

Assunzioni a termine nella Pubblica Amministrazione: un recente *revirement* della giurisprudenza spagnola

Carmen Agut García e Michele Tiraboschi ()*

Sommario

A. Il caso. *Tribunal Supremo, Sala Social*, 20 gennaio 1998. **B.** Il commento. Assunzioni a termine nella Pubblica Amministrazione: conseguenze dei vizi del contratto. **1.** Lo svolgimento del processo. **2.** Un quadro di riferimento concettuale: le modalità di assunzione nella Pubblica Amministrazione. **3.** Gli orientamenti giurisprudenziali in merito alle conseguenze dei vizi nella assunzione con contratto a termine nella Pubblica Amministrazione. **4.** Spunti di riflessione: quali sviluppi del diritto del lavoro spagnolo in seguito alla pronuncia del *Tribunal Supremo*?

A. Il caso. Tribunal Supremo, Sala Social, 20 gennaio 1998.

Tribunal Supremo, Sala Social, sentenza 20 gennaio 1998.

Pubblica Amministrazione - Personale al suo servizio - Assunzione con contratto a termine - Vizi del contratto - Conseguenze - Assunzione del lavoratore sin dalla data di stipulazione del contratto - Distinzione tra lavoratori stabili e lavoratori a tempo indeterminato - Conversione del contratto a tempo indeterminato - Sussistenza - Appartenenza alla forza-lavoro stabile della Amministrazione - Esclusione

« Nella Pubblica Amministrazione la grave irregolarità nella assunzione di un lavoratore con contratto a termine comporta, come conseguenza, la conversione del contratto originario in un contratto a tempo indeterminato sin dalla data della sua stipulazione. Tuttavia, questo non significa che, nel mancato rispetto delle procedure di assunzione per concorso pubblico proprie della Pubblica Amministrazione, il lavoratore entri a fare parte della forza-lavoro stabile della Pubblica Amministrazione, in quanto questo non sarebbe compatibile con la normativa di legge. Alla stregua della normativa vigente, la Pubblica Amministrazione non può assegnare al lavoratore irregolarmente assunto con contratto a termine lo status di lavoratore stabile, ossia di lavoratore stabilmente inserito nell'organico della stessa Pubblica Amministrazione, ma al contrario è obbligata a indire un concorso secondo le disposizioni di legge al fine di coprire il posto di lavoro de quo. Nel caso in cui, una volta espletate le procedure concorsuali, il posto di lavoro de quo venga assegnato ad altro lavoratore, questa circostanza costituisce giusta causa di estinzione del contratto a tempo indeterminato » (**).

note

(*) Il presente articolo è il risultato di una collaborazione ha i due autori avvenuta nel periodo tra il 15 gennaio e il 15 marzo 1999 presso il Centro Studi Internazionale e comparati dell'Università di Modena e Reggio Emilia diretto dal Prof. Marco Biagi. Sebbene si tratti di una riflessione comune, a Carmen Agut García sono attribuibili i paragrafi 2 e 3 e a Michele Tiraboschi i paragrafi 1 e 4.

(**) Massima elaborata redazionalmente. Il testo integrale della sentenza si può leggere in *Repertorio Aranzadi*, 1998, n. 1000.

241

Assunzioni a termine nella P.A.Carmen Agut García,
Michele Tiraboschi**B. Il commento. Assunzioni a termine nella Pubblica Amministrazione: conseguenze dei vizi del contratto.****1. Lo svolgimento del processo.**

La sentenza della *Sala Social* del *Tribunal Supremo* in commento (1), nel comporre un contrasto di giudicati sorto in merito alle conseguenze dei vizi del contratto nell'ipotesi di assunzione a termine nella Pubblica Amministrazione, si segnala come una importante svolta nella giurisprudenza spagnola.

Nel caso di specie il *Tribunal Supremo* ha rigettato il ricorso di due lavoratori che richiedevano il riconoscimento dello *status* di lavoratori stabili della *Consejería de Educación, Cultura y Deportes* del Governo delle Canarie in conseguenza delle irregolarità nella loro assunzione. I due lavoratori, assunti rispettivamente nel 1987 e nel 1988, erano rimasti vincolati ininterrottamente alla *Consejería de Educación, Cultura y Deportes* del Governo delle Canarie (e cioè al Ministero dell'Istruzione della Comunità Autonoma delle Canarie) attraverso una serie di contratti a tempo determinato. I suddetti contratti (ben sei per il primo e addirittura sette per il secondo) risultavano tuttavia viziati, in quanto carenti dei presupposti causali che legittimano, nella Pubblica Amministrazione, l'apposizione del termine al contratto.

Rispettivamente nel 1993 e 1994, entrambi i lavoratori ricorrevano in giudizio per ottenere la conversione dei loro rispettivi contratti in un contratto di lavoro stabile presso la Pubblica Amministrazione *de quo*. Accolta favorevolmente nell'*instancia* di giudizio davanti al *Juzgado de lo Social* di Las Palmas, la loro domanda veniva successivamente rigettata — in sede di appello da parte della *Consejería de Educación, Cultura y Deportes* del Governo delle Canarie — dal *Tribunal Superior de Justicia* della Comunità Autonoma delle Canarie/Las Palmas, che escludeva, nel caso di specie, la conversione dei contratti viziati in un contratto di lavoro stabile presso la Pubblica Amministrazione.

In sede di ricorso di legittimità contro la sentenza di secondo grado veniva convocata la *Sala Social* del *Tribunal Supremo*, in quanto l'orientamento manifestato dal *Tribunal Superior de Justicia* della Comunità Autonoma delle Canarie/Las Palmas si poneva in contrasto con un precedente orientamento manifestato dal *Tribunal Superior de Justicia* della Comunità Autonoma delle Canarie/Santa Cruz de Tenerife (sentenze dell'8 settembre 1995, 30 dicembre 1993, 24 febbraio 1995) e con una sentenza pronunciata dallo stesso *Tribunal Superior de Justicia* della Comunità Autonoma delle Canarie/Las Palmas (sentenza del 15 giugno 1995).

Nel comporre il contrasto di giudicati emersi sul punto il *Tribunal Supremo, Sala Social*, adotta ora un principio di diritto che rappresenta una importante evoluzione nella giurisprudenza spagnola, sinora oscillante con riferimento alla applicazione a fattispecie analoghe delle regole del diritto del lavoro di cui allo *Estatuto de los Trabajadores* ovvero delle regole del diritto amministrativo. La novità della sentenza in commento sta nel fatto che, per la prima volta, la Corte pone una chiara distinzione, sul piano degli effetti giuridici, tra il

note

(1) Per comprendere la portata del principio di diritto espresso dal *Tribunal Supremo, Sala Social*, nella sentenza in commento è opportuno ricordare che nell'ordinamento giuridico spagnolo, così come in quello italiano, esistono due gradi di giudizio. Nella terminologia processuale, con specifico riferimento al processo del lavoro, si parla di una « *instancia* », nel senso che c'è un unico giudizio orale, e di « *grados* », nel senso che contro la sentenza di prima *instancia* è ammesso ricorso in appello. Giudice di prima *instancia* è il *Juez de lo Social*, la cui giurisdizione si estende, normalmente, al territorio di una provincia. Contro le sentenze del *Juez de lo Social* è ammesso ricorso — eccetto che per alcune cause di valore esiguo (al di sotto di una somma pari circa a 3 milioni di lire) e per alcune materie particolari (ferie, elezioni sindacali, sanzioni disciplinari non gravi, inquadramento) — presso la *Sala Social* del *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma*. Tuttavia la *Sala Social* del *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma* è giudice di prima *instancia* per le controversie collettive che interessano un ambito che eccede la giurisdizione di un unico *Juez de lo Social* entro la medesima Comunità Autonoma. In questo caso giudice di secondo grado è il *Tribunal Supremo, Sala Social*. Nel caso in cui si registrino contrapposti orientamenti tra le sentenze di due o più Tribunali Superiori della Comunità Autonoma ovvero tra una o più sentenze dei Tribunali Superiori della Comunità Autonoma e quelle del *Tribunal Supremo* è possibile un ricorso di legittimità « *recurso de casación para la unificación de doctrina* ». Il caso deciso dal *Tribunal Supremo, Sala Social*, nella sentenza in commento si riferisce appunto ad un ricorso in Cassazione per la composizione di contrastanti giudicati emersi nella giurisprudenza dei due Tribunali Superiori della Comunità Autonoma delle Canarie (quello delle Canarie/Santa Cruz de Tenerife e quello delle Canarie/Las Palmas). In taluni casi, peraltro, il *Tribunal Supremo, Sala Social*, si riunisce in *Sala General*, e precisamente nel caso in cui l'importanza del giudicato o la intensità della frattura in seno alla stessa *Sala Social* impone una *unificación de la doctrina*.

concetto di « contratto a tempo indeterminato » e il concetto di « lavoro stabile », sin qui assimilati tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza. Secondo il *Tribunal Supremo*, infatti, nella Pubblica Amministrazione i vizi nella assunzione di un lavoratore con contratto a termine comportano, come conseguenza, la conversione del contratto originario in un contratto a tempo indeterminato sin dalla data della sua stipulazione, ma questo non significa che, nel mancato rispetto delle procedure di assunzione per concorso pubblico proprie della Pubblica Amministrazione, il lavoratore entri a fare parte della forza-lavoro stabile della Pubblica Amministrazione, in quanto questo non sarebbe compatibile con la normativa di legge. Per acquisire lo *status* di lavoratore stabile della Pubblica Amministrazione — dice il *Tribunal Supremo* — occorre che il lavoratore abbia superato un concorso pubblico secondo le normative costituzionali e di legge ordinaria.

**Assunzioni a termine
nella P.A.**
Carmen Agut García,
Michele Tiraboschi

2. Un quadro di riferimento concettuale: le modalità di assunzione nella Pubblica Amministrazione.

L'articolo 15, comma 1, lettera c), della Legge 2 agosto 1984, n. 30, *Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública*, come emendata dalla Legge 28 luglio 1988, n. 23, dispone che il rapporto di lavoro nelle Amministrazioni Pubbliche è regolato dalle norme del diritto amministrativo.

In applicazione delle disposizioni del diritto amministrativo, il personale della Pubblica Amministrazione si distingue in due categorie. Da un lato esistono i *funcionarios* o *funcionarios de carrera*, che, previo superamento di un concorso pubblico, assumono lo *status* di « personale permanente » della Pubblica Amministrazione. A questi si contrappongono, dall'altro lato, i *funcionarios interinos*, che, previo superamento di un concorso, assumono lo *status* di « personale temporaneo » della Pubblica Amministrazione.

Lo stesso articolo 15 della Legge n. 30/1984 riconosce peraltro, *in via eccezionale*, la possibilità di assumere lavoratori con contratti regolati non dal diritto amministrativo, ma dal diritto del lavoro e, precisamente, dalle disposizioni contenute nello *Estatuto de los Trabajadores*. Questa possibilità è concessa unicamente per coprire posti di lavoro non « stabili », relativamente alla esecuzione di attività di « oficios » (idraulici, elettricisti, imbianchini, etc.) e di vigilanza e custodia, nonché per taluni posti di lavoro all'estero e per posti di carattere strumentale in aree specifiche che richiedono conoscenze tecniche specializzate, in mancanza di funzionari con una preparazione specifica. In base al comma 2 dell'articolo 15, l'assunzione del *personal laboral* avviene con contratto di lavoro a tempo indeterminato. Il Titolo II del Real Decreto 10 marzo 1995, n. 364, nell'implementare la Legge n. 30/1984, consente peraltro l'assunzione di *personal laboral* anche mediante contratto a termine per lo svolgimento di lavori che non possano essere eseguiti da lavoratori a tempo indeterminato. Anche in questo caso il rapporto di lavoro del *personal laboral temporal* è regolato dalle regole del diritto del lavoro contenute nello *Estatuto de los Trabajadores*.

Per quanto concerne le assunzioni nella Pubblica Amministrazione esiste dunque un regime simmetrico (v. la Tavola n. 1) ma rigidamente separato, secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (2), che prevede ipotesi di assunzione a tempo indeterminato e a termine regolate rispettivamente dal diritto amministrativo (Legge n. 30/1984 e altre leggi collegate) e dal diritto del lavoro (e segnatamente dallo *Estatuto de los Trabajadores*, nella versione contenuta nel Real Decreto Legislativo 1/1995 del 24 marzo, *Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores* e nelle relative disposizioni di implementazione). In tema cfr. tra gli altri, per gli opportuni approfondimenti, Borrajo Dacruz E., 1998, pp. 374-377; De Vicente Domingo R., 1997; Folguera Crespo J., 1992; García López, R., 1990; Landa Zapiráin J.P., 1993; Martín Puebla E., 1990; Palomar Olmeda A., 1997; Sánchez Morón M., 1997.

note

(2) *Tribunal Constitucional*, sentenza 11 giugno 1987, n. 99. Con questa sentenza la Corte Costituzionale, nel regolare un regime di estrema incertezza che vedeva il *personal laboral* svolgere attività riservate dalla legge ai *funcionarios*, e viceversa, ha definitivamente chiarito che esistono due sistemi rigorosamente separati, che non tollerano sovrapposizioni: i posti di lavoro riservati dalla legge ai *funcionarios* non possono essere coperti dal *personal laboral* e viceversa.

Assunzioni a termine nella P.A.Carmen Agut García,
Michele Tiraboschi

<i>Administración Pública - Tipologie di assunzione</i> (Tavola n. 1)	
<i>Personal Funcionario</i> (fonte: art. 15, comma 1, Legge n. 30/1984)	<i>Personal Laboral</i> (fonte: art. 15, comma 2, Legge n. 30/1984)
<p style="text-align: center;">Personale regolato dal diritto amministrativo</p> <p>1) <i>Funcionarios (permanentes)</i> ex legge n. 30/1984 2) <i>Funcionarios interinos (temporales)</i> ex legge n. 30/1984</p>	<p style="text-align: center;">Personale regolato dal diritto del lavoro</p> <p>1) <i>Trabajadores fijos (permanentes)</i> ex Statuto dei lavoratori 2) <i>Trabajadores temporales</i> ex Statuto dei lavoratori</p>

3. Gli orientamenti giurisprudenziali in merito alle conseguenze dei vizi nella assunzione con contratto a termine nella Pubblica Amministrazione.

Secondo quanto disposto dall'articolo 15, comma 2, Legge n. 30/1984, il ricorso a *personal laboral* permanente per coprire posti di lavoro nella Pubblica Amministrazione può avvenire soltanto in ipotesi eccezionali e tassative; ancora più eccezionale e circoscritta è poi la possibilità di assumere *personal laboral* con contratto di durata temporanea.

Ciononostante, nella prassi della Pubblica Amministrazione, è frequente il ricorso a *personal laboral* (soprattutto) temporaneo anche al di fuori dei casi espressamente indicati dalla legge. Nessun dubbio che, in questi casi, l'assunzione del lavoratore sia illegittima e il contratto viziato. Particolarmente problematico, tuttavia, è determinare le conseguenze giuridiche della irregolarità nella assunzione a tempo determinato del lavoratore. Sul punto, prima della decisione che qui si commenta, si era in effetti sviluppata una ricca casistica giurisprudenziale che si articolava, perlomeno, in tre indirizzi interpretativi.

Come è facile intuire, le principali difficoltà derivano, al riguardo, dalle questioni di raccordo, indubbiamente problematico, tra la disciplina del diritto amministrativo e quella di diritto del lavoro. Invero, dal punto di vista del diritto del lavoro, la sanzione del vizio del contratto a termine sarebbe, in linea di principio, alquanto lineare: in mancanza degli elementi di forma e/o di sostanza che legittimano l'apposizione del termine, il contratto viziato si considera, sin dall'inizio, a tempo indeterminato (art. 15, comma 2, *Estatuto de los Trabajadores*). Tuttavia, laddove l'assunzione a termine riguardi *personal laboral* della Pubblica Amministrazione, si pone la questione se la conversione del contratto possa dare luogo a una assunzione a tempo indeterminato anche senza rispettare le regole generali, costituzionali e di legge ordinaria, che impongono l'assunzione nella Pubblica Amministrazione mediante concorso pubblico nel rispetto dei principi di « *igualdad* » ..., « *mérito y capacidad* » ... e « *publicidad* » (cfr., rispettivamente, gli artt. 23, comma 2, e 103, comma 3, della *Constitución Española* del 1978 e l'art. 19, Legge n. 30/1984). Sul punto, per ulteriori approfondimenti, che non è possibile sviluppare in questa sede, cfr. AA.VV., 1993; Borrajo Iniesta I., 1993; Castillo Blanco F.A., 1995; Del Saz S., 1994; Id. 1995; Limón Luque J.M., 1990; López Gandía J., 1986; López Gómez J.M., 1995; Mut González J., 1997; Ojeda Avilés A., 1987; Id., 1991.

La questione, in altri termini, è quella di stabilire come conciliare due contrapposti principi di rango costituzionale. Da un lato, il principio di legalità (art. 9, comma 1, della *Constitución Española*) che, a tutela del lavoratore irregolarmente assunto, sottopone la Pubblica Amministrazione a determinate sanzioni (in questo caso: la conversione del contratto); e, dall'altro lato, il principio di accesso all'impiego pubblico che, secondo le regole di diritto amministrativo sopra richiamate, impone la copertura dei posti di lavoro « stabili » della Pubblica Amministrazione mediante concorso.

In un primo tempo, la questione è stata risolta dalla giurisprudenza spagnola assegnando priorità alle regole del diritto amministrativo rispetto a quelle proprie del diritto del lavoro. Questa giurisprudenza negava così, salvo in ipotesi del tutto eccezionali, la conversione del contratto viziato in un contratto a tempo indeterminato: l'interesse della Pubblica Amministrazione a evitare assunzioni di personale precario prevaleva, dunque, senza alcuna possibilità di deroga o di contemperamento, rispetto all'interesse del singolo lavoratore alla tutela contro assunzioni a termine illegittime. Per questo primo indirizzo interpretativo v., in particolare, *Tribunal Supremo*, sentenza 9 ottobre 1985, in *Repertorio Aranzadi*, n. 4607; sentenza 16 gennaio 1986, *ivi*, n. 237; sentenza 21 febbraio 1986, *ivi*, n. 800; sentenza 2 marzo 1987, *ivi*, n. 1305; sentenza 7 luglio 1988, *ivi*, n. 5772; sentenza 27 novembre 1989, *ivi*, n. 8262. In un secondo tempo, tuttavia, al fine di apprestare una tutela minima del lavoratore, la giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, pur confermando il principio di diritto che nega la

conversione del contratto viziato in un contratto a tempo indeterminato, giungeva a riconoscere la "sopravvivenza" temporanea del contratto viziato, fino alla copertura con concorso del posto *de quo*, dando così luogo a una « *interinidad de hecho* » e cioè a una prosecuzione *di fatto* del vincolo contrattuale. In questo senso v., in particolare, *Tribunal Supremo*, sentenza 7 febbraio 1990, in *Repertorio Aranzadi*, n. 838; sentenza 24 aprile 1990, *ivi*, n. 3490; sentenza 18 luglio 1990, *ivi*, n. 6424.

In un terzo tempo, infine, la giurisprudenza spagnola manifesta un contrapposto indirizzo interpretativo che, nel rispetto integrale del principio costituzionale di legalità, giungeva a riconoscere nella sua interezza la regola della conversione del contratto viziato in un contratto a tempo indeterminato sin dalla data di stipulazione del contratto originario. La tutela dei diritti del lavoratore irregolarmente assunto si è così tradotta in una prevalenza della disciplina propria del diritto del lavoro rispetto a quella del diritto amministrativo. Questo *revirement* nella giurisprudenza del *Tribunal Supremo* si registra, in modo definitivo, con la sentenza della *Sala General* del 18 marzo 1991, in *Repertorio Aranzadi*, n. 1875. Su questo indirizzo interpretativo, già delineato in alcune isolate pronunce del 1989 (sentenza 18 luglio 1989, in *Repertorio Aranzadi*, n. 5873; sentenza 11 febbraio 1989, *ivi*, n. 822), si è successivamente allineata la giurisprudenza della *Sala Social* del *Tribunal Supremo*: cfr., in particolare, sentenza 6 maggio 1992, *ivi*, n. 3516; sentenza 27 gennaio 1992, *ivi*, n. 75; sentenza 20 giugno 1992, *ivi*, n. 4602; sentenza 26 ottobre 1992, *ivi*, n. 7842.

La sentenza del *Tribunal Supremo, Sala Social*, in commento rappresenta ora un ulteriore sviluppo della giurisprudenza spagnola relativamente alle conseguenze dei vizi del contratto nelle assunzioni a termine nella Pubblica Amministrazione. Richiamandosi ad alcune precedenti pronunce (cfr., in particolare, la sentenza 7 ottobre 1996, in *Repertorio Aranzadi*, n. 7492; la sentenza 10 dicembre 1996, *ivi*, n. 9139; la sentenza 30 dicembre 1996, *ivi*, n. 9864; la sentenza 24 aprile 1997, *ivi*, n. 3498 e la sentenza 14 marzo 1997, *ivi*, n. 2471), il *Tribunal Supremo* afferma che, pur dando luogo alla conversione del contratto viziato in un contratto a tempo indeterminato, la violazione delle regole di diritto del lavoro non comporta l'equiparazione del lavoratore a un dipendente « stabile » della Pubblica Amministrazione. Secondo il *Tribunal Supremo*, in particolare, la conversione del contratto originario viziato in un contratto a tempo indeterminato sin dalla data della sua stipulazione non significa che, nel mancato rispetto delle procedure di assunzione per concorso pubblico proprie della Pubblica Amministrazione, il lavoratore entri a fare parte della forza-lavoro stabile della Pubblica Amministrazione, in quanto questo non sarebbe compatibile con la normativa di legge. Alla stregua della normativa vigente, la Pubblica Amministrazione non può infatti assegnare al lavoratore irregolarmente assunto con contratto a termine lo *status* di lavoratore stabile, ossia di lavoratore stabilmente inserito nell'organico della stessa Pubblica Amministrazione, ma al contrario è obbligata a indire un concorso secondo le disposizioni di legge al fine di coprire il posto di lavoro *de quo*. Nel caso in cui, una volta espletate le procedure concorsuali, il posto di lavoro *de quo* venga assegnato ad altro lavoratore, questa circostanza costituisce giusta causa di estinzione del contratto a tempo indeterminato.

La peculiarità della sentenza in commento è che il *Tribunal Supremo* riconosce ora espressamente la novità del principio di diritto sopra enunciato, laddove la giurisprudenza precedente aveva cercato di inserirsi in una linea di continuità con gli indirizzi interpretativi manifestati dallo stesso *Tribunal Supremo* agli inizi degli anni Novanta (sintetizzata, nelle note che precedono, come terza fase della elaborazione giurisprudenziale sul punto). Per questo filone interpretativo v., in particolare, Borrajo Dacruz E., 1998; De Sande Pérez-Bedmar M., 1998; Goerlich Peset J.M., Vega López J., 1998; León Clavero R.A., Val Francés, 1997; Martínez De La Pedraja Abarca A., 1997; Mercader Uguina J.R., 1998.

La sentenza in commento rappresenta, in sostanza, un contemperamento dei precedenti indirizzi interpretativi che propendevano, ora per la prevalenza delle regole del diritto del lavoro ora per le regole del diritto amministrativo. Il *Tribunal Supremo* conferma, nel rispetto del principio di legalità, la regola lavoristica della conversione del contratto a tempo indeterminato, ma, contestualmente, salvaguarda i principi e le regole di diritto amministrativo relativi all'assunzione nel pubblico impiego: quantunque assunto a tempo indeterminato, il *personal laboral* a cui viene convertito il contratto non entra a far parte dell'organico stabile della Pubblica Amministrazione. Nella sostanza, tuttavia, il *Tribunal Supremo* riconosce, seppure solo indirettamente, la prevalenza dell'interesse pubblico tutelato dalle norme sull'assunzione nel pubblico impiego, che a detta dello stesso *Tribunal Supremo* sono « norme speciali », rispetto all'interesse individuale tutelato dalle « norme ordinarie » della legislazione lavoristica relativamente al regime delle assunzioni a termine.

Assunzioni a termine nella P.A.Carmen Agut García,
Michele Tiraboschi

Per sostenere questa posizione interpretativa il *Tribunal Supremo* delinea, per la prima volta, una distinzione giuridicamente rilevante tra il concetto di lavoratore assunto a tempo indeterminato e quello di lavoratore con lo *status* di dipendente stabile o fisso della Pubblica Amministrazione. In questo modo, tuttavia, nel comporre il ricordato contrasto di giudicati, la sentenza del *Tribunal Supremo* in esame dà luogo a ulteriori problemi interpretativi e spunti di riflessione che, sicuramente, apriranno a nuovi interventi chiarificatori da parte della stessa giurisprudenza. Il processo di evoluzione relativo alle conseguenze giuridiche da assegnare ai vizi del contratto nelle assunzioni a termine nella Pubblica Amministrazione non può dunque dirsi ancora assestato su posizioni, se non pacifiche, almeno lineari.

4. Spunti di riflessione: quali sviluppi del diritto del lavoro spagnolo in seguito alla pronuncia del *Tribunal Supremo*?

Si deve in effetti rilevare che il *Tribunal Supremo*, nell'adottare questo nuovo indirizzo interpretativo, non ha chiarito quali siano le conseguenze che derivano dalla distinzione tra lavoratori assunti a tempo indeterminato e lavoratori stabili della Pubblica Amministrazione. Nel pur apprezzabile tentativo di conciliare i principi e le regole del diritto amministrativo con quelli del diritto del lavoro, la Corte ha sollevato delicati problemi di coordinamento tra i due distinti regimi giuridici che necessitano ora di ulteriori precisazioni e integrazioni.

La principale obiezione che può essere mossa alla nuova impostazione avallata dal *Tribunal Supremo* è il ricorso a una terminologia alquanto equivoca: sino ad oggi, infatti, in tutti gli ambiti giuridici (e cioè legislativo, giurisprudenziale e dottrinale) il concetto di lavoro stabile era stato assimilato a quello di lavoro a tempo indeterminato. Quelli che la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* presenta come termini che designano concetti giuridici distinti sono stati sin qui impiegati alla stregua di termini equivalenti. Lavoro stabile e lavoro a tempo indefinito (questa è l'espressione più utilizzata in Spagna, nonostante non sia giuridicamente precisa) sono sempre stati considerati — sia nell'ambito del diritto amministrativo sia in quello del diritto del lavoro — come locuzioni che concorrono a designare un unico schema contrattuale: quello del contratto di lavoro a tempo indeterminato (cfr. De Sande Pérez-Bedmar M., 1998, pp. 111-113; Goerlich Peset J.M., Vega López J., 1998, p. 576).

È chiaro in proposito che, nell'accogliere questo indirizzo interpretativo, il *Tribunal Supremo* pone particolare enfasi non tanto sul regime di stabilità del vincolo contrattuale, quanto piuttosto sullo *status* specifico di dipendente pubblico stabile, che si caratterizza (e delinea) ben al di là del mero dato formale riconducibile al carattere *sine die* del rapporto di lavoro. In altri termini, lo *status* di lavoratore stabile deve essere ricollegato non tanto alla durata del vincolo giuridico che lo lega alla Pubblica Amministrazione, quanto alla circostanza di ricoprire un posto di lavoro esattamente individuato in seguito al superamento di determinate regole concorsuali proprie della Pubblica Amministrazione. Questo spiega perché, a parere della Corte, un lavoratore con contratto a tempo determinato possa essere licenziato allorché il posto di lavoro che attualmente ricopre venga assegnato, mediante concorso pubblico, ad altra persona: questo lavoratore infatti, pur avendo un legame *sine die* con la Pubblica Amministrazione, non copre una posizione lavorativa determinata e, pertanto, non è stabilmente inserito (come dipendente « fisso ») nell'organico della Pubblica Amministrazione.

Nondimeno i problemi giuridici che derivano da questa assimilazione concettuale sono sicuramente rilevanti. Tralasciando di sviluppare in questa sede le conseguenze che derivano da questa impostazione relativamente al rapporto di lavoro (cfr. Goerlich Peset J.M., Vega López J., 1998, p. 579), può essere interessante delineare due delle principali problematiche che vengono sollevate dalla sentenza in esame. Un primo profilo (A) attiene all'esistenza (o meno) del posto a cui il lavoratore, il cui contratto viziato è stato convertito in un contratto a tempo indeterminato, è assegnato *ad interim* e, precisamente, fino a quando il suddetto posto non venga coperto mediante regolare concorso. Il secondo profilo (B) attiene invece alla estinzione del rapporto di lavoro.

(A) Per quanto riguarda il primo di questi profili, si possono ipotizzare due distinte opzioni interpretative.

(I) Se il posto vacante cui il lavoratore viene adibito — in via per così dire interinale — esiste, la differenza tra questa nuova soluzione e quella adottata dallo stesso *Tribunal Supremo* nella seconda fase della evoluzione della propria giurisprudenza sopra ricordata (v. *supra*, § 3) sarebbe invero di poco conto: la continuazione del rapporto di lavoro con la

Pubblica Amministrazione avverrebbe, in entrambi i casi, in virtù di una « *interinidad de hecho* », e cioè *di fatto* fino a copertura del posto mediante concorso pubblico.

(II) Se invece il posto di lavoro cui viene adibito il lavoratore non esistesse si potrebbero ipotizzare, a loro volta, due distinte soluzioni (II.I) Se si parte dal presupposto che il sistema per la copertura di posti di lavoro stabili nella Pubblica Amministrazione sia perfettamente regolato, la prima di queste soluzioni porterebbe a concludere circa l'inesistenza del suddetto posto in quanto non in organico all'Amministrazione, per cui lo *status* del lavoratore vincolato con un contratto a tempo indeterminato, se si guarda al momento della estinzione del rapporto di lavoro, sarebbe in pratica del tutto analogo a quello del personale stabile dell'Amministrazione, visto che il rapporto di lavoro non potrebbe estinguersi per messa a concorso di un posto inesistente (in questo senso: Goerlich Peset J.M., Vega López J., 1998, pp. 583-584). (II.II) La seconda di queste soluzioni porterebbe invece a concludere che il provvedimento del giudice che stabilisce la conversione del contratto viziato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato sia di per sé sufficiente per imporre la creazione di un posto inizialmente non previsto, secondo le norme amministrative che disciplinano la materia, affinché si possa procedere alla sua copertura in via definitiva mediante concorso pubblico (in questo senso: Martínez De La Pedraja Abarca A., 1997, p. 2; Mercader Uguina J.R., 1998, p. 14).

Invero soltanto la seconda delle soluzioni prospettate (e cioè l'ipotesi II.II) pare offrire un ragionevole punto di compromesso tra le regole del diritto amministrativo e le regole del diritto del lavoro, senza giungere a risultati paradossali o comunque poco plausibili sul piano normativo (come nel caso delineato al punto II.I). In questo caso, infatti, in attuazione delle regole del diritto del lavoro, l'irregolarità nella assunzione comporterebbe l'obbligo, per la Pubblica Amministrazione come per qualsiasi altro datore di lavoro, di sanare i vizi del contratto mediante l'assunzione del lavoratore a tempo indeterminato. Tuttavia, in adempimento del dettato costituzionale, che impone il rispetto di determinati principi e regole per l'acquisizione dello *status* di lavoratore stabile della Pubblica Amministrazione, la copertura del posto di lavoro che si è venuto a creare potrebbe avvenire soltanto mediante superamento di un concorso pubblico, nel qual caso potrebbe risultare vincitore anche un soggetto diverso da quello irregolarmente assunto. Quest'ultimo, infatti, fino all'espletamento delle procedure concorsuali manterrebbe il suo vincolo con la Pubblica Amministrazione in virtù di una « *interinidad de hecho* », dopo di che o verrà integrato nell'organico della Pubblica Amministrazione, in quanto vincitore del concorso, o verrà licenziato per giusta causa, in quanto il posto di lavoro è stato regolarmente ricoperto dal legittimo titolare secondo le norme di legge.

Ma anche questa soluzione presenta inconvenienti di non poco conto: per un verso è una sentenza e non una legge a determinare la creazione di un posto di lavoro nel pubblico impiego, in contrasto con le regole del diritto amministrativo; per l'altro verso, la tutela offerta dal diritto del lavoro non opera direttamente a favore del lavoratore illegittimamente assunto, posto che, in contrasto con le regole generali in tema di lavoro a tempo determinato, l'acquisizione dello *status* di lavoratore stabile che scaturisce dalla irregolarità nella assunzione a termine non riguarderà necessariamente il lavoratore che è ricorso in giudizio per la soddisfazione del suo interesse a sanare la situazione di irregolarità nella assunzione.

(B) Quanto detto ci porta ad un secondo profilo ossia alle problematiche relative alla estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, che si produce allorché venga assegnato mediante concorso un posto che era in attesa di una copertura definitiva.

Giova ricordare, a questo proposito, che nell'ordinamento spagnolo l'estinzione di un contratto stipulato a tempo determinato avviene alla scadenza del termine stabilito e, cosa assai importante, senza che il lavoratore abbia diritto a ricevere nessun tipo di indennità per il periodo in cui ha lavorato (cfr. l'art. 15, *Estatuto de los Trabajadores*). Al contrario, quando il contratto è a tempo indeterminato, il rapporto può estinguersi solo se si verificano alcune delle cause previste espressamente negli articoli 52 e 54 dello *Estatuto de los Trabajadores*, e cioè per motivi economici (*despido objetivo*) ovvero per inadempimento colpevole del lavoratore (*despido disciplinario*). In questi casi, tuttavia, il lavoratore ha diritto a una indennità, il cui ammontare dipenderà dalla causale del licenziamento.

In particolare, il licenziamento può essere qualificato dal giudice come *procedente* e cioè giustificato, quando si verifica una delle cause previste dalla legge, oppure *improcedente* e cioè non giustificato, quando l'imprenditore non riesce a provare l'esistenza della causa che ha portato al licenziamento, o, infine, *nulo* e cioè nullo, quando è stato violato uno dei diritti

**Assunzioni a termine
nella P.A.**

Carmen Agut García,
Michele Tiraboschi

Assunzioni a termine nella P.A.Carmen Agut García,
Michele Tiraboschi

fondamentali del lavoratore (per esempio in caso di licenziamento discriminatorio). Per quanto riguarda l'indennità di licenziamento, il lavoratore ha diritto a riceverla nei seguenti casi e secondo le seguenti modalità: a) nel caso di licenziamento economico « *procedente* », il lavoratore avrà diritto a ricevere una indennità equivalente a 20 giorni di retribuzione per anno di servizio, fino ad un massimo di 12 mensilità; l'indennità non è invece prevista se si tratta di licenziamento disciplinare « *procedente* »; b) se il licenziamento — economico o disciplinare — è qualificato come « *improcedente* », il datore di lavoro può scegliere tra reintegrare il lavoratore o estinguere il rapporto di lavoro e versare una indennità equivalente a 45 giorni di retribuzione per anno di servizio, fino ad un massimo di 42 mensilità; infine c) se il licenziamento è nullo, il datore di lavoro è obbligato a reintegrare il lavoratore, senza poter optare per l'estinzione del contratto con indennità.

A differenza dell'Italia, dove la legge prevede anche un trattamento di fine rapporto (art. 2120 Codice Civile), in Spagna il lavoratore licenziato non ha diritto a ricevere nessun tipo di liquidazione nel momento in cui si estingue il rapporto di lavoro, qualunque sia il tipo di contratto con cui è stato assunto.

Alla luce del quadro legale in materia di estinzione del rapporto di lavoro sopra sintetizzato, la soluzione adottata ora dal *Tribunal Supremo*, con riferimento alle conseguenze dei vizi del contratto nella assunzione a termine nella Pubblica Amministrazione, avrebbe pertanto anche dei riflessi con riferimento al regime della indennità per licenziamento. Infatti, nell'ipotesi in cui il posto di lavoro messo a concorso venga vinto da altro lavoratore rispetto a quello irregolarmente assunto, quest'ultimo verrebbe licenziato per giusta causa; tuttavia, questa ipotesi di legittima estinzione del contratto di lavoro non rientrerebbe tra quelle contemplate dallo *Estatuto de los Trabajadores* agli articoli 52 e 54, né la Corte ha indicato la possibilità di ricondurre, quantomeno in via analogica, il caso di specie nell'ipotesi di cui all'articolo 52 di modo che possa essere assegnata al lavoratore l'indennità di licenziamento. Con il risultato paradossale che, nel silenzio della legge, se venisse esclusa l'attribuzione al lavoratore di una indennità di licenziamento, si ritornerebbe alla situazione precedente, in cui la giurisprudenza riconosceva la sussistenza di una mera « *interinidad de hecho* » (v. *supra*, § 3).

In altri termini, se si reputasse logica conseguenza di quanto stabilito dal *Tribunal Supremo* la non applicazione della indennità di licenziamento, la distinzione tra posto di lavoro a tempo indeterminato e posto di lavoro stabile avrà alcuni effetti che potremmo definire "oggettivi", in quanto implicano la creazione e la successiva copertura per concorso di un posto di lavoro quale conseguenza della irregolarità amministrativa; ma non si potrebbero certo ipotizzare effetti per così dire "soggettivi", è cioè relativamente al lavoratore irregolarmente assunto, anche se il suo contratto avrà termine per le stesse ragioni (copertura del posto) e produrrà le stesse conseguenze (esclusione della indennità) che si determinerebbero in caso di « *interinidad de hecho* ». Ma a questo punto non si capirebbe quale rilevanza assegnare, in termini giuridici, alla distinzione tra posto di lavoro stabile e posto di lavoro a tempo indeterminato.

Pertanto, se si vuole assegnare un significato di novità alla posizione recentemente assunta dal *Tribunal Supremo* non si può che concludere nel senso di riconoscere, quantomeno in via analogica, la riconducibilità del caso di specie all'ipotesi del licenziamento per ragioni oggettive di cui all'articolo 52 dello *Estatuto de los Trabajadores*, con conseguente imputazione al lavoratore della indennità di licenziamento.

In effetti, il nuovo orientamento della Corte deve a nostro avviso porsi in relazione con la disciplina della « *interinidad por vacante* », e cioè alla assunzione a tempo determinato di un lavoratore in attesa che siano espletate le procedure per l'assunzione (con o senza concorso) di un lavoratore. Quantunque si tratti di una figura controversa e oggetto di particolare dibattito in seno alla dottrina spagnola (cfr. Camps Ruiz L.M., 1990; García Ninet J.I., Agut García C., 1999; Rodríguez Ramos P.T., 1996), è noto come la figura della assunzione a termine per « *interinidad por vacante* » — recentemente disciplinata dal Real Decreto 29 dicembre 1994, n. 2546, di implementazione dell'articolo 15 dello *Estatuto de los Trabajadores* in materia di contratti di durata determinata, così come sostituito dal Real Decreto 18 dicembre 1998, n. 2720 — derivi direttamente dalla elaborazione giurisprudenziale in tema di « *interinidad de hecho* ». Sancendo la regola della conversione del contratto viziato in un contratto a tempo indeterminato fino all'espletamento delle procedure per l'assunzione del lavoratore con posto stabile, il *Tribunal Supremo* ha dunque dato luogo a un ampliamento

della figura del contratto di « lavoro interinale » (3), ammettendo anche una modalità lecita di copertura di posti vacanti durante il processo di selezione, fino alla copertura definitiva, nella Pubblica Amministrazione.

Ma anche così inteso, il nuovo orientamento del *Tribunal Supremo* dà luogo a un curioso paradosso, in quanto la recente tipizzazione della fattispecie della « *interinidad por vacante* » comporta ora la possibilità che si determinino nuove irregolarità (di forma e/o di sostanza) amministrative nel ricorso a questa ipotesi di legittima apposizione del termine, in aggiunta a quelle già sancite dalla disciplina previgente in materia di lavoro a tempo determinato. Con la conseguenza che la giurisprudenza sarà ora chiamata a portare a compimento un processo evolutivo non ancora assestato su posizioni univoche, al fine di integrare il dettato normativo della disciplina del diritto del lavoro con quella del diritto amministrativo.

**Assunzioni a termine
nella P.A.**
*Carmen Agut García,
Michele Tiraboschi*

(3) È opportuno ricordare, in proposito, che nell'ordinamento spagnolo il *contrato de interinidad* non designa, come in Italia, la fattispecie del lavoro intermittente tramite agenzia o lavoro temporaneo. Il contratto di lavoro interinale è infatti, semplicemente, una modalità di contratto a termine utilizzata (1) per sostituire un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro ovvero (2) nelle more delle procedure di selezione relative ad una nuova assunzione. Sul punto, per ulteriori precisazioni terminologiche, v. Tiraboschi M. (1999).

Assunzioni a termine nella P.A.Carmen Agut García,
Michele Tiraboschi**Bibliografia**

- AA.VV.** (1993), *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid.
- Borrajó Dracuz E.** (1998), *Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial*, in *AL*, n. 18.
- Borrajó Iniesta I.** (1993), *El intento de huir del Derecho Administrativo*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 78.
- Camps Ruiz L.M.** (1990), *La contratación laboral temporal para ocupar provisionalmente puestos de trabajo vacantes en las Administraciones Públicas*, Instituto Valenciano de Administración Pública, Valencia.
- Castillo Blanco F.A.** (1995), *Las problemáticas fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 86.
- De Sande Pérez-Bedmar M.** (1998), *Trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla: la incidencia de la norma administrativa en la contratación temporal irregular de la Administración Pública*, in *Revista de Derecho Social*, n. 4.
- De Vicente Domingo R.** (1997), *El puesto de trabajo en el derecho de la Función Pública*, Valencia.
- Del Saz S.** (1994), *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, in *Revista de Administración Pública*, n. 133.
- Del Saz S.** (1995), *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid.
- Folguera Crespo J.** (1992), *Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales*, in *AL*, n. 18.
- García López R.** (1990), *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, in *REDT*, n. 44.
- García Ninet J.I., Agut García C.** (1999), *El contrato de interinidad*, in AA.VV., *La contratación temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Goerlich Peset J.M., Vega López J.** (1998), *Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública: los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla*, in *RL*, n. 11.
- Landa Zapiráin J.P.** (1993), *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid.
- León Clavero R.A., Val Francés E.** (1997), *Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas*, in *AJA*, 29 maggio.
- López Gandía J.** (1986), *Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública*, in *Poder Judicial*, n. 3.
- López Gómez J.M.** (1995), *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid.
- Martín Puebla E.** (1990-I), *Trabajadores al servicio de la Administración*, in *RL*.
- Martínez De La Pedraja Abarca A.** (1997), *Por qué se insiste en enfrentar el derecho laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?*, in *AJA*, 3 giugno.
- Mercader Uguina J.R.** (1998), *Problemas de la contratación temporal en la doctrina jurisprudencial reciente*, Contratación y consumo, Valencia.
- Mut González J.** (1997), *La aplicación del Derecho del Trabajo en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ojeda Avilés A.** (1987), *El empleo temporal en las Administraciones Públicas (una aproximación unitaria)*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 56.
- Ojeda Avilés A.** (1991-I), *Los límites del paradigma laboral en la función pública*, in *RL*.
- Palomar Olmeda A.** (1997), *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Mc Graw Hill, Madrid.
- Rodríguez Ramos P.T.** (1996), *El contrato de interinidad por vacante*, Tirant lo Blanch colección laboral n. 33, Valencia.
- Romero Ródenas M.J.** (1995), *Relaciones laborales en el empleo público*, Ibidem, Madrid.
- Sala Franco T.** (1986), *La contratación temporal en la Administración Pública*, in *Poder Judicial*, n. 3.
- Sánchez Icart J.** (1994), *Contratación laboral por la Administración: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable*, in *RL*, n. 14.
- Sánchez Morón M.** (1997), *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid.
- Tiraboschi M.** (1999), *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino.