

ASUNTO: SOBRE NECESIDAD DEL AYUNTAMIENTO DE INCORPORACIÓN DE TRABAJADOR QUE DISFRUTA DE SUS VACACIONES PARA DESINFECCIÓN VIARIA CON MOTIVO DEL CORONAVIRUS.

515/20

AA

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de XXXX esta Oficialía emite el presente Informe, el cual no tiene carácter vinculante y cuyo ponente ha resultado ser el funcionario arriba indicado.

INFORME

I. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Real Decreto Legislativo 5/2015 Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
- Real Decreto Legislativo 2/2015, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

Desde el Ayuntamiento nos comentan lo siguiente:

“Tenemos un trabajador contratado por un año a través de oferta de empleo solicitada al SEXPE, el contrato finaliza el 23/04/2020, es contrato de temporal de un año por obra y servicio y las funciones son de mantenedor de infraestructuras y servicios municipales.

Con motivo del estado de alarma decretado, se hace necesario que el trabajador, que se encuentra disfrutando sus vacaciones de 30 días, se incorpore nuevamente a sus funciones laborales, pues se encarga de llevar a cabo las labores de desinfección viaria que son necesarias.

La cuestión es, si amparados en el estado de alarma decretado, el trabajador puede trabajar de forma efectiva los días que le restan hasta la finalización de su contrato el 23/04/2020, no disfrutando las vacaciones anuales que le corresponden y que no ha disfrutado hasta ahora, y por tanto retribuirle las mismas como vacaciones devengadas y no disfrutadas en el finiquita del contrato, sin contravenir la normativa laboral y de seguridad social que regula la retribución de vacaciones no disfrutadas.

III. FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO

En el derecho laboral, el periodo de disfrute de vacaciones se debe llevar a cabo, como indica el Art. 38 ET, mediante un acuerdo ente el empleador y el trabajador (nunca por imposición del uno sobre del otro). La interrupción de las mismas con incorporación del trabajador debe estar motivada bajo la existencia de una causa razonable por parte del empresario y con el consentimiento de trabajador.

En este sentido, la STSJ Castilla la Mancha de 15-03-2007 que consideró un despido como improcedente, señala que :

"Ahora bien, el empresario, una vez que el trabajador se encuentra disfrutando de su período vacacional, no puede unilateralmente desconocer el derecho del trabajador, compeliéndole a que interrumpa sus vacaciones para reincorporarse a su puesto de trabajo a los pocos días de iniciarlas sin siquiera aducir una causa razonable ni contar con la anuencia del trabajador; pues tal proceder, no sólo no tiene amparo legal alguno, sino que es contrario a los principios de la buena fe que en todo caso ha de presidir el desarrollo de la relación contractual, tal como se desprende, con carácter general, de los arts. 7.1 y 1258 del Código Civil EDL 1889/1, y para el ámbito laboral, del art. 20.2 del E.T EDL 1995/13475, en cuanto que ordena que "el trabajador y el empresario se someterán a sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe"; que se interpreta por la doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1991 EDJ 1991/2383) como "principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a

valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza".

En el presente caso, es claro que la conducta seguida por el empresario vulnera tales derechos y principios puesto que, tras conceder al trabajador vacaciones de 15 días a comenzar desde el 15 de junio de 2006, le remite burofax que recibe el trabajador el día 21 de junio sobre las 11,35 horas, instándole para que ese mismo día se incorpore a su puesto de trabajo en horario de 9 a 14 horas de mañana y 17 a 20 horas de tarde; sin indicar la causa justificativa de tan repentina convocatoria."

En el asunto que nos trae, al estar el trabajador, que es empleado público, prestando sus servicios en un Ayuntamiento, es este el que debe argumentar al trabajador la interrupción de sus vacaciones por necesidades de servicio, declarando el servicio correspondiente a la prestación laboral que realiza el trabajador como servicio esencial (desinfección de vías públicas para prevenir el contagio.....), dada la situación por la que estamos atravesando con la pandemia del coronavirus.

Al efecto el Alcalde debe dictar la correspondiente resolución en el sentido referido en el párrafo anterior, reforzado con las atribuciones de la Alcaldía del Art. 21 Ley 7/1985 tales como la jefatura superior de personal, de dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios municipales y la de adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunios públicos o grave riesgo de los mismos las medidas necesarias y adecuadas. Al fin y al cabo son potestades de autoorganización y planificación de los RRHH de manera urgente dada la situación por la que atravesamos.

Todo ello en concordancia con las normas dictadas al efecto, tanto por el Gobierno de la Nación, como las provenientes de la Junta de Extremadura.

Sin ir más lejos ayer 29 de marzo se publicó en el BOE el **Real Decreto-ley 10/2020**, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19 del cual destacamos en lo que nos atañe los siguiente:

"Disposición adicional primera. Empleados públicos.

*El Ministerio de Política Territorial y Función Pública y los competentes en las comunidades autónomas y **entidades locales quedan habilitados para dictar las instrucciones y resoluciones que sean necesarias para regular la prestación de servicios de los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, con el objeto de mantener el funcionamiento de los servicios públicos que se consideren esenciales***

ANEXO No será objeto de aplicación el permiso retribuido regulado en el presente real decreto-ley a las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena:

18. Las que presten servicios de limpieza, mantenimiento, reparación de averías urgentes y vigilancia, así como que presten servicios en materia de recogida, gestión y tratamiento de residuos peligrosos, así como de residuos sólidos urbanos, peligrosos y no peligrosos, recogida y tratamiento de aguas residuales, actividades de descontaminación y otros servicios de gestión de residuos y transporte y retirada de subproductos o en cualquiera de las entidades pertenecientes al Sector Público, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. "

Al respecto días pasados hemos mandado modelo de Decreto a todos los Ayuntamientos de nuestra provincia.

SEGUNDO

En cuanto a la posibilidad de prestar el servicio hasta la finalización de su contrato o extinción de la relación laboral (20.04.20) sin que puede disfrutar de sus vacaciones, a cambio de compensar económicamente las mismas, debemos tener en cuenta que:

-Aunque el ET recoge que no se puede sustituir por compensación económica, lo cierto es que se tiene derecho a la misma cuando tras extinción de la relación laboral no se han disfrutado. (innumerables sentencias lo recogen)

-Al ser un derecho constitucional y legal las vacaciones retribuidas, entendemos además que, si se necesita acuerdo para el periodo de disfrute, como señalábamos más arriba, debería haber otro para lo pretendido o cuanto menos contando con el consentimiento del trabajador.

Pero téngase en cuenta que se le ha contratado al trabajador por un año bajo la modalidad de obra o servicio determinado que tiene una duración máxima de 3 años (salvo que por Convenio Colectivo pueda durar más). Dicha obra o servicio aunque limitada en el tiempo es en principio de duración incierta como indica el Art. 15 ET.

Pero aparte de lo anterior, el mero hecho de figurar en el contrato una fecha de finalización es meramente orientativa y no obligatoria, pues puede ser que llegada dicha fecha el servicio no haya terminado, por lo que no tiene que concluir necesariamente el 20.04.20 y más aun teniendo en cuenta la situación por la que estamos viviendo. Así lo recoge el Art. 2.2 del R.D2270/1998 que desarrolla el Art. 15 ET sobre contratos de duración determinada:

b) 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.

También debe tenerse en cuenta el Art. 8: 2.

“Los contratos de duración determinada que tengan establecida legal o convencionalmente una duración máxima y que se hubiesen concertado por una duración inferior a la misma, se entenderán prorrogados tácitamente, hasta la correspondiente duración máxima, cuando no hubiese mediado denuncia o prórroga expresa antes de su vencimiento y el trabajador continúe prestando servicios.

Expirada dicha duración máxima o la de la prórroga expresa del contrato eventual, ejecutada la obra o servicio, o producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

Quizás no haya sido acertada la modalidad contractual elegida.

IV. CONCLUSIÓN.

El Ayuntamiento podría tanto interrumpir las vacaciones del empleado público para su incorporación urgente, como pretender que trabaje hasta la finalización de su contrato y compensar económicamente las vacaciones no disfrutadas, pero teniendo en cuenta lo referido más arriba y en relación al contrato de obra y servicio.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de XXXX, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz a 30 de marzo de 2020