



ASUNTO: RECLAMACIÓN PREVIA/PERSONAL

**Reclamación previa a la vía judicial de trabajador con contrato de sustitución (interinidad) solicitando la nulidad o improcedencia del despido.**

**124/12**

MF

\*\*\*\*\*

**INFORME**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

Mediante escrito de fecha XX.04.12, recibido por fax el XX.04.12, y entrada en esta Oficialía Mayor el XX.04.12 el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado manifestando lo siguiente:

*“El X.07.08 se contrató a D. \_\_\_\_\_ (sin ningún tipo de prueba ni proceso de selección, ya que era el único fontanero en ese momento en este municipio disponible) para sustituir a D. \_\_\_\_\_ personal laboral fijo de plantilla de este Ayuntamiento por un proceso de IT.*

---



*Teniendo constancia este ayuntamiento de que no se iba a incorporar D. \_\_\_\_\_, se abre un proceso de selección que se le comunica a D. \_\_\_\_\_ para indicarle que se aprueba por Pleno legalizar su situación.*

*D. \_\_\_\_\_ está presente en el Pleno donde se aprueba el proceso y presenta solicitud para participar en el mismo. Pero el mismo día de la realización de las pruebas 10 minutos antes presenta escrito comunicando que no va a participar.*

A mencionado escrito figura como documentación aneja la siguiente:

-El contrato de sustitución o interinidad del trabajador de fecha x.07.08 que ha durado hasta el x.04.12

-Solicitud (de fecha x.03.12) de renuncia del mismo a participar en el proceso selectivo pues entiende que la plaza es suya en propiedad.

-Contestación (de x.03.12) del Ayto al anterior escrito, que además contiene el preaviso oportuno de la extinción de su contrato, con liquidación o finiquito.

-Notificación del Ayto al trabajador de fecha x.04.12 sobre recordatorio de la fecha de finalización de su contrato

-Resolución de la S. Social sobre reconocimiento de baja en el régimen general de dicho trabajador con efectos de x.04.12.

-Reclamación previa a la vía judicial por despido nulo o subsidiariamente improcedente de dicho trabajador contra el Ayto en donde solicita la estimación de su reclamación, readmisión a su puesto de trabajo con la condición de indefinido, más salarios de tramitación; o las indemnizaciones procedentes más los salarios de tramitación desde la fecha del despido.

#### **LEGISLACION APLICABLE**

- \* Constitución Española (CE)





- \* Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET).
- \* Real Decreto 2720/1998, de 18 diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (R.D. 2270/98).
- \* Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público
- \* Código Civil Español (C.C)

**FONDO DEL ASUNTO:**

**PRIMERO**

Para poder pronunciarnos sobre el asunto antes debemos recapitular lo siguiente, teniendo en cuenta la documentación obrante en el expediente:

-El 08.07. 08 se celebró un contrato del Art. 15.1c) ET, entre el reclamante y el Ayto, contrato de sustitución (o interinidad) de un trabajador con reserva de puesto de trabajo debido a una IT , como así consta en el mismo.

-Tras la IT del sustituido, éste se jubiló por incapacidad permanente absoluta. El reclamante ha seguido trabajando con el mismo contrato inicial hasta a celebración del proceso selectivo para cubrir la vacante del trabajador jubilado.

-En dicho proceso selectivo el reclamante presenta solicitud de participación pero finalmente no participa alegando (mediante escrito) en un primer momento que la plaza es suya en propiedad.





-El Ayto contestando el anterior le responde que el proceso selectivo se aprobó por Acuerdo Plenario, Pleno al que asistió el interesado, reflejándose en el acta que el reclamante *“manifiesta que siempre ha sido consciente de su situación de interinidad”*. Además en dicho escrito se le anuncia con el preaviso correspondiente de 15 días, que el 04.04.12 se producirá la terminación de su contrato, con baja en la S.S., más la liquidación por sueldo, paga extra e indemnización correspondiente.

-Celebrado el proceso selectivo, es cuando el interesado presenta reclamación previa solicitando que se considere el despido como nulo o subsidiariamente improcedente.

## **SEGUNDO**

De lo anterior, la cuestión estriba en saber si existe la posibilidad de considerar la situación del trabajador sustituto como indefinida por fraude de ley (como así pone de manifiesto el interesado en su reclamación), al mantener el Ayto con el mismo contrato de interinidad la prestación de servicios del trabajador desde el inicio de la IT del sustituido hasta la finalización del proceso selectivo; o por el contrario entender que el contrato de interinidad se extingue por las causas del Art. 49.1 c) por expiración del tiempo convenio. Todo ello con independencia de las pretensiones del interesado en su reclamación previa a la vía laboral.

## **TERCERO.-**

Argumentos en favor del trabajador pudieran ser los siguientes:

-Que se tuvieron que celebrar dos contratos de sustitución o interinidad; uno durante el tiempo del IT del sustituido como así se hizo y en el que consta el nombre del sustituido

---



y sustituto); otro para cubrir temporalmente un puesto de trabajo vacante durante el proceso de selección hasta su cobertura definitiva, desde el período que va desde la jubilación del sustituido y durante todo el tiempo que durara el proceso selectivo. (es decir, aprobación OEP, bases y convocatoria y celebración del proceso selectivo en sí. ).

-Que al no ser así y celebrar un sólo contrato se ha producido un fraude de ley que conlleva la consideración del reclamante como trabajador indefinido, basado fundamentalmente en el Art. 15.3 ET y 9.3 R.D. 2270/98 *“se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”*, y en el Art. 8.2, parr. 2º R. D. 2270/98: *“ 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.”*

-Que no se puede entender que el Ayto desconociera la finalización del periodo del IT del sustituido para justificar lo no realización de un segundo contrato de sustitución o interinidad durante el periodo de selección, por varias razones:

-a) porque durante la IT, el sustituido tenía la obligación de presentar el parte de baja inicial y periódicamente los de confirmación durante todo el período de la misma. En cuanto dejó de presentarlos tuvo el Ayto que indagar por qué, bien a través del propio trabajador o de la S.S.

-b) porque el Ayto debía saber que el periodo máximo de una IT son 18 meses y a raíz de ahí procede bien el alta e incorporación del trabajador a su puesto de trabajo, bien la jubilación por la incapacidad que proceda

-c) Cabe entender que al finalizar la IT, la propia S.S o el trabajador sustituido tuvieron que poner en conocimiento del Ayto (como consecuencia de la inspección o tribunal médico) que el trabajador pasaría a la situación de jubilación por incapacidad permanente

---



### **TERCERO**

Argumentos en favor del Ayto.:

-El acta del Pleno donde se recoge que el reclamante: *“manifiesta que siempre ha sido consciente de su situación de interinidad”*.

-Apoya lo anterior el hecho de que el reclamante presenta instancia para participar en el proceso selectivo, está aceptando que la plaza no es suya y debe ganarla en dicha selección.

-A los dos puntos anteriores cabe aplicar la teoría jurisprudencial sobre *“nadie puede ir en contra de sus propios actos”*, que tiene su fundamento en el Art. 7.2 Código Civil. *“La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”*

-De todas formas la STS de 25.05.2002 señala que: *“el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas Legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas»*. *Consideración de indefinido que, entendemos no necesita de ningún reconocimiento expreso por parte de la Administración”*.

-El Art. 70 EBEP Oferta de empleo público. 1. *Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la*

---



convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

(recordemos que los 18 primeros meses estuvo contratado bajo la modalidad de sustitución o interinidad-desde el 08.07.08 hasta el 07.01.10- Es a partir de esa fecha hasta el 04.04.12 cuando habría estado contratado bajo la condición de indefinido a la que se refiere la STS 27.05.02 hasta la cobertura de dicha plaza mediante un proceso selectivo, que aunque echó la instancia, no participó).

-Las potestades de autoorganización y planificación de los RRHH (Art. 4 LBRL y 69 EBEP  
-Que tras los 18 meses de baja del sustituido, no hacía falta modificar el contrato pues el sustituto estaría en el puesto de trabajo hasta que se hiciera efectiva esa reserva del puesto de trabajo. Tanto en un caso como en otro existe reserva de puesto de trabajo.

-Además el Ayto no ha tenido conocimiento formal ni de la Seguridad Social, ni del propio trabajador que la incapacidad temporal finalizó en enero de 2010 y que a a partir de esa fecha el trabajador sustituido disfrutaba de una jubilación. Si lo hubiera sabido habría hecho un segundo contrato de interinidad con el trabajador hasta la finalización de proceso selectivo.

#### **CUARTO**

Ambas posturas se pueden hacer valer en sede judicial y serán los tribunales los que decidan. Desde el punto de vista económico, la diferencia está en que si el Ayto no le da la razón al reclamante por las razones esgrimidas, porque estimase que el contrato se ha extinguido por las causas del Art. 49.1 c) *expiración del tiempo convenido*, por entender que ha llegado a su fin, no le correspondería cobrar al reclamante indemnización alguna (si la ha cobrado, el Ayto podría solicitar su reintegro. ) como así explicita dicho punto como excepción al pago de indemnización.

Mientras que si estima que el trabajador es indefinido al haberse dado un fraude de ley por los motivos descritos, el despido sería improcedente (descartamos el despido nulo

---



indicado para otros supuestos) y el trabajador tendría dcho a cobrar las indemnizaciones correspondientes, con la duda (a resolver en sede judicial) si la improcedencia conlleva que las indemnizaciones se cuenten desde enero de 2010 (tiempo en que finaliza al IT del trabajador sustituido) o o desde el inicio del contrato (julio de 2008) por entender que el fraude de ley transforme el contrato inicial en indefinido.

Al hilo de lo anterior, las cuantías de las indemnizaciones por despido improcedente, habría que calcularlas, teniendo en cuenta la entrada en vigor del R. D. Ley 3/2012 el 12.02.12, de conformidad con la Disp. Transitoria . Quinta:

*La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.*

Además hay que tener en cuenta que los salarios de tramitación han desaparecido en caso de despido improcedente y opción para el Ayto de indemnizar al trabajador.

En cualquier caso entiende este funcionario que existen más posibilidades de triunfo en sede judicial para el trabajador, vistos los argumentos de unos y otros.

Badajoz, abril de 2012

---