

ASUNTO: PERSONAL/RECLAMACIÓN PREVIA

Reclamaciones previas a la vía laboral solicitando el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral, así como la improcedencia del despido.

256/16

A

INFORME

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento XX, se emite el presente Informe, el cual no tiene carácter vinculante.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Varios trabajadores presentan reclamación previa a la vía laboral en agosto y septiembre de 2016.

Uno de ellos presenta dos: en la primera y antes de la finalización de su contrato, solicita se declare el carácter indefinido de la relación laboral; en la segunda, tras la finalización del mismo, reclama que el despido es improcedente con las consecuencias legales.

La otra reclamación solicita, tras la extinción de la relación laboral que el despido sea declarado como improcedente, con la opción para el Ayuntamiento de readmisión o indemnización para con el trabajador.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Real Decreto Legislativo 2/2015 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).
- Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada

III. FONDO DEL ASUNTO.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERO.- Sobre la problemática en general de los contratos por obra y servicio determinados

Los asuntos tratados en la Oficialía Mayor en relación a este tipo de contratos nos llevan a la conclusión que casi siempre ha habido un fraude de ley en la celebración, utilización y extinción de los mismos por parte de nuestras EELL, siendo corroborado en sede judicial mediante sentencias favorables a los trabajadores, con lo que ello supone por ejemplo desde el punto de vista económico .

El fraude de ley puede darse:

a) Cuando el contrato no reúna los requisitos del art. 15.1 a) ET: (“...una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta”), desarrollado en cuanto a su régimen jurídico por el art. 2 R.D. 2270/1998: “El contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto”. La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio. Si el contrato fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior.

Por ello y para evitar este fraude de ley, habría que acotar, delimitar, describir, detallar, etc la obra o servicio en los contratos. Si es una obra es más fácil: por ejemplo: reparcho de las calles, a, b, c, d, etc. Si es un servicio es más complicado pero hay que hacerlo. Incluso para contratos subvencionados por otras administraciones, entendemos, sería conveniente hacer una memoria explicativa plasmada en el contrato (a la que se remitirá, según la convocatoria) detallada de cada puesto de trabajo que se va a ocupar con trabajadores, cuyos costes salariales van a ser subvencionados por AAPP o UE.

b) Cuando la duración de un sólo contrato de este tipo supera los tres años, teniendo como "penalización" que el trabajador sea considerado como fijo (indefinido, como veremos). Así lo regula el inciso 2º del art. 15.1.a) ET cuando dice: *"Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa."*

c) Cuando se encadenan o concatenan varios contratos temporales en un periodo de tiempo. A saber: art. 15.5 ET indica a este respecto que: *"... Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1. a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos".*

d) En definitiva, respecto de los contratos temporales o de duración determinada, el art. 15.3 ET explicita: *"Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley."* Aquí cabe entender la letra a) anterior, cuando el servicio entra dentro de la actividad ordinaria y permanente de la Administración (y por tanto, no tiene autonomía y

sustantividad propia...), o no se describe la obra o servicio o se despide al trabajador y el servicio se sigue dando, etc.

Por tanto, las consecuencias del fraude de ley son las aludidas: el trabajador adquiere la condición de fijo y el contrato se presume indefinido.

SEGUNDO.- Sobre el alcance del concepto de fijeza de los trabajadores o indefinición de sus contratos como consecuencia de los incumplimientos del ET o fraudes de ley por parte de las AAPP en contratos de duración determinada o temporales.

Tenemos que aclarar que para los jueces y magistrados de lo social esa indefinición del contrato o fijeza que adquiere el trabajador es lo mismo, no así para la Administración y el derecho administrativo en donde el art. 11 EBEP- Ley 7/07- distingue en función de la duración del contrato de trabajo entre laboral fijo, indefinido y temporal.

Para entender mejor la cuestión, debemos remontarnos a hace bastantes años en la forma de acceder a la fijeza “de por vida” que tenían los laborales temporales y que ocurría en las AAPP cuando llevaban tres años prestando sus servicios; con lo cual se conculcaban los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad de acceso al empleo público. Por ello se modificó el ET, (introduciendo la Disposición Adicional 15) para la salvaguardia de dichos principios:

“Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas.

1. Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de

trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo."

En definitiva, la contratación temporal bajo el paraguas de los contratos por obra o servicios determinados, conduce a la situación de "fijeza" señalada, en tanto que se realiza una inadecuada utilización de dicha modalidad contractual.

TERCERO.- En el presente caso, visto los fraudes de ley descritos, analizada la documentación remitida, estos es, contratos celebrados, reclamaciones de los trabajadores, etc podemos llegar a la conclusión que los trabajadores tendrían la condición de indefinidos por más de un motivo de los referidos más arriba, calificando la extinción de sus relaciones laborales como despido improcedente, debiendo por tanto el Ayuntamiento decidir la opción entre readmisión o indemnización a la que alude el art. 56 ET:

"1. Readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación".

Debemos matizar que las indemnizaciones hasta el 11.02.12 sería de cuarenta y cinco días/año trabajado. Téngase en cuenta la Disposición Transitoria 11 ET:

"1. La indemnización por despido prevista en el artículo 56.1 será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012.

2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso."

CUARTO.- Aparte de todo lo anterior, por un lado, asociados los contratos y la prestación de servicios a temporadas que empieza a principios octubre de un año y acaban bien a finales de mayo del siguiente o bien a finales de agosto (como en el último contrato por dos temporadas), siendo las fechas muy parecidas y reiteradas en el tiempo; por otro teniendo en cuenta que la jornada de uno de los reclamantes en los últimos años es completa y la del otro a tiempo parcial, cabría significar que el primero pudiera tener el carácter de indefinido fijo-discontinuo y el otro indefinido a jornada parcial. Para ello traemos a colación una parte de un informe elaborado en 2015 por este funcionario, pudiendo ser trasladable ("*mutatis mutandis*") ahora con los monitores deportivos:

"...En el presente caso, analizados los contratos de socorrista (obra y servicio determinado, a tiempo completo, con la duración de la temporada de baño) cabe entender que se da un fraude de ley al que alude el art. 15.3 ET, que tendría como consecuencia que el trabajador adquiera la condición de fijo discontinuo; ello en base a lo siguiente:

- Se dan las características del art. 15.8 ET: "El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido."

Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria."

Conviene aclarar la confusión en el "*petitum*" de la reclamación ("Solicito... se emita resolución estimando el carácter del contrato parcial de carácter indefinido, con la condición de fijo discontinuo...") pues al ser contratos a jornada completa, no pueden tener el carácter indefinido a tiempo parcial, sino fijos-discontinuos que se repiten, en el presente caso, en fechas no ciertas o exactas, sino próximas o similares.

Debemos acudir al aforismo: "*Los contratos son los que son y no los que las partes dicen ser*".

El objeto de este tipo de contrato de socorrista (fijo-discontinuo) presenta cierta dificultad para diferenciarlo de un contrato por obra y servicio determinado, pues la descripción del servicio y su duración aproximada es fácilmente subsumible cada año en la temporada de baños de la piscina municipal de verano.

Con el trabajo de socorrista, los contratos tienen como fin "rellenar" un servicio de la empresa (servicio público del Ayuntamiento) de carácter cíclico y reiterado en el tiempo, con homogeneidad y previsible, y por tanto, dándose una relación laboral de fijeza discontinua. El servicio no puede tener una apariencia engañosa de servicio aislado, autónomo con sustantividad propia del Ayuntamiento, ajeno a una secuencia anual repetitiva, que caracteriza a los contratos por obra y servicio determinado.

La jurisprudencia los delimita en muchas ocasiones (por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 5-7-1999,4-5-2004,8-11-2005) por la repetición de trabajo en el tiempo aunque lo sea por periodo limitado. Así la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo es coyuntural, imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular. Por contra, si se produce una necesidad de trabajo intermitente, cíclico, en intervalos temporales pero reiterados en el tiempo, de cierta homogeneidad, la modalidad contractual a celebrar debe ser la de fijo-discontinuo para realizar trabajo fijos y periódicos que no se repitan en fechas ciertas:

"Por tanto existe un contrato indefinido de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad " (SSTS 5-7-1999,4-5-2004).

"...Pero, si el trabajo se reitera en el tiempo de una manera cíclica o periódica, debe ser proveído con la modalidad de contrato para trabajos fijos de carácter discontinuos, no siendo admisible su cobertura por contratos temporales" (SST 8-11-2005).

El propio trabajador en su reclamación aporta por un lado la referida jurisprudencia del del T.S., reiterada en la más reciente sentencia de 22-09-2011: *"Cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo, lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodo limitado. Por tanto la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo es en principio imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular. Por el contrario, existe contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico o en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad".*

Por otro lado y si cabe aún más clarificadora, señala la STSJ Andalucía (Sevilla) nº 969/2004: *"En este caso las labores de socorrista y monitor deportivo para las que ha sido contratado el actor en su larga vinculación con la empresa desde el 1 de julio de 1995, sólo se realizan en la temporada de verano, por lo que la contratación se repite anualmente en fechas próximas, lo que conduce a estimar acertada la calificación que hace la sentencia del actor como trabajador fijo-discontinuo...". La contratación realizada al actor desde el año 1995 como monitor deportivo y socorrista, es fraudulenta ya que con ella se pretendían cubrir necesidades periódicas y fijas del Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de _ por lo que ante la reiteración en la contratación se le debería haber reconocido la condición de trabajador fijo-discontinuo con anterioridad a este procedimiento."*

IV. CONCLUSIÓN.

Visto todo lo que antecede y a juicio de este funcionario, los trabajadores tendrían la consideración de indefinidos con el alcance de la Disposición Adicional Décimo Quinta ET, calificando la extinción de sus relaciones laborales por finalización de contrato como improcedentes, con los efectos referidos del art. 56 ET.

Badajoz, octubre de 2016