibir l'ús mateix de les ETT, sinó que també van decidir no contractar empreses amb personal procedent d'ETT i denegar qualsevol sol·licitud de llicència feta per ETT que es volguessin instal·lar al terme municipal. Aquesta decisió va ser impugnada, per la via de la jurisdicció contenciosa administrativa, per una associació d'ETT, i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va concloure el següent:³⁷⁸

a) Des de la perspectiva jurídica, és vàlid el compromís assumit per un ajuntament de no tenir al seu servei treballadors d'ETT, atès que una de les prerrogatives de l'autoorganització emparada per l'autonomia municipal és precisament utilitzar les fórmules contractuals que es considerin més convenients dintre de les autoritzades per l'ordenament jurídic, per tal d'assolir els seus propis fins.

b) La declaració de no contractar empreses que tinguin personal procedent d'ETT constitueix una discriminació arbitrària, ja que no està justificada en l'ordenament jurídic i és irraonable i contrària al principi de la lliure concurrència. La jurisprudència ha afirmat que l'adjudicació dels contractes administratius, com tot acte discrecional, es troba subjecta al control jurisdiccional, i que aquest ha d'atendre l'adequació d'aquesta actuació administrativa als principis generals del dret.

c) En relació amb la declaració de l'ajuntament de denegar la llicència pertinent a qualsevol ETT que vulgui establir-se dins del terme municipal, el TSJ de Catalunya recorda que l'atorgament d'una llicència o autorització municipal té un caràcter reglat.

378. STSJ de Catalunya de 12 de febrer de 2003 (JUR 2003/221976).

Això significa que una entitat local no pot denegar una sol·licitud d'obertura presentada per una persona física o jurídica basant-se únicament en el fet que es tracta d'una ETT, atès que no existeix cap norma jurídica que habiliti aquesta decisió i que, a més, les ETT són entitats constituïdes legalment per voluntat del legislador estatal, competent en la matèria. També cal tenir en compte que el títol que habilita les ETT per al desenvolupament de la seva activitat és l'autorització que recull l'article 2 LETT, i l'atorgament de l'autorització correspon únicament a la Direcció Provincial de Treball o a l'òrgan competent de la comunitat autònoma amb competències en matèria d'execució de la legislació laboral, d'acord amb els articles 38 i 139.2 CE.

Bibliografia

Mauri Majós, J. «Los contratos de consultoría y asistencia y de servicios». Ponència presentada al Seminari sobre Contractació Administrativa, organitzat pel Col·legi de Secretaris de la Província de Barcelona. Barcelona, 2000.

Quintanilla Navarro, B.; Madrid Yagüe, P. «Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de contratos de las administraciones públicas». Comunicació presentada al XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. València, 2000.

Rey Guanter, S. del; Gala Durán, C. «Administraciones públicas y empresas de trabajo temporal». *Relaciones Laborales*, núm. 2 (2001).

10

El treballador indefinit no fix

10.1. Introducció

L'ús abusiu, irregular i fins i tot fraudulent de la contractació laboral temporal a l'Administració ha comportat la conformació d'una figura jurídica, instituïda per la jurisprudència, que és l'objecte d'estudi d'aquest capítol: el vincle laboral indefinit no fix de determinats treballadors que presten serveis a les administracions públiques. Des de l'any 2006, la normativa ha admès aquesta conclusió de la jurisprudència per mitjà de la nova disposició addicional quinzena de l'ET, com tot seguit tindrem ocasió d'analitzar.

Més enllà dels vincles laborals temporals correctes, sovint el treballador d'una corporació local pot trobar-se, en relació amb el seu vincle amb l'Administració, en dues situacions diferents:

— Que hagi estat objecte d'un vincle temporal que, en aplicació de la normativa laboral general, hauria d'esdevenir fix. Són els casos ja esmentats dels treballadors temporals que no han estat donats d'alta a la seguretat social durant un temps igual o superior al període de prova, les irregularitats en la contractació temporal que són sancionades amb la conversió en fix del vincle o el frau de llei. Tots aquests són supòsits previstos en l'ET que han portat a solucions judicials contradictòries al llarg del temps,³⁷⁹ quan han estat aplicades a l'Administració pública, i que han finalitzat en la institucionalització de la figura del vincle indefinit no fix.

379. Vegeu una anàlisi detallada d'aquestes a X. Boltaina Bosch, «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos».

— La segona circumstància apareix primer en el Reial decret llei 5/2006, de 9 de juny, i més tard en la Llei 43/2006, de 29 de desembre, per a la millora del creixement i de l'ocupació —que substitueix el reial decret llei esmentat—, en virtut dels quals, i com a fórmula de reducció *ex lege* de la temporalitat, s'estableix que els treballadors que hagin estat contractats durant un període superior a 24 mesos, dins d'un període de 30, per al mateix lloc de treball, amb o sense solució de continuïtat, mitjançant dos o més contractes temporals, encara que siguin de modalitat diferent,³⁸⁰ esdevenen treballadors fixos. Aquesta previsió, recollida en l'article 15.5 ET,³⁸¹ s'ha de cohonestar, en l'àmbit públic, amb la disposició addicional quinzena de l'ET, segons el redactat donat per la Llei 43/2006, la qual diu que aquell primer precepte comporta també efectes en l'àmbit de les administracions públiques i els seus organismes autònoms, sens perjudici de l'aplicació dels principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, per la qual cosa no són obstacle per a l'obligació de cobrir els llocs de treball de què es tracti per mitjà dels procediments ordinaris, d'acord amb allò establert en la normativa aplicable. Entenem que amb l'article 15.5 ET i la disposició addicional quinzena s'institucionalitza la figura del treballador indefinit no fix, que fins a aquest moment només tenia una base jurisprudencial.

380. Amb l'excepció, en l'aplicació d'aquesta clàusula imperativa, dels contractes formatius, els contractes de relleu i els contractes d'interinitat.

381. Nova redacció de l'article 15.5 ET, donada en un primer moment per l'article 12.2 del Reial decret llei 5/2006, de 9 de juny, i posteriorment per la Llei 43/2006, de 29 de desembre.

10.2. Conceptualització del vincle del treballador indefinit no fix

Des de l'any 1996³⁸² i molt especialment a partir de l'any 1998,³⁸³ la jurisprudència del Tribunal Suprem va conformar una tesi jurisprudencial que partia d'un posicionament segons el qual, d'una banda, el treballador públic en situació d'irregularitat tenia els drets que li atorgava la legislació laboral, però, de l'altra, l'accés a l'ocupació pública —també la laboral— havia de ser instrumentalitzat mitjançant els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat. La conseqüència d'això és que la contractació laboral a l'Administració pública, al marge del procediment legal establert, qualifica els treballadors incorporats així al servei públic com a «treballadors vinculats per un contracte de treball per temps indefinit no fix», mentre que els que han superat un procediment reglamentari d'accés han de qualificar-se com a treballadors fixos de plantilla.³⁸⁴ Això significa que el treballador indefinit, des d'una perspectiva temporal, no està sotmès directament o indirectament a cap termini, sense que això impliqui, però, fixesa, que sols es pot predicar del treballador que ha superat un procediment de selecció per adquirir la condició de fix. Aquesta tesi, que s'ha mantingut des de 1998 fins a l'actualitat, ha merescut fortes crítiques, fins i tot de la via judicial,³⁸⁵ però s'ha consolidat i —segons el nostre parer— admès legalment —encara que sigui per una via indirecta— per la disposició addicional quinzena de l'ET, segons el redactat donat pel Reial decret llei 5/2006 i la Llei 43/2006.

382. La primera referència localitzada és la STS de 7 d'octubre de 1996 (Ar. 7492), seguida de tot un conjunt de pronunciaments del mateix Tribunal que s'estenen durant els anys 1996 i 1997. Aquell inici temporal és reconegut per la jurisprudència posterior (per a totes, vegeu la STS de 3 de maig de 2006 [JUR 2006/178207]).

383. Les dues sentències més paradigmàtiques, a partir de les quals la doctrina s'ha unificat fins al moment present, són les de 20 i 21 de gener de 1998 (Ar. 1000 i 1138).

384 . Molt clarament, la STSJ del País Basc de 21 d'octubre de 1997 (AS. 3521) indica que la noció de *treballador indefinit no fix* s'identifica amb els treballadors que han aconseguit l'estabilitat de la seva relació de serveis amb el poder públic per mitjà d'una via *espúria*, és a dir, no per mitjà de mèrits acreditats en un procediment de selecció, en pugna lliure i igualitària amb d'altres aspirants, sinó com a conseqüència d'una *il·licitud substancial* comesa en la subscripció del seu vincle temporal amb l'organisme que els va contractar.

385. Els vots particulars a les sentències del TS de 20 i 21 de gener de 1998 estaven molt elaborats i, de fet, contenen més raonament jurídic, segons el nostre parer, que el text principal de les sentències. En aquests vots particulars es fa palès que en el dret laboral no hi ha cap mena de distinció entre treballador fix i treballador indefinit, i que l'ET els utilitza de manera indistinta.

Com ha assenyalat la jurisdicció, doncs, en la creació i la dotació de places a l'Administració pública, les normes no protegeixen l'interès dels treballadors contractats temporalment, sinó dos interessos diferents reconeguts constitucionalment: d'una banda, l'interès públic en el control de l'ocupació a les administracions públiques, la conformitat d'aquesta amb les previsions pressupostàries i la provisió de places d'acord amb els principis de publicitat, mèrit i capacitat, i, de l'altra, l'interès de tots els ciutadans a accedir en termes d'igualtat a la funció pública. El frau actua, així, en sentit contrari al que succeeix en les relacions privades,³⁸⁶ com també actua diferentment en l'àmbit públic l'aplicació de la referida disposició adicional quinzena de l'ET.

386. En aquests termes, vegeu la STSJ de Castella-la Manxa de 25 de maig de 2006 (AS. 2231).

10.3. Règim jurídic dels treballadors indefinits no fixos

El règim jurídic aplicable a aquesta mena de *tertium genus* d'empleat laboral, que no és ni temporal ni fix, no és fàcil d'esbrinar, vist el guirigall verbal jurídic que ha dut a terme a parlar d'«interinitat indefinida o indefinits temporals»,³⁸⁷ de relació «indefinida en règim d'interinitat»,³⁸⁸ de «relació laboral amb cap conseqüència pràctica diferent de les que es deriven d'un contracte d'interinitat»,³⁸⁹ de contracte laboral que té el caràcter d'indefinit,³⁹⁰ de prestació de serveis temporals malgrat que no està definida,³⁹¹ de «contracte de treball temporalment indefinit»,³⁹² d'empleat que s'aproxima a un estatut, precari, semblant a la interinitat³⁹³ o fins i tot, en una expressió verbal surrealista proposada per algun autor, de treballadors *inditerins*.

La resposta no és fàcil i les complicacions jurídiques i de tot tipus que s'han esdevingut des que el Tribunal Suprem va instituir aquesta modalitat singular de serveis han estat diverses, començant pel mateix inici de la seva conceptualització. En tot cas, podem proposar, a grans trets, el següent marc jurídic:

— La regla general és l'aplicació de les normes laborals en tota la seva extensió als treballadors indefinits no fixos, i l'excepció és la inaplicació d'aquells drets, avantatges i expectatives que són vinculats, pel que fa a la seva aplicació, a un accés inicial a l'ocupació pública respectant els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat i el principi legal de publicitat.

387. STS de 27 de maig de 2002 (Ar. 9893).

388. STSJ de Canàries/Las Palmas de 21 d'abril de 1998 (AS. 2283).

389. STS de 22 de setembre de 1998 (Ar. 7423).

390. STSJ de Canàries/Santa Cruz de 25 de setembre de 1998 (AS. 3877).

391. STSJ d'Andalusia/Granada de 9 de novembre de 1998 (AS. 7009).

392. STS de 27 de maig de 2002 (Ar. 9893) i STSJ de Catalunya de 27 de gener de 2006 (AS. 1100).

393. STS de 3 de maig de 2006 (JUR 2006/178207).

— Això comporta que una gran part del règim jurídic, tant el provinent de lleis com el provinent de convenis col·lectius o d'altres normes col·lectives, és d'aplicació a aquests treballadors —prestació del treball, règim salarial, incloent-hi el complement d'antiguitat, determinació i vicissituds de la prestació i drets col·lectius.

— En sentit contrari, no serien d'aplicació a aquests treballadors, entenem, els aspectes vinculats a la promoció professional i els relacionats amb les adaptacions de les regles que regeixen l'estabilitat en l'ocupació; tampoc no creiem que sigui possible la seva funcionarització. La jurisprudència ha distingit precisament entre treballadors indefinits no fixos i treballadors laborals temporals no en relació amb l'extinció del contracte —que considera d'igual tracte—, sinó en relació amb la vigència i el desenvolupament del vincle, de manera que atorga als primers —indefinitos no fixos— un *plus* del qual no gaudeixen els treballadors simplement temporals: «[...] on se situa la diferenciació de tractament legal entre l'interí per vacant i l'indefinit temporal és durant la vigència i el desenvolupament del contracte, en negar qualsevol conseqüència negativa que pogués minvar els drets laborals, sindicals i de seguretat social del treballador, per una pretesa i inexistent temporalitat.»

Quan els tribunals han tingut ocasió de pronunciar-se, han vinculat les adaptacions en el règim d'extinció de contractes establertes per mitjà d'una negociació col·lectiva —generalment, quan s'atribueix al treballador, i no a l'Administració, l'opció entre readmissió o indemnització en supòsits d'acomiadament improcedent o que preveuen indemnitzacions superiors a les legals davant la referida improcedència—, al caràcter fix del treball. L'eliminació —per la via del conveni col·lectiu de l'entitat local— de la facultat d'opció empresarial, en cas d'acomiadament improcedent, no és aplicable als treballadors el contracte dels quals es transforma en indefinit per irregularitats sobrevingudes durant la vida de la relació contractual; a més a més, ha de tenir-se en compte que la contractació fixa en les corporacions locals és aquella en la qual es compleixen els requisits establerts en els articles 55 a 62 de l'EBEP, previstos anteriorment en l'article 19 LMRPF.³⁹⁴ No obstant això, el poc clar origen jurídic de la figura del treballador indefinit no fix comporta que moltes vegades sigui dubtós el règim de drets aplicables, com són tots aquells vinculats a una determinada estabilitat o garantia en l'ocupació.

394. Vegeu les sentències del TS d'11 de maig de 1999 i 17 de juliol de 1999 (Ar. 7156 i 6732). La STSJ de la Comunitat Valenciana de 10 de febrer de 2005 (AS. 1021) qualifica aquest criteri de «manifestament restrictiu», que impedeix l'aplicació del benefici convencional als contractes temporals irregulars «perquè la peculiaritat de la contractació efectuada per l'Administració [...] exigeix delimitar el camp d'aquestes previsions convencionals».

10.3.1. El règim jurídic del dret d'estabilitat i l'extinció del vincle laboral indefinit no fix

El dret a l'estabilitat en l'ocupació, com a principi bàsic que impregna les relacions laborals a Espanya, i també en la funció pública, el té també el treballador indefinit no fix de l'entitat local en la mesura que romanguí en el seu lloc de treball i que aquest no sigui convocat per a la seva provisió definitiva o bé no sigui amortitzat. Això significa que la provisió engloba no únicament els processos selectius derivats d'una oferta d'ocupació pública, sinó també la provisió interna de llocs o altres fórmules, com el reingrés de treballadors des de la situació d'excedència voluntària. I això es així perquè la relació indefinida no fixa «no atorga dret a la permanència del vincle més enllà de la cobertura de la plaça amb caràcter definitiu».³⁹⁵ Un cop el lloc o la plaça ha quedat coberta, el treballador indefinit no fix cessa, llevat que sigui ell mateix el que superi el procés per a cobrir la plaça: aquesta és l'única manera possible de consolidar la seva situació, amb independència del temps que faci que està en aquell singular estatus.³⁹⁶ Les corporacions locals han de tenir present, així doncs, que fins i tot en supòsits de durada perllongada del vincle indefinit no fix, hi ha l'obligació d'adoptar les mesures necessàries per a la provisió regular del lloc —de *deure legal*, ha estat qualificada l'obligació de fer-ho— i, un cop produïda la provisió, hi ha una causa lícita per extingir el contracte.³⁹⁷

Tanmateix, el dret a l'estabilitat admet moltes modulacions i el caràcter merament jurisprudencial del treballador indefinit no fix obliga sovint els tribunals a pronunciar-se sobre qüestions molt diverses, com és el cas de mesures de mobilitat, promoció o manteniment de l'ocupació. El dret a l'excedència ha estat una d'aquestes qüestions, en relació amb la qual s'ha de determinar si un treballador indefinit no fix té dret a una excedència voluntària. En aquest sentit i valgui la reflexió per aportar llum sobre altres qüestions d'ordre similar, la conclusió formulada per la jurisprudència del Tribunal Suprem a l'hora d'establir si un treballador com el que aquí estudiem té dret a una excedència voluntària o a la molt específica excedència per incompatibilitat, és que la naturalesa del vincle indefinit no fix i la «seva provisionalitat» porten com a resultat la impossibilitat d'atorgar l'excedència per incompatibilitat, atès que «l'excedència funci-

395. STSJ del País Basc de 9 de novembre de 2004 (AS. 3836).

396. STS de 10 de novembre de 1998 (Ar. 9542).

397. STSJ de Catalunya de 29 d'octubre de 1998 (AS. 4220): «[la corporació] està obligada a adoptar les mesures necessàries per a la provisió regular (del lloc de treball) i, produïda aquesta provisió en la forma legalment procedent, existirà una causa lícita per extingir el contracte» (STSJ de Castella-la Manxa de 28 de juny de 2006 [AS. 2240]).

ona com una garantia de l'estabilitat i aquesta garantia no existeix per al treballador indefinit no fix», ja que té un estatut precari fruit de la seva contractació irregular —que avui cal estendre també a contractes regulars, segons l'article 15.5 ET. La relació del treballador indefinit no fix està vinculada exclusivament al lloc que ocupa; per això únicament podria reingressar en la vacant del seu lloc, però no en d'altres —la qual cosa, segons el nostre parer, confirma la tesi de la impossibilitat de la promoció professional, també. Tampoc no sembla que aquest treballador tingui dret a l'excedència voluntària per l'abast de l'article 46 ET, ja que l'Administració ha de convocar les vacants pels procediments reglamentaris: «[...] el treballador podrà optar a la plaça, però sols en els sistemes de provisió externs i en igualtat de condicions amb la resta dels participants. La incompatibilitat sobrevinguda no pot donar al treballador més drets dels que tenia. L'únic eventual dret que podria tenir [...] seria, si la plaça continués vacant, el d'obtenir una adscripció provisional mentre es procedeix a la seva provisió definitiva [...]»³⁹⁸

Mereix una explicació detallada l'extinció del vincle si té lloc una amortització del lloc que s'ocupa. Creiem que aquesta és una opció plenament vàlida, fins i tot malgrat que la nova disposició addicional quinzena de l'ET, introduïda pel Reial decret llei 5/2006 i la posterior Llei 43/2006, no l'esmenta per als supòsits de treballadors indefinits no fixos que tinguin el seu origen en dos o més contractes legals que hagin superat els 24 mesos dins d'un període de referència de 30. Entenem, a més, que en molts supòsits l'amortització serà una alternativa, quan el lloc ocupat pel nou treballador indefinit no fix no és permanent, no està previst o no figura en l'estructura de la corporació local. La jurisprudència ha validat l'amortització en indicar que «a aquests efectes l'estatut de l'indefinit és semblant més a un contracte d'interinitat que a un contracte fix, i per aquell s'ha admès el cessament per amortització sense necessitat de recórrer a l'acomiadament objectiu»,³⁹⁹ amortització factible sense necessitat de seguir els tràmits i el procediment de l'ET⁴⁰⁰ (art. 51 i 52c ET).

398. STS de 3 de maig de 2006 (JUR 2006/178207).

399. STS de 23 de juny de 2004 (Ar. 7105).

400. STSJ de Catalunya de 24 de maig de 2005 (AS. 2042). Prèviament, la STSJ de Catalunya de 7 de maig de 2004 (AS. 2208) va afirmar en el seu fonament jurídic cinquè que la resolució d'un vincle contractual indefinit —no fix— por fer-se «conforme al dret quan l'Administració amortitza o suprimeix la plaça ocupada amb tal caràcter pel treballador i no solament en el cas que s'hagi procedit a la reglamentària cobertura de la mateixa».

L'extinció del vincle indefinit no fix comporta el dret a una indemnització? Durant molt de temps, la jurisdicció va fugir d'estudi a l'hora de donar una resposta clara a aquesta qüestió, i, quan ho va fer, va ser de manera contradictòria. Prèviament, la doctrina teòrica també havia manifestat opinions diferenciades, si bé en general optava per la fórmula de la indemnització per causes objectives (art. 52c ET).

La corporació local ha de partir de la premissa que, en l'extinció, es troba davant d'un vincle laboral molt singular, fruit de la mera creació jurisprudencial, amb una manca de regulació legal expressa fins —si més no i de manera molt indirecta— a la disposició addicional quinzena de l'ET. Així, després d'afirmar que «el reconeixement de les referides irregularitats no portarà conseqüències pràctiques diferents de les que es derivarien d'un contracte d'interinitat»,⁴⁰¹ la jurisprudència, en unificació de la doctrina, va resoldre la qüestió —amb un vot particular— en el sentit de no atorgar cap mena d'indemnització per la finalització del vincle laboral.

La tesi que ha prevalgut és que els articles 51 ET —acomiadament col·lectiu— i 52c ET —acomiadament per causes objectives— no actuen en l'extinció del vincle indefinit no fix. Es reconeix l'eficàcia extintiva directa de la causa constituïda per la provisió del lloc de treball, cobert pel treballador indefinit no fix per mitjà del *procediment o sistema legal*, amb la qual cosa s'equiparen aquests treballadors amb els interins que ocupen una plaça vacant, però tal equivalència ho és, només, pel que fa a l'extinció. La jurisprudència assenyala que, malgrat que la condició de temporal d'un treballador cada cop es va aproximant més a la de fix i que es va reconeixent els mateixos drets laborals a treballadors temporals i fixos, quan el Tribunal Suprem «va introduir la figura del temporalment indefinit, superava les limitacions i els entrebancs propis dels treballadors temporals a aquells que no ho eren perquè es negava l'eficàcia de la clàusula de la seva temporalitat; però hagués incorregut en ofensa als principis constitucionals d'igualtat d'oportunitats, mèrit i capacitat, tan reiterats al llarg d'aquesta sentència, si hagués proclamat una absoluta identitat jurídica entre el fix i l'indefinit temporal».⁴⁰² La conseqüència és que, per a la doctrina judicial actual, no hi ha cap dificultat a equiparar econòmicament l'extinció d'un treballador indefinit no fix amb l'extinció d'un treballador interí que ocupa una vacant, ja que la justificació de l'existència d'uns i altres és idèntica: les mateixes causes i les mateixes necessitats. El suport jurídic per a l'extinció rau, aleshores, en les causes enunciades genèricament en l'article 49.1b ET, el qual dona

401. STS de 22 de setembre de 1998 (Ar. 7423).

402. STS de 27 de maig de 2002 (Ar. 9893), confirmada per altres de posteriors, com és la STS de 2 de juny de 2003 (Ar. 2005/4896). Vegeu també la STSJ de Catalunya de 27 de gener de 2006 (AS. 1101).

aixopluc a l'extinció per cobertura de la plaça,⁴⁰³ ja que la provisió de la vacant, coberta fins llavors indefinidament, «és una causa que opera de manera vàlida i automàtica», sense necessitat d'aplicar l'article 52e ET.⁴⁰⁴ En canvi, la diferència de tracte legal entre uns i altres és en la vigència i el desenvolupament del contracte, que no seran els mateixos en un interí i un indefinit no fix.

403. STSJ de Catalunya de 27 de gener de 2006 (AS. 1101). La Sentència s'expressa en el sentit que, quan un pronunciament judicial ferm aplica a un contracte de treball temporal a l'Administració la doctrina del vincle indefinit no fix, està complint la provisió de l'article 9 ET, és a dir, declara la nul·litat parcial del contracte, perquè contraria l'article 15 ET, i substitueix la clàusula de la temporalitat per una altra causa d'extinció del contracte, com és l'ocupació de la plaça per un procediment reglamentari que compleixi els preceptes legals i constitucionals.

404. STSJ del País Basc de 14 de febrer de 2006 (AS. 1852).

Bibliografia

Boltaina Bosch, X. «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración pública». *Aranzadi Social*, maig 2002 (westlaw, BIB 2002, 533).

Boltaina Bosch, X. «Treballadors fixos i treballadors amb contracte indefinit no fix: la resposta judicial a les irregularitats en la contractació temporal a l'Administració pública». *Quaderns de Dret Local*, núm. 23 (vid. www.diba.cat/cemical/estudis.asp).

Boltaina Bosch, X. «Temporalitat i precarietat en l'ocupació pública. Algunes consideracions al voltant de la gestió de la precarietat estructural». Ponència presentada al II Congrés Català de Gestió Pública, Barcelona, 2006. (vid. www.diba.cat/cemical/estudis.asp)

Goerlicht Peset, J. M.; Vega López, J. «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla». *Relaciones Laborales*, vol. I, 1998.

León Cabero, R. A.; Bal Francés, E. «Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las administraciones públicas». *Aranzadi Social* (Westlaw, BIB), 1997, p. 108.



**Contractació temporal
i seguretat social**



11.1. Introducció

Des de la perspectiva del sistema de la seguretat social, l'adopció de qualsevol contracte de treball —i, en concret, d'un contracte temporal— per part d'una entitat local implica assumir certes —i importants— obligacions, tant amb les entitats gestores del sistema com amb el mateix treballador.

Aquestes obligacions són, essencialment, les següents: 1) afiliar el treballador a la seguretat social, si no ho estava ja en el moment d'iniciar la seva relació laboral amb l'entitat local; 2) donar-lo d'alta en el sistema de la seguretat social, i 3) cotitzar conforme a allò establert anualment en la Llei de pressupostos generals de l'Estat i en la seva ordre de desenvolupament en matèria de cotització a la seguretat social.

11.2. Les obligacions d’afiliació, alta, baixa i comunicació de la variació de dades dels treballadors

En primer lloc, respecte de l’obligació de procedir a l’afiliació i l’alta dels treballadors contractats —de manera indefinida o temporalment—, l’article 100 LGSS⁴⁰⁵ preveu que els empresaris (i entre aquests, òbviament, les entitats locals, en la mesura que són «empresaris» en relació amb els treballadors contractats laborals) estan obligats a sol·licitar l’afiliació al sistema de la seguretat social dels treballadors que ingressin al seu servei, així com a comunicar aquest ingrés i, si s’escau, el cessament en el treball per tal que siguin donats d’alta i de baixa, respectivament, en el règim general de la seguretat social.

L’afiliació d’un treballador s’ha de sol·licitar el primer cop que aquest s’incorpora al sistema de la seguretat social (és a dir, el primer cop que compleix els requisits previstos en l’article 7.1 LGSS, per desenvolupar una activitat determinant de la seva inclusió en l’àmbit d’aplicació del sistema), és vitalícia, serveix per a tot el sistema de seguretat social (amb independència que, per raó de l’activitat desenvolupada, el treballador canviï d’un règim a un altre de la seguretat social) i és exclusiva, sense que per la mateixa activitat es pugui estar obligatòriament inclòs en un altre o en altres règims obligatoris de previsió social. Per contra, l’alta se sol concretar en actes múltiples, de durada limitada i dependents de l’activitat laboral o professional del treballador (J. A. Sagardoy, S. del Rey Guanter, C. Gala, L. López i A. Valverde, *Prontuario de Seguridad Social*, p. 138).

Això implica, en definitiva, que si el treballador que contractem temporalment ja està afiliat al sistema de la seguretat social, només haurem de sol·licitar la seva alta en el règim general —com a treballador per compte aliè i d’acord amb els articles 7.1a i 97 LGSS—, i també que la sol·licitud d’afiliació a la seguretat social comporta l’alta inicial en aquest règim.

405. Desenvolupat pel Reial decret 84/1996, de 26 de gener, pel qual s’aprova el Reglament general sobre inscripció d’empreses i afiliació, altes, baixes i variacions de dades de treballadors a la seguretat social (BOE de 27 de febrer de 1996).

Així mateix, tant la sol·licitud de l'afiliació com la de l'alta del treballador s'han de tramitar sempre, amb independència de la durada prevista per al contracte de treball (dies, mesos, anys). En cas que no se sol·licitin o no es faci adequadament, s'incorrerà, com veurem després, en responsabilitats importants, a més de diversos tipus.

En segon lloc, l'LGSS preveu que, en el marc del règim general, l'únic subjecte obligat a sol·licitar l'afiliació i/o l'alta del treballador que es contracta és l'empresari, en el nostre cas l'entitat local. I aquesta obligació s'ha de complir davant de la corresponent Direcció Provincial de la Tresoreria General de la Seguretat Social (TGSS).

Si l'entitat local incompleix aquesta obligació, el mateix treballador pot instar la seva afiliació i/o alta directament davant de la TGSS, sens perjudici que es facin efectives les responsabilitats en què pugui incórrer l'entitat local, incloent-hi, com veurem, el pagament de les corresponents prestacions de la seguretat social. En aquest cas, la TGSS comunicarà aquest fet a la Inspecció de Treball i Seguretat Social a fi que es portin a terme les comprovacions que escaiguin.

Finalment, la mateixa TGSS pot afiliar i/o donar d'alta d'ofici el treballador quan, com a conseqüència de les actuacions de la Inspecció de Treball i Seguretat Social, de les dades existents en les entitats gestores i els serveis comuns de la seguretat social, o per qualsevol altre procediment, es comprovi la inobservança d'aquestes obligacions per part de l'empresari i del mateix treballador.

En tercer lloc, quant al termini previst per complir aquestes obligacions, la normativa vigent preveu que l'afiliació d'un treballador s'ha de sol·licitar amb anterioritat a l'inici de la seva prestació de serveis. Quant a la sol·licitud d'alta, aquesta s'ha de presentar també prèviament al començament de la prestació de serveis per part del treballador, però en cap cas no es pot sol·licitar abans dels seixanta dies naturals anteriors al dia previst per a la iniciació de l'activitat.

En els casos excepcionals en què no s'hagi pogut preveure amb antelació la data d'inici de l'activitat del treballador, si el dia o els dies anteriors a aquesta són inhàbils o si la prestació de serveis s'inicia en hores inhàbils, s'hauran de remetre, amb anterioritat a l'inici de la prestació de serveis i per telegrama, fax o qualsevol altre mitjà electrònic, informàtic o telemàtic, els documents necessaris per a l'alta degudament emplenats; si això no és possible perquè no es disposa dels models oficials, es remetrà les dades previstes per la llei, també amb caràcter previ i pels mitjans esmentats.

L'afiliació i/o l'alta sol·licitada fora de termini per l'entitat local no té efectes retroactius, tret que l'ingrés de les cotitzacions referides a aquest treballador s'hagi produït en el termini reglamentari; en aquest cas, l'afiliació i/o l'alta es retrotraurà a la data en què s'hagin ingressat les primeres quotes de la seguretat social. Les sol·licituds defectuoses tindran efectes quan s'esmenin en el termini de deu dies les dades o els documents omesos i requerits, mentre que les afiliacions i/o altes practicades d'ofici es retrotrauen a la data en què els fets que les motiven han estat coneguts per la TGSS.

Si l'afiliació i/o l'alta d'ofici es produeix com a conseqüència de la intervenció de la Inspecció de Treball i Seguretat Social, els efectes de la declaració es retrotrauen a la data en què s'ha portat a terme l'actuació corresponent, llevat del cas que aquella hagués estat promoguda per una ordre superior, a instàncies de les entitats gestores o com a conseqüència d'una denúncia, una queixa o una petició expressa; en aquest supòsit, els efectes es retrotrauen a la data en què s'ha produït l'ordre superior, la instància de l'entitat gestora o la denúncia, la queixa o la petició.

No obstant això, l'obligació de cotitzar a la seguretat social neix, en tot cas, el dia en què el treballador va iniciar la prestació de serveis, tret que per aplicació d'ofici de la prescripció no fossin exigibles ni admissibles a cap efecte les cotitzacions corresponents (J. A. Sagardoy, S. del Rey Guanter, C. Gala, L. López i A. Valverde, *Prontuario de Seguridad Social*, p. 155).

Així mateix, les persones interessades poden provar, per qualsevol dels mitjans de prova admesos pel dret, que l'activitat del treballador no es va iniciar en la data notificada en sol·licitar l'alta, sens perjudici, si escau, dels efectes que s'hagin de produir tant en relació amb la devolució de les quotes que siguin ingressades indegudament com en relació amb el reintegrament de les prestacions de la seguretat social que puguin haver-se percebut indegudament, tret que les unes i les altres hagin prescrit.

En quart lloc, si es produeix una afiliació o una alta indegudes (perquè es tracta d'una persona que no compleix els requisits exigits per la llei per estar inclosa dintre del sistema de la seguretat social), els efectes són els següents: es produeix la reposició de la situació existent amb anterioritat a l'afiliació o l'alta indegudes, les cotitzacions (si s'han produït) no tenen efectes i es pot sol·licitar la seva devolució.

En el cas que es tracti d'una alta que s'ha produït indegudament en un règim de la seguretat social perquè s'hauria d'haver fet en un altre règim, es considera vàlida fins a la data fixada en la resolució administrativa corresponent i, si no n'hi ha, fins a l'últim dia del mes de la seva notificació. Les cotitzacions ingressades d'acord amb les

normes del règim de la seguretat social on l'alta es declara indeguda, es computen recíprocament, a l'efecte de la protecció que correspongui, amb les del règim d'inclusió procedent. Tot això, sens perjudici de les reclamacions o devolucions de cotitzacions i prestacions que escaiguin en funció de la causa de nul·litat o anul·labilitat (J. A. Sagar-doy, S. del Rey Guanter, C. Gala, L. López i A. Valverde, *Prontuario de Seguridad Social*, p. 158).

En cinquè lloc, respecte al compliment d'aquestes obligacions, cal assenyalar que l'afiliació s'ha de sol·licitar en el model oficial o per mitjà de qualsevol altre sistema establert, i s'han de presentar el DNI del treballador, el número de la seguretat social i la documentació que es determini. Així mateix, en la sol·licitud d'alta hi ha de constar, respecte de l'empresari, el seu nom o raó social, el codi del compte de cotització i el règim de la seguretat social aplicable, i, respecte del treballador, el seu nom i cognoms, el seu número de la seguretat social o d'afiliació, el DNI o un document equivalent, el domicili, la data d'iniciació de l'activitat, el grup de cotització, les condicions especials d'aquesta i l'epígraf en el qual es troba comprès el treballador a l'efecte d'accidents de treball i malalties professionals. Qualsevol sol·licitud d'alta ha de ser signada per l'empresari i pel treballador.

En ambdós casos, l'imprès de sol·licitud pot ser remès a través de correu o fax, acompanyat de la fotocòpia del DNI del treballador, o, en cas de ser estranger, del document identificatiu corresponent, i del número de la seguretat social. També és possible subministrar les dades per un mitjà electrònic, informàtic o telemàtic, a través del sistema de remissió electrònica de dades (sistema RED). Aquest últim sistema és d'ús obligatori en determinats casos. Si no se segueixen els tràmits previstos o no es presenta la documentació necessària, l'afiliació o l'alta del treballador es considera no realitzada.

En sisè lloc, correspon a l'entitat local comunicar a la TGSS el cessament del treballador contractat en la prestació de serveis i sol·licitar la seva baixa de la seguretat social. Novament, si l'entitat local no sol·licita aquesta baixa, pot sol·licitar-la el mateix treballador o, en última instància, es produirà d'ofici.

La comunicació de la baixa s'ha de fer en un model oficial que ha de contenir les dades d'identificació del treballador, incloent-hi el número de la seguretat social, la data de la baixa i la seva causa, així com les dades de l'entitat local corresponent. Aquesta sol·licitud s'ha de presentar dintre del termini dels sis dies naturals següents al dia del cessament en el treball. Com en el cas de l'alta, és possible autoritzar un termini excepcional diferent quan concorri una causa justificada.

La baixa del treballador produeix efectes des del cessament en la prestació de serveis i l'obligació de cotitzar s'extingeix també des de la data del cessament en el treball, sempre que la baixa s'hagi comunicat adequadament i dintre del termini fixat per la llei. En els casos en què no se sol·licita la baixa o bé se sol·licita fora de termini, en un model o per un mitjà diferent als previstos, l'obligació de cotitzar no s'extingeix fins al moment en què la TGSS coneix el cessament en la prestació de serveis.

Quan la TGSS cursa la baixa d'ofici perquè coneix el cessament en l'activitat com a conseqüència de l'actuació de la Inspecció de Treball i Seguretat Social, per les dades existents en la mateixa TGSS o en una entitat gestora o per qualsevol altre procediment, l'obligació de cotitzar s'extingeix des del mateix dia en què es va portar a terme aquesta actuació inspectora o s'haguessin rebut els documents o les dades que acrediten el cessament en el treball.

No obstant això, es pot provar, per qualsevol mitjà de prova admès pel dret, que el cessament en la prestació de serveis va tenir lloc en una data diferent a aquella que es va fer constar, a l'efecte de determinar la data d'extinció de l'obligació de cotitzar. En tot cas, la simple sol·licitud de la baixa no extingeix l'obligació de cotitzar ni produeix altres efectes si continua la prestació de serveis del treballador o bé si aquesta no continua però el treballador passa a una situació assimilada a l'alta en la qual es manté l'obligació de cotitzar (passa, per exemple, a una situació d'incapacitat temporal o de maternitat).

Finalment, l'entitat local ha de comunicar a la TGSS, en el termini dels sis dies naturals següents, qualsevol variació en les dades dels treballadors que té contractats i donats d'alta a la seguretat social, sempre que la variació sigui rellevant i afecti els requisits condicionants de l'alta del treballador. Les variacions tenen efecte a partir del moment en què es produeixen, sempre que hagin estat comunicades dins del termini i de la manera legals. Quan es tracti de variacions de dades indegudes, les dades corresponents seran rectificades i tindran efectes des de la seva comunicació o, si escau, des de la data assenyalada en la resolució administrativa que les hagués declarat indegudes.

11.3. L'obligació de cotitzar

Segons l'article 103 LGSS, es troben subjectes a l'obligació de cotitzar en el règim general de la seguretat social els treballadors i assimilats compresos en el camp d'aplicació de la seguretat social (definit en els art. 97 i 98 LGSS) i els seus empresaris. Així mateix, aquesta cotització comprèn dues aportacions: la de l'empresari i la del treballador, amb l'excepció de les cotitzacions per accidents de treball i malalties professionals i pel concepte FGS, que són a càrrec exclusivament de l'empresari.

La llei també preveu que l'únic subjecte responsable del compliment de l'obligació de cotitzar és l'empresari, que ha d'ingressar mensualment en la TGSS les aportacions pròpies i les dels seus treballadors, en la seva totalitat. Això implica que l'empresari ha de descomptar als seus treballadors, en el moment de fer-los efectives les seves retribucions, l'aportació que correspon a cadascun d'ells. Si no efectua el descompte en aquest moment, posteriorment no podrà realitzar-lo. Així mateix, l'empresari que efectua aquest descompte i no l'ingressa en la TGSS dintre del termini previst, incorre en una responsabilitat davant dels treballadors i davant de la TGSS, sens perjudici de les possibles responsabilitats penal i administrativa.

D'altra banda, l'obligació de cotitzar neix, com hem vist anteriorment, quan s'inicia la prestació de serveis del treballador, incloent-hi el possible període de prova, i es manté durant tot el període en què aquell està donat d'alta en el règim general o presta els seus serveis per a l'empresari, encara que tinguin un caràcter discontinu. Aquesta obligació també es manté respecte als treballadors que estiguin complint deures de caràcter públic o ocupant càrrecs de representació sindical, sempre que no passin a la situació d'excedència, i també en supòsits com ara la suspensió del contracte de treball per incapacitat temporal, risc durant l'embaràs o maternitat.

L'import concret de les quotes que s'han d'ingressar es determina aplicant un determinat percentatge (diferent en funció de la contingència o el supòsit de què es tracti) sobre una base de cotització, regulada amb caràcter general en l'article 109 LGSS i desenvolupada en l'article 23 del Reial decret 2064/1995, de 22 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament general sobre cotització i liquidació d'altres drets de la seguretat social, on es preveu que la base de cotització per a totes les contingències i situacions emparades per l'acció protectora del règim general de la seguretat social, incloent-hi les d'accident de treball i malaltia professional, ha d'estar constituïda per la remuneració total, sigui quina sigui la seva forma o denominació, que amb caràcter mensual té dret a percebre el treballador, o aquella que efectivament percep si aquesta

és superior per raó del treball que realitza. A aquest efecte, amb caràcter general cal tenir en compte que:

1) Les percepcions amb un venciment superior al mes es prorrategen al llarg dels dotze mesos de l'any.

2) Es considera remuneració la totalitat de les percepcions econòmiques rebudes pel treballador en diners o en espècie, ja retribueixin el treball efectiu o els períodes de descans computables com de treball.

3) Constitueixen percepcions en espècie la utilització, el consum o l'obtenció, per a fins particulars, de béns, drets o serveis de manera gratuïta o per un preu inferior al normal del mercat, encara que no signifiquin una despesa real per a qui els concedeix. Quan l'empresari lliura al treballador imports en metàl·lic perquè aquest adquireixi els béns, drets o serveis, la percepció econòmica rebuda pel treballador té la consideració de dinerària.

4) No tenen la consideració de percepcions econòmiques en espècie els béns, drets o serveis especificats en la Llei de l'impost sobre la renda de les persones físiques i altres normes tributàries.

5) Les percepcions en espècie es valoren de la manera que s'estableix per a cadascuna d'elles en la Llei de l'impost sobre la renda de les persones físiques.

6) Les quantitats en diners o els productes en espècie lliurats per l'empresari als seus treballadors com a donacions promocionals i, en general, amb la finalitat exclusiva que un tercer formalitzi contractes amb ells, no s'inclouen en la base de cotització sempre que aquestes quantitats o el valor dels productes no excedeixin la quantia equivalent a dues vegades l'import del salari mínim interprofessional vigent en cada exercici, sense incloure-hi la part corresponent de les pagues extraordinàries.

7) No es computen en la base de cotització del treballador els conceptes següents:

a) Les dietes i assignacions per a despeses de viatge, despeses de locomoció, quan corresponguin a desplaçaments del treballador fora del seu centre habitual de treball, així com els plusos de transport urbà i de distància o aquells que els substitueixin, per desplaçament del treballador des de la seva residència fins al centre habitual de treball, en els termes i en les quanties següents:

— Per a la seva exclusió de la base de cotització, únicament tenen la consideració de dietes i assignacions per a despeses les quantitats destinades per l'empresari a compensar les despeses normals de manutenció i estada en restaurants, hotels i altres establiments d'hostaleria, en un municipi diferent del del lloc de treball habitual del treballador i del que constitueixi la seva residència. Aquestes despeses de manutenció i estada no es computen quan estiguin exemptes de gravamen segons la Llei de l'impost sobre la renda de les persones físiques. L'excés per sobre dels límits fixats legalment sí que s'ha de computar en la base de cotització corresponent.

— Tampoc no es computen les despeses de manutenció, pagades o compensades per les empreses a treballadors vinculats amb elles mitjançant relacions laborals especials, per desplaçaments fora del centre habitual de treball, tant si l'empresari les satisfà directament com si rescabala d'aquestes el treballador, amb els límits establerts en la normativa de l'impost sobre la renda de les persones físiques. L'excés per sobre dels límits fixats sí que s'ha d'incloure en la base de cotització.

— Es consideren despeses de locomoció les quantitats destinades per l'empresari a compensar les despeses del treballador pels seus desplaçaments fora del centre habitual de treball. Aquestes despeses, tant si l'empresari les satisfà directament com si rescabala d'aquestes el treballador, estan excloses de la base de cotització en els termes fixats per la normativa que regula l'impost sobre la renda de les persones físiques. L'excés per sobre dels límits fixats legalment sí que s'ha de computar en la base de cotització.

— Es consideren plusos de transport urbà i de distància o equivalents les quantitats que s'han de pagar o de rescabalar al treballador pel seu desplaçament des de la seva residència fins al centre de treball i a l'inrevés. En tot cas, aquests plusos, que a l'efecte de la cotització únicament requereixen justificació quan estiguin estipulats individualment en el contracte de treball, estan exclosos de la base de cotització sempre que la seva quantia no excedeixi en el seu conjunt el 20 % del salari mínim interprofessional vigent, sense incloure-hi la part corresponent a pagues extraordinàries. El possible excés per sobre dels límits fixats legalment sí que s'ha de computar en la base de cotització.

b) Les indemnitzacions per defunció i les corresponents a trasllats, suspensions, acomiadaments i cessaments.

c) Les quantitats que es paguin en concepte de menyscapte de diners i les indemnitzacions per desgast d'útils o eines i adquisició i manteniment de la roba de treball, quan aquestes despeses siguin efectivament realitzades pel treballador i siguin les normals.

Aquestes quantitats i indemnitzacions queden excloses de la base de cotització quan, computades en el seu conjunt, no excedeixin el 20 % del salari mínim interprofessional vigent, sense incloure-hi el prorrateig de les pagues extraordinàries. En el supòsit que es percebin aquestes quantitats amb una periodicitat superior a la mensual, s'han de prorratejar al llarg dels dotze mesos de l'any i queden excloses de la base de cotització si no excedeixin el 20 % d'aquest salari mínim interprofessional, sense incloure-hi la part corresponent de les pagues extraordinàries. El possible excés per sobre d'ambdós límits sí que s'ha de computar en la base de cotització.

d) Els productes en espècie concedits voluntàriament per les empreses. Aquests productes queden exclosos de la base de cotització sempre que la seva valoració conjunta no excedeixi el 20 % del salari mínim interprofessional vigent, sense incloure-hi la part corresponent a les pagues extraordinàries. L'excés per sobre d'aquesta quantia sí que s'ha de computar en la base de cotització.

e) Les percepcions per matrimoni.

f) Les prestacions de la seguretat social, com també les seves millores i les assignacions assistencials concedides per les empreses, aquestes dues últimes en els termes següents:

— Es consideren millores de les prestacions de la seguretat social les quantitats dineràries lliurades directament pels empresaris als seus treballadors o assimilats, així com les aportacions efectuades per aquells als plans de pensions i als sistemes de previsió social complementària dels seus treballadors, als quals es refereixen els articles 192 i 193 LGSS, sempre que el benefici obtingut o que pugui arribar a obtenir el beneficiari signifiqui una ampliació o un complement de les prestacions econòmiques atorgades pel règim general de la seguretat social. Únicament poden tenir la consideració de millores de les prestacions de jubilació, incapacitat permanent i mort i supervivència, les aportacions efectuades pels empresaris a plans de pensions i al finançament de les pòlisses de contractes d'assegurança, destinades a satisfer els compromisos per pensions derivats de les contingències esmentades.

No obstant això, les ajudes i altres quantitats dineràries per despeses sanitàries lliurades per les empreses als seus treballadors s'han d'incloure en la base de cotització, completin o no les prestacions del sistema de la seguretat social.

— Es consideren incloses dins de les assignacions assistencials les següents:

1. El lliurament als treballadors en actiu, de manera gratuïta o per un preu inferior al normal del mercat, d'accions o participacions de la mateixa empresa o d'altres empreses del grup de societats, en una quantitat que no excedeixi, per al conjunt de les lliurades a un treballador, 3.000 euros anuals o 6.000 euros en els últims cinc anys, i d'acord amb les condicions establertes en la normativa de l'impost sobre la renda de les persones físiques.

2. Les quantitats destinades a satisfer despeses d'estudis dels treballadors finançades directament per institucions o empresaris per a l'actualització, la capacitat o el reciclatge, quan aquests estudis siguin exigits pel desenvolupament de les seves activitats o les característiques dels llocs de treball, fins i tot quan la seva prestació efectiva s'efectuï per altres persones o entitats especialitzades.

Quan aquestes despeses no siguin exigides pel desenvolupament de les activitats dels treballadors o les característiques dels llocs de treball, siguin degudes per una norma, el conveni col·lectiu o el contracte de treball, i es justifiquin la seva realització i quantia, seran considerades retribucions en espècie.

3. Els lliuraments de productes a preus rebaixats que es realitzin en cantines o menjadors d'empresa o economats de caràcter social. Tenen aquesta consideració les fórmules directes o indirectes de prestació del servei admeses per la legislació laboral, quan concorrin els requisits previstos per la normativa que regula l'impost sobre la renda de les persones físiques.

No obstant això, si el conveni col·lectiu possibilita la substitució del servei de menjador per una quantitat dinerària, d'aquesta únicament formarà part de la base de cotització l'excés resultant.

4. La utilització dels béns destinats als serveis socials i culturals del personal.

5. Les primes o quotes satisfetes per l'empresari en virtut d'un contracte d'assegurança d'accident laboral, malaltia professional o responsabilitat civil del treballador, així com les primes o quotes satisfetes a entitats asseguradores per a la cobertura de les malalties comunes del treballador, en aquest últim cas en els termes previstos per la normativa de l'impost sobre la renda de les persones físiques.

6. Aquelles altres assignacions que estableixi expressament la Llei.

Les assignacions assenyalades i en els termes previstos no tenen la consideració de percepcions en espècie concedides voluntàriament per les empreses. L'excés per sobre de les quanties previstes sí que s'ha d'incloure en la base de cotització.

g) Finalment, s'exclouen les hores extraordinàries, llevat del cas de la base de cotització per accidents de treball i malalties professionals i sens perjudici de la cotització addicional prevista per la llei.⁴⁰⁶

D'altra banda, les bases de cotització i el percentatge o tipus de cotització aplicables en cada cas es fixen anualment en la Llei de pressupostos generals de l'Estat, amb l'excepció dels tipus corresponents a la cotització per accidents de treball i malalties professionals, que es recullen en la disposició addicional quarta de la Llei 42/2006, de 29 de desembre. Així mateix, cal tenir en compte que existeixen unes bases mínimes i màximes de cotització, fixades anualment per categories professionals, així com uns tipus màxims i mínims de cotització.

Tot això implica, òbviament, que l'entitat local que contracta temporalment un treballador ha de complir aquesta obligació de cotització en els termes assenyalats anteriorment, tot i que en aquest sentit cal fer certes consideracions:

1) La regulació aplicable durant l'any 2007 es troba recollida essencialment en l'article 115 de la Llei 42/2006, de 29 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat.

2) La base de cotització per contingències comunes es calcula sumant a la remuneració percebuda pel treballador, determinada en els termes ja examinats, la part proporcional de les gratificacions extraordinàries establertes i d'aquells altres conceptes retributius que tinguin una periodicitat superior a la mensual o que no tinguin caràcter periòdic i se satisfacin dintre de l'exercici econòmic de l'any 2007.⁴⁰⁷

406. En efecte, la remuneració que s'obté per hores extraordinàries, amb independència de la cotització per accidents de treball i malalties professionals, es troba subjecta a una cotització addicional, destinada a incrementar els recursos generals del sistema de la seguretat social i la qual no és computable a l'efecte de determinar la base reguladora de les prestacions. El percentatge aplicable depèn, com veurem més endavant, de si es tracta o no d'hores extraordinàries motivades per una força major.

407. L'import anual s'ha de dividir per 365 i el resultat s'ha de multiplicar pel nombre de dies que compregui el període de cotització de cada mes. En el cas que la remuneració tingui caràcter mensual, l'import anual s'ha de dividir entre 12.

Si la base de cotització que resulta no està compresa entre la quantia de les bases mínima i màxima corresponents al grup de cotització de la categoria professional del treballador,⁴⁰⁸ s'ha de cotitzar per la base mínima o màxima, segons que la resultant sigui inferior a aquella o superior a aquesta. La base mínima és d'aplicació sigui quin sigui el nombre d'hores treballades diàriament, excepte en aquells supòsits en què s'estableixi el contrari per mitjà d'una disposició legal.

3) La base de cotització per les contingències d'accidents de treball i malalties professionals s'ha de calcular conforme a les regles anteriors, però no són aplicables les bases mínima i màxima esmentades abans, ja que la quantitat resultant no pot ser superior al topall màxim (2.996,10 euros mensuals per a l'any 2007) ni inferior al topall mínim (la quantia equivalent al salari mínim interprofessional vigent incrementada en una sisena part, llevat que hi hagi una disposició expressa en sentit contrari), sigui quin sigui el nombre d'hores treballades diàriament, excepte en aquells supòsits en què s'estableixi el contrari per mitjà d'una disposició legal.

4) Els tipus de cotització per a l'any 2007 són els següents: a) per a les contingències comunes, el 28,30 %, del qual el 23,60 % és a càrrec de l'empresa i el 4,70 % és a càrrec del treballador; b) per a les contingències d'accidents de treball i malalties professionals, s'apliquen els percentatges de la tarifa de primes recollida en la disposició addicional quarta de la Llei 42/2006, de 29 de desembre, els quals són a càrrec exclusiu de l'empresa; i

c) la cotització addicional per les hores extraordinàries motivades per una força major s'ha de fer aplicant el tipus del 14 %, del qual el 12 % és a càrrec de l'empresa i el 2 % és a càrrec del treballador; la cotització addicional per la resta de les hores extraordinàries és del 28,30 %, del qual el 23,60 % és a càrrec de l'empresa i el 4,70 % és a càrrec del treballador.

Així mateix, existeixen regles especials de cotització per als casos en què, per exemple, el treballador es troba en situació d'incapacitat temporal, risc durant l'embaràs o maternitat, o bé es troba en situació d'alta en la seguretat social sense percebre cap remuneració.

408. Recollides, per a l'any 2007, en l'article 115.2 de la Llei 42/2006, de 29 de desembre.

5) Per determinar la base de cotització en el cas dels conceptes d'atur, FGS i formació professional, s'ha de tenir en compte la base corresponent als accidents de treball i malalties professionals.

Quant als tipus de cotització aplicables en el cas de la cotització per atur, cal destacar que, amb la finalitat de desincentivar la contractació temporal o, en altres paraules, fomentar la contractació indefinida, el tipus aplicable és superior quan es tracta de determinats contractes temporals. Així, per a l'any 2007 s'han de distingir diversos supòsits:

a) Si es tracta d'un contracte indefinit, incloent-hi els contractes indefinits a temps parcial i els fixos discontinus, així com els contractes de durada determinada, en les modalitats de contractes formatius en pràctiques, de relleu, d'interinitat i els contractes, sigui quina sigui la modalitat utilitzada, formalitzats amb treballadors discapacitats, el percentatge aplicable és el 7,30 %, del qual el 5,75 % és a càrrec de l'empresa i el 1,55 % és a càrrec del treballador.

b) Si es tracta d'un contracte de durada determinada a temps complet, el percentatge aplicable és el 8,30 %, del qual el 6,70 % és a càrrec de l'empresari i l'1,60 % és a càrrec del treballador.

c) Si es tracta d'un contracte de durada determinada a temps parcial, el percentatge aplicable és el 9,30 %, del qual el 7,70 % és a càrrec de l'empresari i l'1,60 % és a càrrec del treballador.

d) Quan la contractació de durada determinada, a temps complet o parcial, es transforma en un contracte indefinit s'aplicarà el tipus de cotització previst per a la contractació indefinida des del dia de la data de la transformació.

e) Els funcionaris d'ocupació i el personal amb nomenament estatutari temporal dels serveis de salut que mantenen una relació de serveis de caràcter temporal, cotitzen com si es tractés de treballadors indefinits si aquests serveis són d'interinitat o de substitució i com a contractats temporals si els serveis són de caràcter eventual.

D'altra banda, el percentatge de cotització per al FGS és del 0,20 %, a càrrec de l'empresa, i la cotització per formació professional és del 0,70 %, del qual el 0,60 % és a càrrec de l'empresa i el 0,10 % és a càrrec del treballador.

6) Existeixen regles particulars de cotització per al cas dels treballadors contractats a temps parcial. En aquest àmbit, cal destacar que:

a) La cotització es fa a raó de la remuneració efectivament percebuda en funció de les hores treballades en el mes de què es tracti.

b) Per calcular la base de cotització per contingències comunes s'ha de computar la remuneració rebuda per les hores ordinàries i, si escau, per les hores complementàries, sigui quina sigui la seva forma o denominació i amb independència que hagi estat satisfeta diàriament, setmanalment o mensualment. A aquesta remuneració s'hi ha de sumar la part proporcional que correspongui en concepte de descans setmanal i festius, pagues extraordinàries i aquells altres conceptes retributius la meritació dels quals tingui una periodicitat superior a la mensual o que no tinguin caràcter periòdic i se satisfacin dintre de l'any 2007.

Si la base de cotització resultant és inferior a la base mínima (que és el resultat de multiplicar el nombre d'hores realment treballades per la base mínima horària establerta per categories professionals) o superior a la màxima prevista amb caràcter general per als diferents grups de categories professionals, es prendrà aquesta o aquella, respectivament.

c) Per determinar la base de cotització per les contingències d'accidents de treball i malalties professionals, així com la base de cotització per atur, FGS i formació professional, s'ha de computar la remuneració corresponent a les hores extraordinàries realitzades per força major, per a la qual cosa s'han de seguir les pautes previstes per al càlcul de la base per contingències comunes, excepte la comparació amb les bases mínima i màxima. La base no pot ser en cap cas superior al topall màxim previst amb caràcter general ni inferior a 3,80 euros per cada hora treballada.

La remuneració que obtenen els treballadors a temps parcial pel concepte d'hores extraordinàries motivades per una força major queda subjecta a la cotització addicional prevista per als treballadors a temps complet.

d) Existeixen regles especials per als supòsits d'incapacitat temporal, risc durant l'embaràs, maternitat, pluriocupació i supòsits de treball concentrat en períodes inferiors als d'alta.

7) Tal com ja hem vist en un apartat anterior, existeixen regles especials de cotització per al cas dels contractes per a la formació.⁴⁰⁹ En aquest cas, la cotització mensual consistirà en una quota única mensual de 32,89 euros per contingències comunes, dels quals 27,42 euros seran a càrrec de l'empresari i 5,47 euros seran a càrrec del treballador. La cotització mensual per contingències professionals és de 3,77 euros i és a càrrec de l'empresari. La cotització pel FGS és de 2,10 euros i és també a càrrec exclusiu de l'empresari. I la cotització per formació professional consisteix en una quota mensual d'1,15 euros (1,01 euros a càrrec de l'empresari i 0,14 euros a càrrec del treballador).

409. Article 115 de la Llei 42/2006, de 29 de desembre.

11.4. Les responsabilitats derivades de l'incompliment de les obligacions d'afiliació, alta o cotització

Tal com hem assenyalat, en el cas que l'entitat local incompleixi la seva obligació d'afiliar, donar d'alta o cotitzar pel treballador temporal que contracta (sigui quina sigui la modalitat contractual emprada), pot incórrer en responsabilitats importants, tant enfront de les entitats gestores o col·laboradores del sistema de la seguretat social com enfront del mateix treballador. Aquestes responsabilitats poden ser, a més, de tipus molt diferents:

a) Responsabilitat civil, a conseqüència de la qual es pot originar una indemnització pels danys i perjudicis causats al treballador per l'incompliment de les obligacions esmentades. La regulació de la responsabilitat civil es troba en els articles 1.101 i següents CC, i aquesta deriva de l'incompliment de les obligacions que comporta el contracte.

b) Responsabilitat administrativa, que pot derivar tant d'infraccions lleus (art. 21.1, 2, 3 i 5 LIS), com d'infraccions greus (art. 22.2, 3 i 10 LIS) o molt greus (art. 23.1b, d, e i f LIS).

En particular, es considera infracció administrativa greu no sol·licitar, dins del termini i en la forma escaient, l'afiliació inicial, l'alta d'un treballador o la no-transmissió de les dades corresponents, per part de les entitats obligades o acollides a la utilització de sistemes de presentació per mitjans informàtics, electrònics o telemàtics⁴¹⁰ (art. 22.2 LIS), o no ingressar les cotitzacions en la forma i els terminis reglamentaris, havent presentat els documents de cotització o havent utilitzat els sistemes de presentació per mitjans informàtics, electrònics o telemàtics (art. 22.3 LIS).

I es qualifica com a infracció molt greu:

1) No ingressar les cotitzacions en el termini i la forma reglamentaris, no havent presentat els documents de cotització ni havent utilitzat els sistemes de presentació

410. Es considera que es comet una infracció per cadascun dels treballadors afectats.

per mitjans informàtics, electrònics o telemàtics, així com retenir indegudament la part de quota de la seguretat social descomptada als treballadors, és a dir, no ingressar-la dintre del termini reglamentari, o efectuar descomptes superiors als establerts per la llei i no ingressar-los en el termini reglamentari, sempre que, en ambdós casos, aquesta conducta no sigui constitutiva de delictes d'acord amb l'article 307 CP (art. 23.1b LIS).

2) Incrementar indegudament la base de cotització (art. 23.1e LIS) o pactar amb els treballadors, de manera individual o col·lectiva, que aquests assumiran, totalment o parcialment, la part de les quotes de la seguretat social que és a càrrec de l'empresari (art. 23.1d LIS).

3) Fer declaracions o consignar dades falses o inexactes en els documents de cotització que ocasionin deduccions fraudulentament en les quotes que s'han de satisfer a la seguretat social (art. 23.1f LIS).

En tots els casos, la responsabilitat es concreta en una multa d'una quantia mínima de 30,05 euros i una quantia màxima de 90.151,82 euros. En el cas de les administracions públiques aquesta multa no és exigible, amb la qual cosa s'ha de procedir únicament a requerir a l'Administració implicada que cessi en l'incompliment de què es tracti.

c) Responsabilitat penal, en els casos en què resulti aplicable l'article 311.1 CP, que preveu que serà castigat amb penes de presó de 6 mesos a 3 anys i una multa de 6 a 12 mesos «qui mitjançant engany o abús de situació de necessitat imposi als treballadors al seu servei condicions laborals i de seguretat social que perjudiquin, suprimeixin o restringeixin els drets que tinguin reconeguts per disposicions legals, convenis col·lectius o contracte individual». Si aquesta conducta es porta a terme amb violència o intimidació, s'ha d'imposar la pena superior en grau.

Això significa que no afiliar un treballador, no donar-lo d'alta o no cotitzar per ell, si es produeix engany o abús de situació de necessitat, comporta imposar al treballador una condició de seguretat social il·legal que perjudica o fins i tot suprimeix els seus drets a prestacions de la seguretat social, i, per tant, es pot incórrer en el tipus delictiu referit en el paràgraf anterior.

D'acord amb l'article 318 CP, quan els fets s'atribueixin a persones jurídiques, s'ha d'imposar la pena als administradors o encarregats del servei que n'hagin estat responsables i a les persones que coneixien la situació i podien adoptar una solució però no van prendre les mesures necessàries.

Aquesta responsabilitat és incompatible amb la responsabilitat administrativa. Es tracta, a més, d'una via d'exigència de responsabilitats molt poc utilitzada en la pràctica.

d) Responsabilitat en matèria de seguretat social, recollida en l'article 126.2 LGSS, consistent en el pagament —total o parcial—, a càrrec de l'entitat local, de la prestació corresponent de la seguretat social. En efecte, en l'article esmentat s'assenyala que «l'incompliment de les obligacions en matèria d'afiliació, altes i baixes i de cotització determinarà l'exigència de responsabilitat, quant al pagament de les prestacions, prèviament fixats els supòsits d'imputació i el seu abast i la regulació del procediment per fer-la efectiva».

El desenvolupament reglamentari es troba recollit en els articles 94, 95 i 96 de la Llei de la seguretat social de 1966, vigent encara amb caràcter reglamentari.⁴¹¹

Això implica que, quan l'entitat local incompleixi l'obligació d'afiliar, donar d'alta o cotitzar per un treballador —ja sigui contractat indefinit, ja sigui contractat temporal—, ha d'assumir el cost —total o parcial— de la corresponent prestació de la seguretat social. I això, amb independència del tipus de prestació de què es tracti (incapacitat temporal, incapacitat permanent, maternitat, pensió de jubilació, etc.) i del risc que la causi (accident de treball, accident no laboral, malaltia comuna o professional). Es tracta, doncs, d'una responsabilitat que pot tenir un cost econòmic molt elevat (imaginem, per exemple, haver de pagar el cost d'una pensió vitalícia d'incapacitat permanent absoluta —consistent en el 100 % de la base reguladora corresponent— a un treballador que té només 28 anys).

No obstant això, d'acord amb la normativa vigent i sobretot tenint en compte la jurisprudència, cal distingir diverses situacions possibles que determinen també l'abast concret de la responsabilitat que pot arribar a assumir l'entitat local:

1) La primera situació es concreta en el cas en què no s'afilia o no es dóna d'alta el treballador i aquest o els seus drethavents, en el cas de les prestacions per mort i supervivència (viduïtat, orfandat, prestacions en favor de familiars), sol·liciten qualsevol tipus de prestació de la seguretat social (incapacitat temporal o permanent, pensió de viduïtat o d'orfandat) sobre la base d'un accident de treball (art. 115 LGSS) o d'una malaltia professional (art. 116 LGSS).

411. Sentències del TS de 7 d'abril de 2004 i 27 de maig de 2004 (Ar. 2854 i 6165, respectivament).

En aquest supòsit, l'entitat local ha d'assumir el cost total de la prestació corresponent, però com que es tracta d'una situació d'alta presumpta o de ple dret (art. 125.3 LGSS), d'acord amb el contingut dels articles 126.2 LGSS i 94 de la Llei de la seguretat social de 1966, l'entitat gestora o la mútua d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social ha d'anticipar la prestació al treballador o als seus drethavents i posteriorment ha de reclamar-ne l'import a l'entitat local. Aquesta obligació de bestreta es fonamenta en el denominat *principi d'automaticitat* de les prestacions (art. 126.3 LGSS). Aquesta solució també es deriva del contingut de l'article 61.2 del Reial decret 1993/1995, que regula la col·laboració de les mútues d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social.

També sorgirà la responsabilitat subsidiària del Fons de Garantia d'Accidents de Treball-INSS, d'acord amb l'article 94.4 de la Llei de la seguretat social de 1966. Aquesta responsabilitat subsidiària es posa en funcionament davant la insolvència de l'empresa responsable o la insolvència de la mútua d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social.⁴¹²

Una solució molt semblant (però sense que hi hagi responsabilitat subsidiària a càrrec del Fons de Garantia d'Accidents de Treball-INSS) es dóna en el cas de les prestacions d'atur.

Segons els tribunals, és suficient incomplir l'obligació d'afiliar o donar d'alta un treballador perquè sorgeixi la responsabilitat a què es refereixen les línies següents, amb independència de la importància (en temps) que tingui aquest incompliment, és a dir, la responsabilitat sorgeix sempre que aquesta obligació no es compleixi en els termes examinats abans; en aquest sentit, és irrellevant que el retard en aquest compliment sigui d'hores, dies, setmanes, mesos o fins i tot anys.⁴¹³

2) La segona situació consisteix a incomplir l'obligació d'afiliar o donar d'alta el treballador però aquest o els seus drethavents sol·liciten una prestació que té el seu origen en una malaltia comuna o en un accident no laboral (art. 117 LGSS), o bé es tracta de les prestacions per maternitat, risc durant l'embaràs o jubilació.

412. Com a exemples d'aquesta solució és possible citar la STS de 27 d'octubre de 2004 (Ar. 7348) i les sentències del TSJ de la Comunitat Valenciana de 10 de febrer de 2005 (JUR 2005/109856) i 20 d'abril de 2004 (AS. 3683).

413. STS de 27 d'octubre de 2004 (Ar. 7348).

En aquest cas, si bé l'entitat local també ha d'assumir el pagament total de la prestació corresponent (sigui quina sigui: incapacitat temporal o permanent, maternitat, risc durant l'embaràs o, fins i tot, la pensió de jubilació), no existeix cap obligació de bestreta per part de l'entitat gestora o col·laboradora.

Aquesta diferència de tracte respecte dels riscos professionals té el seu fonament en l'aplicació dels articles 126.2 LGSS i 94 de la Llei de la seguretat social de 1966 i ha estat avalada reiteradament pels tribunals.⁴¹⁴ Aquests són els arguments essencials que fonamenten aquesta opció:

a) La Llei de la seguretat social de 1966 exigeix l'alta a la seguretat social per tal que sigui possible la bestreta per part de l'entitat gestora o mútua d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social.

b) No s'ha de confondre un descobert de cotitzacions amb la manca d'alta, supòsit aquest últim en què l'entitat gestora o la Mútua resta exempta de tot tipus de responsabilitat.

c) L'article 41 de la Constitució espanyola no imposa la protecció d'aquestes situacions, per més difícils que siguin des de la perspectiva humana, ja que això suposaria desnaturalitzar el caràcter contributiu del sistema de la seguretat social i no tenir en compte, a més, les exigències de finançament. Aquesta tasca d'ampliació de la protecció del sistema correspon al Govern, no als tribunals.

Cal destacar que, com que en el cas que ens ocupa es tracta d'una Administració pública, el treballador o els seus drethavents tenen assegurat sempre el cobrament de la prestació de la seguretat social, però en el marc de l'empresa privada aquesta solució suposa que si l'empresari és insolvent, el treballador no percebrà la prestació corresponent, amb la qual cosa es crea una situació de desprotecció molt discutible. En aquest punt, cal recordar que el treballador es queda sense prestació malgrat que, com hem vist, no és ell qui està obligat a complir l'obligació d'afiliació i/o alta.

En aquest àmbit, també és irrellevant la durada de l'incompliment de l'obligació d'afiliació i/o alta.

414. Entre d'altres, vegeu les sentències del TSJ de Canàries de 15 de febrer de 2005 (JUR 2005/85300), 18 de març de 2005 (AS. 758) i 30 de març de 2005 (JUR 2005/103043). I també la del TSJ de Balears de 2 de maig de 2005 (JUR 2005/77025).

3) La tercera possibilitat, bastant freqüent en la pràctica —per desgràcia—, se centra en la manca de compliment de l'obligació de cotitzar pel treballador. En aquest marc és necessari distingir dues situacions, amb solucions molt diferents:

a) La prestació que se sol·licita té el seu origen en un accident de treball o una malaltia professional, amb independència de la prestació de què es tracti.

En aquest cas, existeix responsabilitat de l'entitat local quan el descobert de cotitzacions tingui el caràcter de constant i persistent, però no quan es tracti simplement d'un descobert ocasional o esporàdic.⁴¹⁵ En efecte, tal com assenyala el Tribunal Suprem, «[...] l'anàlisi i la valoració dels antecedents és un factor determinant per a qualificar els incompliments amb vista a l'obligació de cotitzar, bé com a episodis aïllats que no generen responsabilitat per a l'empresari, bé com a definitius o persistents en el temps, que provoquen l'efecte contrari [...]».⁴¹⁶

En el mateix sentit, la jurisprudència manifesta que «[...] segueix sent vàlida l'aplicació de la doctrina tradicional en relació amb la responsabilitat empresarial per falta de cotització, en el sentit de distingir segons es tracti d'incompliments empresarials transitoris o, per contra, es tracti d'incompliments definitius i voluntaris, rupturistes o expressius de la voluntat empresarial de no complir amb la seva obligació de cotitzar [...]».⁴¹⁷

En el cas que es conclouï que existeix responsabilitat de l'entitat local perquè es tracta d'un descobert de cotitzacions definitiu o persistent, existeix també l'obligació de bestreta de la prestació per part de l'entitat gestora o col·laboradora, així com la responsabilitat subsidiària del Fons de Garantia d'Accidents de Treball-INSS.

415. Sentències del TS d'1 de febrer de 2000 (Ar. 1436), 20 de gener de 2003 (Ar. 2004/1332), 11 de febrer de 2004 (Ar. 2212) i 27 de maig de 2004 (Ar. 5165). En el mateix sentit, vegeu també la STSJ de Castella-la Manxa de 14 d'abril de 2005 (JUR 2005/106255) i les del TSJ de Catalunya de 13 de gener de 2005 i 16 de març de 2005 (AS. 303 i 974, respectivament).

416. STS de 17 de setembre de 2001 (Ar. 2002/628).

417. En aquests termes, vegeu la STS de 28 de juny de 2001 (Ar. 6844). Altres exemples: sentències del TS de 17 i 18 de setembre de 2001 (Ar. 2002/589 i 628) (invalidesa permanent total), 20 de març de 2001 (Ar. 3391) i 5 d'abril de 2001 (Ar. 4884) (lesions permanents no invalidants), 21 de març de 2001 (Ar. 4108) i 26 de setembre de 2001 (Ar. 2002/320) (incapacitat temporal) i 16 de gener de 2001 (Ar. 773) (invalidesa permanent parcial).

No obstant això, aquesta solució planteja la dificultat, reconeguda pel mateix Tribunal Suprem,⁴¹⁸ de com es pot diferenciar en la pràctica un descobert de cotitzacions «ocasional» d'un descobert «constant».

En relació amb això, algunes sentències situen la frontera en el període d'un any de descobert, tret que es tracti d'una empresa que no hagi ingressat ni una sola quota des del moment de la subscripció del document d'associació amb la mútua d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social, fet que demostraria la seva voluntat contumaç i infractora del compliment de l'obligació de cotització.⁴¹⁹

Per la seva banda, el Tribunal Suprem s'ha limitat a assenyalar que generen responsabilitat empresarial els incompliments que persisteixen en el temps, quan no concorri cap element objectiu que evidencii la voluntat de satisfer les obligacions incomplertes,⁴²⁰ o bé, davant d'un incompliment determinat, simplement destaca que «[...] ens trobem davant d'un incompliment manifest —i no discutit per les parts— voluntari, dilatat en el temps i, per tant, clarament expressiu d'una voluntat empresarial de no complir les seves obligacions de cotització [...]».⁴²¹ Finalment, afirma que els descoberts constants són els reiterats i per això qualificables de rupturistes, per encobrir una veritable intenció de no cotitzar,⁴²² o els descoberts definitius, voluntaris, rupturistes o expressius de la voluntat empresarial de no complir l'obligació de cotitzar.⁴²³

En definitiva, la situació anterior dóna lloc que existeixin exemples en què un mateix descobert de cotitzacions és considerat, segons el cas o el tribunal, un descobert ocasional o un descobert constant, amb la qual cosa es creen possibles situacions de desigualtat davant del mateix tipus d'incompliment.⁴²⁴

418. Sentències del TS de 12 de febrer de 2001 i 17 de setembre de 2001 (Ar. 2516 i 2002/628, respectivament).

419. STSJ de Catalunya de 20 de setembre de 2001 (AS. 4098).

420. Sentències del TS de 12 de febrer de 2001 (Ar. 2516) i 5 de març de 2001 (Ar. 2832).

421. STS de 28 de juny de 2001 (Ar. 6844).

422. STS de 20 de març de 2001 (Ar. 3391).

423. STS de 24 de març de 2001 (Ar. 3402).

424. Sentències del TSJ de Catalunya de 13 de gener de 2005 (AS. 303) i de Castella-la Manxa de 14 d'abril de 2005 (JUR 2005/106255).

També sorgeix un altre dubte: determinar quins descoberts s'han de tenir en compte per valorar si es tracta d'un descobert ocasional o d'un descobert constant. És a dir, s'han de tenir en compte només els descoberts anteriors al fet causant de la prestació o també els posteriors? En aquest sentit, el Tribunal Suprem ha aclarit que només s'han de tenir en compte els descoberts anteriors al fet causant, atès que la responsabilitat empresarial es basa en l'actuació desenvolupada fins a aquell moment, i no en la posterior.⁴²⁵

b) La solució és molt diferent quan la causa de la prestació és un accident no laboral o una malaltia comuna (sigui quina sigui la prestació de la seguretat social) o bé quan es tracta de les prestacions per maternitat, risc durant l'embaràs, atur i jubilació.

En efecte, en aquests supòsits s'aplica l'anomenada *tesi de la proporcionalitat*, instaurada pel Tribunal Suprem l'any 1997.⁴²⁶ Aquesta tesi vincula l'existència de responsabilitat empresarial per descobert de cotitzacions al fet que aquest afecti efectivament el període de carència corresponent (ja que, si no fos així, es veuria afectat el principi *non bis in idem*) i, per tant, el dret del beneficiari a accedir a la prestació corresponent. Amb això s'estableix, així mateix, un criteri de proporcionalitat a l'hora de determinar l'abast de la responsabilitat i la necessitat de ponderar la voluntat concurrent de l'empresari (durada de l'incompliment, excusabilitat de la causa del descobert, import global del deute, caràcter ocasional o no del descobert).

Això implica que si l'incompliment de l'obligació de l'entitat local de cotitzar impedeix al treballador aconseguir el període mínim de cotització exigida per tenir dret a la prestació (període que serà diferent segons la prestació que se sol·liciti), aquella incorrerà en responsabilitat, que serà proporcional a la importància de l'incompliment, per a la qual cosa es portarà a terme la ponderació de la voluntat assenyalada abans.⁴²⁷ Tanmateix, existirà l'obligació de la bestreta per part de l'entitat gestora o col·laboradora.

425. STS de 22 de febrer de 2001 (Ar. 2814), 20 de gener de 2003 (Ar. 2004/1332) i 11 de febrer de 2004 (Ar. 2212).

426. STS de 8 de març de 1997 (Ar. 3970).

427. Hi ha sentències, no obstant això, que en aquest cas imposen una responsabilitat total i no proporcional: STSJ d'Astúries de 4 de juny de 2004 (JUR 2004/258663). També hi ha sentències que exclouen la responsabilitat empresarial perquè consideren que no hi ha una voluntat rebel per part de l'empresari ni un perjudici en l'accés a la protecció (STSJ de la Comunitat Valenciana de 18 de juny de 2004 [JUR 2005/10289]) o bé que consideren que es va tractar d'un simple error sense voluntat fraudulenta (STSJ de Castella i Lleó d'1 d'octubre de 2004 [AS. 2005/126]).

En canvi, si encara que es produeixi un descobert de cotitzacions important, aquest no impedeix al treballador tenir dret a la prestació corresponent, l'entitat local no incorrerà en aquest tipus de responsabilitat.

En definitiva, el Tribunal Suprem ha manifestat amb total claredat que «[...] la determinació de la possible responsabilitat patronal en el pagament de prestacions de la seguretat social s'ha de realitzar tenint en compte que: [...] l'incompliment de l'obligació de cotitzar no extingeix les relacions de seguretat social i el cobrament de les cotitzacions degudes es realitza per via executiva amb l'abonament dels recàrrecs procedents [...] mateix temps que la manca d'ingrés de les cotitzacions és una infracció greu sancionable administrativament [...] per a no vulnerar el principi *non bis in idem* [...] la responsabilitat empresarial en les prestacions per falta de cotització ha de vincular-se a un incompliment en la relació jurídica de protecció, de manera que aquella impedeixi la cobertura del període de cotització exigít. En altre cas se sancionaria dues vegades la mateixa conducta (sanció administrativa directa i sanció indirecta també administrativa per mitjà d'una responsabilitat de la prestació) [...] C) El principi de proporcionalitat exigeix per la seva banda una mínima adequació entre la gravetat de l'incompliment i el transcendental resultat d'imputar l'íntegra responsabilitat [...] a l'empresa [...] D) El principi de ponderació de la voluntat de l'agent [...] obliga a tenir en compte circumstàncies diverses, com la durada de l'incompliment del deure de cotitzar, l'excusabilitat de la seva causa, l'import global del deute, el caràcter ocasional o no del descobert, i l'actitud més o menys diligent de l'empresa per a superar les dificultats que ho hagin pogut originar. E) Examinada la regla de l'art. 126.2 LGSS [...] s'adverteix que no pot interpretar-se com una norma autònoma de caràcter sancionador, sinó com una disposició que estableix una responsabilitat connectada causalment amb el perjudici que l'incompliment empresarial ha produït en el dret del treballador. En tal cas, l'empresari està obligat a reparar aquest perjudici i ha de respondre, sense perjudici que l'entitat gestora anticipi el pagament de la prestació d'acord amb el principi d'automaticitat. Però, fora d'aquest supòsit, l'incompliment empresarial en matèria de cotització no ha de determinar una responsabilitat prestacional, sense perjudici que pugui ser objecte de sanció amb independència de la recaptació en via executiva de les cotitzacions degudes [...]».⁴²⁸

D'altra banda, segons el Tribunal Suprem, també existeix responsabilitat empresarial quan el descobert de cotitzacions no impedeix l'accés a la prestació corresponent

428. STS de 29 de novembre de 1999 (Ar. 9590). Vegeu també les sentències del TS de 25 de gener de 1999 (Ar. 2476), 17 de març de 1999 (Ar. 3005) i 14 de desembre de 2004 (AS. 2005/1729).

però sí que afecta la quantia d'aquesta. És el cas, per exemple, de la prestació de jubilació, en la qual és possible que l'incompliment empresarial de l'obligació de cotitzar no hagi impedit complir el període mínim de cotització de quinze anys, però sí que pot haver incidit en el percentatge aplicable a la base reguladora, que es determina d'acord amb els anys efectivament cotitzats. En aquests casos, també existeix responsabilitat empresarial proporcional a la gravetat de l'incompliment i l'entitat gestora està obligada a anticipar la prestació.⁴²⁹ La mateixa solució s'aplicaria en el cas, per exemple, del subsidi de prejubilació.⁴³⁰

Les tesis mantingudes en aquest sentit pel Tribunal Suprem, àdhuc sent innovadores, plantegen, no obstant això, el problema que no tenen base directa en la normativa vigent, és a dir, són un clar exemple de la reinterpretació legal portada a terme pels tribunals en els últims anys.

4) L'última situació es dona quan l'entitat local cotitza pel treballador que ha contractat temporalment però ho fa per un salari inferior al real o bé, en el marc de les contingències professionals, cotitza per un epígraf equivocat i sempre amb una cotització inferior.

En aquests supòsits, coneguts tradicionalment com *d'infracotització*, l'entitat local és responsable del pagament de la diferència de prestació i existeix l'obligació de bestreta a càrrec de l'entitat gestora o col·laboradora. En aquest sentit, per exemple, la jurisdicció social manifesta que «[...] aquells preceptes estableixen que l'empresa ha de respondre de la prestació en la part corresponent a la pensió per la qual no hagi cotitzat —número 2 de l'article 96—, responsabilitat que no impedeix l'obligació de l'entitat gestora d'avançar la prestació reconeguda en virtut d'allò disposat en el número 3 del repetidament citat article 96, que consagra l'automaticitat de les prestacions [...]».⁴³¹ I

429. En aquest sentit, vegeu, entre altres, les sentències del TS de 2 de juny de 2004 (Ar. 5043) i 7 d'abril de 2004 (Ar. 2854), i les sentències del TSJ de Madrid de 15 d'abril de 2005 (JUR 2005/106158), 4 de març de 2004 (JUR 2004/238756) i 26 d'abril de 2004 (JUR 2004/237449), de Galícia de 26 de gener de 2005 (AS 182), 26 de febrer de 2004 (JUR 2004/122375), 30 de març de 2004 (JUR 2004/154789) i 11 de maig de 2004 (JUR 2004/241597), de Balears de 29 de març de 2005 (AS. 1157), de Catalunya de 18 de juny de 2004 (JUR 2004/220609), de Castella i Lleó de 13 d'octubre de 2004 (AS. 3021) i del País Basc de 25 d'octubre de 2004 (AS. 2803) i 23 de novembre de 2004 (AS. 3865).

430. Sentències del TSJ de Castella-la Manxa de 13 de juliol de 2004 (AS. 2853) i 30 de juliol de 2004 (JUR 2004/274941). En algun cas es preveu una responsabilitat per la totalitat de la prestació: STSJ de Catalunya de 10 de març de 2004 (JUR 2004/120137).

431. STSJ de Madrid de 4 de març de 1999 (AS. 757).

això, sobre la base de l'article 94.2c de la Llei de la seguretat social de 1966, que en els casos d'fracotització atribueix a l'empresari la responsabilitat per la diferència entre la quantia de la prestació causada pel treballador i aquella que correspongui assumir a la seguretat social per les quotes efectivament ingressades.

També cal assenyalar que, els últims anys, els tribunals han aplicat en aquest àmbit la «tesi de la proporcionalitat» i han considerat que la responsabilitat empresarial té la seva base en el fet que la fracotització incideix directament —reduint-la— en la quantia de la prestació que se sol·licita.⁴³²

En algun cas, però, aquesta responsabilitat empresarial s'exclou com a conseqüència de l'aplicació del principi de proporcionalitat entre la gravetat de l'incompliment i la consegüent responsabilitat,⁴³³ o bé perquè es considera que es tracta d'un error jurídic excusable.⁴³⁴ O bé perquè es traslladen els criteris aplicables en l'àmbit dels descoberts de cotització, sense cap referència a l'article 94 de la Llei de la seguretat social de 1966.⁴³⁵

I en algun cas la responsabilitat per fracotització es fa recaure sobre l'entitat gestora, basant-se en el funcionament defectuós d'aquesta.⁴³⁶ O bé s'assenyala, en un supòsit de cotització per un epígraf equivocat, que la responsabilitat correspon a la Mútua d'Accidents de Treball, ja que com a entitat col·laboradora de la gestió del sistema de la seguretat social té el nivell tècnic necessari de coneixement de la normativa per adequar les cotitzacions a l'activitat empresarial.⁴³⁷

432. Per exemple, sentències del TS de 19 de març de 2004 (Ar. 2940) i 17 de novembre de 2004 (Ar. 2005/17) i sentències del TSJ de Catalunya de 9 de febrer de 2005 (AS 573), de Canàries de 18 de març de 2005 (JUR 2005/103303), del País Basc de 25 de novembre de 2004 (JUR 2005/39785) i de Madrid de 22 de gener de 2004 (JUR 2004/95397) i 17 de març de 2005 (JUR 2005/93287).

433. STSJ de Castella i Lleó de 13 de juliol de 1999 (AS. 4061).

434. STSJ de Catalunya de 4 de gener de 2005 (JUR 2005/65222).

435. STSJ de Navarra de 27 de febrer de 2002 (AS. 803).

436. STSJ d'Andalusia de 6 de maig de 1999 (AS. 3371).

437. STSJ de Galícia de 22 de gener de 2002 (AS. 4)

e) A totes aquestes responsabilitats anteriors, compatibles entre si, amb l'excepció de les responsabilitats administrativa i penal quan recauen sobre la mateixa persona, pot afegir-se'n hi una altra: que es tracti d'un accident de treball o una malaltia professional i s'hagi produït una falta de mesures de seguretat i salut laboral.

En efecte, d'acord amb l'article 123 LGSS, totes les prestacions que tinguin la seva causa en un accident de treball o una malaltia professional s'han d'augmentar, segons la gravetat de la falta, d'un 30 % a un 50 % quan la lesió es produeixi per màquines o artefactes, quan es produeixi en instal·lacions, centres o llocs de treball que no tinguin els dispositius de precaució reglamentaris, els tinguin inutilitzats o en condicions inadequades, bé quan no s'hagin observat les mesures generals o particulars de seguretat i salut laboral, o les elementals de salubritat o les d'adequació personal a cada treball, tenint en compte les característiques, l'edat, el sexe i altres condicions del treballador.

El pagament del recàrrec de prestacions —que té la mateixa durada que la prestació de la qual depèn— correspon a l'empresari i no és assegurable, de manera que és nul qualsevol pacte o contracte que es faci per cobrir, compensar o transmetre aquesta responsabilitat.

Aquesta responsabilitat és independent i compatible amb la resta de les responsabilitats possibles, incloent-hi la penal.

En definitiva, no hi ha cap dubte que el compliment de les obligacions en matèria de seguretat social per part de les entitats locals respecte dels seus treballadors —especialment els contractats temporalment— constitueix avui dia una obligació fonamental. A més, cal tenir molt present que l'incompliment d'aquestes obligacions —amb independència de la seva causa— pot comportar responsabilitats importants, principalment econòmiques.

Bibliografía

Beneyto Calabug, D. «La base de cotización a la Seguridad Social: conceptos cotizables y excluidos». RTSS, núm. 176 (1997).

Fernández Paves, M. J. *La cotización a la Seguridad Social*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

Monereo Pérez, J. L. (coord.) *Comentarios a la Ley general de la Seguridad Social*. Granada: Comares, 1999.

Sagardoy, J. A.; Rey Guanter, S. del; Gala, C.; López, L.; Valverde, A. *Prontuario de Seguridad Social*. Madrid: Colex, 2004.

Sempere Navarro, A. V. (dir.) *Comentarios a la Ley general de la Seguridad Social*. Murcia: Laborum, 2003.

Epíleg

**El treball temporal i a temps parcial
en l'Estatut bàsic de l'empleat públic
de 2007**

Com hem indicat en el pròleg, l'elaboració d'aquest llibre ha coincidit en el temps amb el tràmit parlamentari de tot un conjunt de lleis —algunes de les quals encara no s'han aprovat—¹ que han incidit o ho faran sobre les qüestions que hem tractat al llarg del text, ja sigui quant al règim de la contractació laboral temporal i el treball a temps parcial, ja sigui en aspectes que hi estan vinculats, com ara la seguretat social. Aquest llibre tanca la seva elaboració, doncs, amb el marc jurídic i les disposicions que s'han promulgat fins a l'1 de gener de 2007.

Tanmateix, durant l'any 2006 i part del 2007, el Parlament espanyol ha dut a terme una reforma important de l'ocupació pública, que s'ha concretat en l'aprovació de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP). Els autors creiem que aquest llibre restaria incomplet sense un apropament a aquesta norma, que entrarà en vigor, en gran part del seu contingut, al mes de maig de 2007.²

S'ha de dir, però, que l'EBEP no ha comportat una modificació substancial del règim del treball laboral temporal i del treball a temps parcial a l'Administració pública. En aquest sentit, el que s'ha exposat en els capítols precedents manté plena vigència, amb les precisions que tot seguit farem. Això no ens sembla necessàriament una virtut, perquè, ja que el referit Estatut és una norma que pretén sintetitzar allò que diferencia els que treballen en el sector públic administratiu, incloent-hi el personal laboral, dels que ho fan en el sector privat, s'incompleix aquesta voluntat a l'hora de tractar les qüestions relatives al règim del personal laboral temporal, fonamentalment, i sense que pràcticament hi hagi tampoc cap mena de referència al treball a temps parcial. Ambdues qüestions continuaran regint-se, quasi de forma majoritària, per les normes laborals, pels criteris jurisprudencials que les han modulades i únicament de forma tangencial per normes administratives —a les quals hem fet les necessàries referències al llarg del llibre—; així, l'EBEP no és precisament un element que hi aportï gaires novetats, concrecions o solucions.

1. L'1 de maig de 2007, data de redacció d'aquest epíleg, és en tràmit parlamentari la reforma de la normativa de seguretat social, que podria afectar el que s'ha dit en determinats capítols del llibre i, en especial, el capítol 7, apartat tercer, sobre el contracte de treball a temps parcial en els supòsits de jubilació i contracte de relleu.

2. L'EBEP ha estat publicat en el BOE núm. 89 de 12 d'abril de 2007. La disposició final quarta, primer apartat, preveu que l'entrada en vigor sigui en el termini d'un mes a partir de la seva publicació en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, llevat de les excepcions previstes en els apartats segon i tercer de la disposició esmentada.

Dit això, creiem que és adient, si més no, referir-nos a diversos aspectes que l'EBEP ha incorporat al panorama de l'ocupació pública espanyola i que, de manera directa o indirecta, afecten l'objecte fonamental d'aquest llibre. Sense ànim d'exhaustivitat, i com a epíleg, volem ressaltar els punts següents.

1. L'EBEP pretén contenir allò que és comú al conjunt dels funcionaris de totes les administracions públiques així com les normes legals específiques aplicables al personal laboral al seu servei, en reconèixer i integrar en el seu articulat l'evidència del paper creixent que en el conjunt de les administracions comporta la contractació laboral. No obstant això, malgrat aquest desig concretat en l'exposició de motius, es pot dir que l'EBEP incorpora molt poc pel que fa al treball temporal i a temps parcial, i, per tant, hauran de ser les normes alienes a aquestes que continuïn regulant aquest marc jurídic: l'ET, l'RCT, la Llei 43/2006, l'RCF, la LETT, entre d'altres esmentades al llarg dels capítols precedents.

L'EBEP reconeix també que la contractació laboral, i en especial la temporal, és un recurs sovint emprat per les administracions públiques. Malgrat que per imperatiu de la Constitució de 1978 el règim funcionarial és el general i que, segons l'exposició de motius, no hi ha raons suficients que justifiquin una extensió rellevant de la contractació laboral en el sector públic, és del tot impossible desconèixer que un percentatge prou significatiu dels empleats públics tenen condició laboral. En l'àmbit de les corporacions locals espanyoles, l'Informe del Consell Econòmic i Social de 22 de desembre de 2004 situava aquest percentatge de laboralitat arreu de l'Estat en el 80%, una xifra que era més baixa a Catalunya, on restava prop del 50%, segons les dades recollides pel *Llibre blanc de la funció pública catalana* (2005).

Aquesta declaració és important perquè certifica allò que hem posat de manifest al llarg de tot el llibre. La presència de treballadors, juntament amb funcionaris, amb normes jurídiques diferents, comporta sovint problemes jurídics i de gestió, però també cal remarcar la dada que pàgina rere pàgina hem pogut constatar, com és que «la relació laboral d'ocupació pública està subjecta a determinades especificitats». La normativa d'accés a la funció pública i altres normes de dret públic tenen una influència directa o molt significativa sobre el règim laboral, també sobre el temporal i a temps parcial —potser aquest n'és l'àmbit més significatiu—, quan l'*empresari* és l'Administració pública. L'EBEP vol tenir en compte tot això però, tal com hem indicat, en el cas que analitzem ni de bon tros ha resolt les moltes dificultats que trobem en la gestió quotidiana, a l'hora d'aplicar en les nostres entitats locals les modalitats de contractació laboral temporal i de temps parcial previstes i dissenyades, en gran mesura —llevat de puntuals excepcions—, des d'una lògica del sector privat.

2. Tanmateix, creiem necessari referir-nos a les prescripcions directes que sí que han estat incorporades a l'EBEP i que confirmen tot el que hem anat desenvolupant en els capítols anteriors, per bé que en algun cas se'n pot deduir alguna modificació.

- a) L'EBEP defineix el personal laboral com aquell que presta serveis retribuïts per les administracions públiques, i s'hi refereix com a «relació laboral d'ocupació pública».

El contracte s'ha de formalitzar sempre per escrit, incloent-hi per tant també el contracte temporal, fins i tot en aquells casos en què la normativa laboral comuna permet el contracte verbal; a més a més, les entitats locals poden recórrer a «qualsevol de les modalitats de contractació de personal previstes en la legislació laboral» (art. 11.1), incloent-hi el contracte d'alta direcció (art. 13.4) si es tracta, en aquest darrer cas, de l'exercici de funcions directives professionals.

- b) En funció de la durada del contracte, aquest pot ser fix, temporal o per temps indefinit. Malgrat aquesta triple classificació, no s'ha d'entendre que l'EBEP resol la problemàtica dels treballadors indefinits no fixos —vegeu el capítol 10—, sinó que aquesta redacció és fruit de diverses esmenes acceptades en el tràmit del Senat que no tenen res a veure amb la problemàtica —important i greu— que hem tractat.³

- c) La regulació del personal laboral que preveu l'article 11 de l'EBEP no inclou mesures de contenció de la precarietat futura que es puguin aplicar a la contractació temporal, a diferència de l'article 10 del mateix Estatut, que, referit al funcionariat interí, institueix regles d'obligat compliment, especialment pel que fa a la necessària convocatòria de les places cobertes per aquell en el supòsit de llocs vacants que no hagi estat possible cobrir amb funcionaris de carrera. L'obligació que aquestes places vacants hagin d'incloure's en l'oferta d'ocupació corresponent a l'exercici en què es produeix el nomenament i, si no és possible, en l'oferta següent, llevat que se'n decideixi l'amortització, no s'estén al personal laboral temporal. Atès que la precarietat a Espanya, en l'àmbit públic, és fonamentalment laboral, s'ha perdut una nova oportunitat d'instituir fórmules d'obligat compliment per a les corporacions, i caldrà un cop més remetre'ns a allò que prevegin

3. En concret, les esmenes núm. 33 i 35 del grup parlamentari dels senadors nacionalistes bascos. BOCG, Senat, núm. 85, de 21 de febrer de 2007.

any rere any les lleis de pressupostos generals de l'Estat i que hem tingut ocasió d'estudiar en el seu moment.⁴

- d) És significatiu, però, que la filosofia de determinades fórmules de contractació laboral temporal que hem estudiat en aquest llibre s'hagi estès a l'àmbit funcionarial. D'alguna manera, el funcionari interí s'ha laboraltitzat, en incorporar-se dues modalitats d'interinitat que són molt properes al COSD i al contracte eventual.

En el primer cas, en permetre's el nomenament de funcionariat interí per a l'execució de programes de caràcter temporal (art. 10.1.c EBEP), en línia amb el que contenen determinades normes de funció pública autonòmica, com és el cas de Catalunya; en el segon, en autoritzar també la interinitat quan es produeixi un excés o acumulació de tasques per un termini màxim de sis mesos, dins d'un període de dotze (art. 10.1.d), clarament similar al contracte eventual.⁵ S'obre així una porta a més possibilitats de gestió de les necessitats de recursos humans de forma precària, per bé que sense les garanties que la normativa laboral ha anat configurant en els darrers anys en el marc que hem estudiat en el llibre. Ens trobarem, doncs, en el futur, amb similars situacions emparades en normes laborals o administratives, amb un conjunt de drets, garanties i conseqüències molt diferents, segons que l'entitat local opti per una o altra opció.

- e) Entenem que el treball a temps parcial, fins ara circumscrit al personal laboral —ja que les fórmules existents eren les de funcionaris amb jornada reduïda, però no pròpiament a temps parcial—, s'ha estès també a les relacions administratives. En aquest sentit, les corporacions locals hauran de fixar la jornada general i les especials dels seus funcionaris públics, les quals podran ser a temps complet o a temps parcial (art. 47 EBEP). En aquest sentit, doncs, podem augurar en el futur l'ús progressiu del treball a temps parcial en els dos àmbits jurídics, el funcionarial i el laboral.

4. Vegeu el capítol 8, apartat 8.2.7.

5. Vegeu el capítol 3.

f) Finalment, l'EBEP incorpora tot un seguit de mesures de consolidació de l'ocupació temporal, també aplicables al personal laboral, que implica la voluntat de regularitzar l'enorme borsa de treball precari existent, però també de fer-ho mitjançant una norma perllongada en el temps que superi la necessitat de recórrer, cada any, a una especificació en la Llei de pressupostos generals de l'Estat. No obstant això, aquesta regulació, prevista en la disposició transitòria quarta de l'EBEP, no és especialment nova. Els trets bàsics són els següents:

- Les corporacions locals podran dur a terme convocatòries per consolidar com a permanents els treballadors temporals que ocupin llocs de caire estructural, que hauran d'estar dotats pressupostàriament, i que es trobin desenvolupats interinament o temporalment abans de l'1 de gener de 2005. Aquesta previsió temporal s'enllaça, doncs, amb allò que hem tingut ja ocasió d'esmentar en el seu moment,⁶ fruit de les previsions de les lleis de pressupostos per als anys 2005, 2006 i 2007.
- Tots aquests processos de consolidació de l'ocupació precària hauran de respectar els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, així com el principi legal de publicitat.
- Tanmateix, la disposició transitòria 4.3 institueix unes mesures d'afavoriment dels laborals temporals esmentats, de tal manera que s'introdueix una mena de valoració positiva dels serveis prestats i els llocs ocupats per aquests, que comporta que les corporacions locals tindran un suport jurídic normatiu amb rang de llei per impulsar la valoració dels mèrits assolits pel seu personal temporal. En concret:
 - a) Les proves que componguin els processos de selecció hauran de tenir relació amb els procediments, les tasques i les funcions habituals dels llocs objecte de cada convocatòria.
 - b) En la fase de concurs es podran valorar, entre altres mèrits, els serveis prestats a les administracions públiques, amb caràcter general, i l'experiència en els llocs de treball objecte de la convocatòria, de forma específica.

6. Vegeu el capítol 8, apartat 2.7.

No s'escapa a l'observador jurídic que les mesures esmentades en els dos darrers apartats, i contingudes en la disposició transitòria 4.3 de l'EBEP, s'adrecen clarament a afavorir els empleats temporals de les nostres entitats en les seves expectatives de consolidar una plaça permanent. No obstant això, caldrà ser molt acurat per no emprar arrauxadament aquestes possibilitats que atorga l'EBEP a l'hora de configurar les bases de les convocatòries, ja que el límit d'allò que és raonablement constitucional pot superar-se fàcilment a través de proves teòriques i pràctiques i/o una fase de concurs poc respectuoses amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat. En aquest sentit, volem remarcar, per finalitzar, que tots aquests processos selectius de consolidació, i les mesures de valoració positiva a favor del personal precari instituïdes per la disposició transitòria quarta de l'EBEP, s'han de conjuguar amb la declaració que fa la mateixa disposició en el sentit que aquestes convocatòries s'han de desenvolupar d'acord amb l'article 61, apartats 1 i 3, de l'Estatut bàsic, que destaca que els mèrits dels aspirants «sols podran atorgar a la dita valoració una puntuació proporcionada que no determinarà, en cap cas, per si mateixa, el resultat del procés selectiu». El gestor de recursos humans haurà de ser, doncs, acurat, perquè la finalitat de la disposició transitòria quarta de l'EBEP i el principi marcat per l'article 61.3 de la mateixa norma no topin entre si, davant —ens atrevim aventurar amb poc risc d'errada— les segures pressions que els agents socials, les estructures polítiques i directives i els treballadors afectats duran a terme a l'hora de posar en marxa els referits plans d'estabilització de l'ocupació temporal.

Barcelona, maig de 2007

Aquest llibre aporta una anàlisi de l'ús de la contractació laboral temporal i del contracte a temps parcial a les administracions locals, amb especial incidència en el marc jurídic i en les especificitats que el gestor de recursos humans i les persones interessades es poden trobar en el dia a dia. Hi apareixen analitzats de manera extensa els contractes per a obra i servei, l'eventual i el d'interinitat, els contractes formatius i la contractació a temps parcial i fixa discontinua, així com les regles comunes sobre contractació laboral temporal, el lligam que tenen amb la seguretat social i les particularitats del treballador indefinit no fix. La voluntat dels autors és, doncs, posar a l'abast del lector (responsables de personal, sindicats, treballadors) una eina útil i pràctica, però sense perdre el rigor jurídic, en relació amb una qüestió —la temporalitat laboral i el treball a temps parcial— de permanent actualitat en la gestió quotidiana de les corporacions locals catalanes.

Xavier Boltaina Bosch (1963) és doctor en dret. Ha estat professor de dret del treball i de la seguretat social a la Universitat Autònoma de Barcelona (1994-2004) i des del 2004 és professor de dret administratiu a la Universitat de Barcelona. Col·labora des del 2000 com a professor a l'Escola d'Administració Pública de Catalunya. Ocupa el càrrec de director de Recursos Humans de l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona.

Carolina Gala Durán (1969) és doctora en dret. És professora titular de dret del treball i de la seguretat social a la Universitat Autònoma de Barcelona des del 1997. El seu àmbit d'especialització acadèmica és el sistema públic de seguretat social i ha participat en diversos projectes de recerca sobre relacions laborals i, de manera especial, sobre conciliació de la vida familiar i la vida laboral.



Generalitat de Catalunya
**Escola d'Administració Pública
de Catalunya**



9 788439 374633