



ASUNTO: PERSONAL/LICENCIAS

**Solicitud de reingreso al servicio activo de trabajador en
situación de excedencia voluntaria.**

156/13

A

INFORME

I. ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

— Con fecha X de mayo de 2013, tiene entrada en la Oficialía Mayor, escrito del Ayuntamiento de XX, mediante el que se solicita informe sobre excedencia forzosa. En la misma solicitud en el apartado de “Otros datos de interés”, se indica que este servicio ya posee los datos y antecedentes relativos a una solicitud previa de reingreso, respecto de la que este mismo funcionario emitió el informe 151/IJ/2010, con fecha, X de mayo de 2010.

— Junto con el citado escrito se acompaña escrito de X de mayo de 2013, mediante el que el empleado excedente, Don X XX, manifiesta “Que a punto de agotar el período de excedencia voluntaria que venía disfrutando como empleado de ese Ayuntamiento, y de acuerdo con la normativa labora vigente, le comunico mi intención de acogerme a la situación de EXCEDENCIA FORZOSA por cargo político, con los derechos y efectos establecidos para este supuesto. .../... El motivo de dicha excedencia es mi actual condición de



concejal de este municipio y su duración dependerá del tiempo que permanezca ejerciendo dicho cargo.”

— Para la emisión del citado informe 15/IJ/2010, este funcionario tuvo a su alcance los siguientes documentos:

— Escrito de X de abril de 2010, mediante el que el empleado excedente, Don X XX, solicita se le conceda “... el reingreso inmediato en las vacantes de igual o similar categoría que existan en ese Ayuntamiento.”

— Escrito de X de mayo de 2008, mediante el que el Sr. XX, comunica el paso a la situación de excedencia voluntaria por un periodo de cinco años, contado a partir del día X de mayo de 2008.

— Traslado de la Resolución del Sr. Alcalde-Presidente del XX, de fecha, X de mayo de 2008, mediante la que se acuerda conceder a Don X XX la excedencia voluntaria solicitada “... , tal y como refleja en su solicitud.”

— Cuatro contratos de trabajo de duración determinada (todos de un año) suscritos por el Ayuntamiento de XX con el Sr. XX, con las siguientes fechas de inicio y finalización:

Primer contrato: X/06/2000 y X/06/2001.

Segundo contrato: X/06/2001 y X/06/2002.

Tercer contrato: X/06/2002 y X/06/2003.

Cuarto contrato: X/06/2006 y X/06/2004.

— Antecedentes relativos a la reclamación realizada por el Sr. XX, para reconocimiento de antigüedad.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE.

— Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).

— Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (con la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre).

— Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET).



— Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

III. FONDO DEL ASUNTO.

1º. De los antecedentes se evidencia que el Sr. XX se encuentra en situación excedente desde el día 12 de mayo de 2008. Siendo el plazo de la misma de cinco años, su finalización se produjo el día 11 de mayo de 2013.

La excedencia voluntaria se regula en el artículo 46.2 del ET, siendo de aplicación en el momento de su inicio la redacción actual que fue introducida por el apartado ocho de la disposición adicional décimo primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece que “El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años.”

En cuanto a sus efectos, el apartado 5 del precepto citado dispone que “5. El trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.” En relación con el alcance de este precepto, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia nº 61/2012, de 30 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, ha puesto de relieve que “... Reiteradamente la jurisprudencia del TS, interpretando tal precepto, ha entendido que tal derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o "expectante", condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso, siendo en tal punto en lo que se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador (por todas la STS 25- 10-2000, rec. 3606/1998).”

2º. La nueva situación que el Sr. XX pretende, tiene su fundamento tanto en la legislación electoral como en la propia LBRL. El artículo 178.2 de la LOREG establece que son incompatibles con la condición de Concejal “b) Los



Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.” Abunda en esa situación de incompatibilidad el artículo 74 de la LBRL, estableciendo en el apartado 1 que los miembros de las Corporaciones locales quedan en situación de servicios especiales cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegidos, añadiendo otras dos reglas en los apartados 2, para establecer que “Para el personal laboral rigen idénticas reglas, de acuerdo con lo previsto en su legislación específica.” y 3, para los casos en que no tengan dedicación exclusiva garantizar su derecho a “... la permanencia en el centro o centros de trabajo públicos o privados en el que estuvieran prestando servicios en el momento de la elección, sin que puedan ser trasladados u obligados a concursar a otras plazas vacantes en distintos lugares.”

Interesa aquí la remisión del apartado 2 antes transcrito, ya que el ET en el apartado 1 del citado artículo 46 del ET, regula dicha situación bajo la denominación de excedencia forzosa en los siguiente términos: “1. La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. La forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.”

De los términos transcritos, se extrae claramente la conclusión de que no es una opción que el cargo público pueda sustanciar con su mera comunicación, sino que resulta preceptivo que sea concedida por la empresa que, por otro lado, puede imponerla al trabajador, aunque este no la solicite, si se dieran las circunstancias a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 37.3.d) del ET (“Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo cuarenta y seis de esta Ley.”) Con ello, se quiere significar que la comunicación realizada no pone al comunicante automáticamente en la situación de excedencia forzosa, sino que debe acordarse por el Ayuntamiento.

En otro orden, debe señalarse que para que pueda darse el paso a la situación de excedente forzoso, resulta imprescindible el reingreso al servicio activo, porque de no ser así en modo alguno se dan los supuestos de incompatibilidad



a los que se refieren los artículos 178.2 de la LOREG y 74 de la LBRL y porque, como se ha dicho, el apartado 5 del artículo 46 otorga al trabajador excedente tan solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría, sin que ese derecho lleve implícito el pase a la situación de excedencia forzosa.

3º. Planteada así la cuestión, el Ayuntamiento podría estar en condiciones de determinar si existe en su plantilla alguna vacante de igual o similar categoría y, con aplicación de las reglas del principio antiformalista del derecho administrativo español, contenidas en los artículos 70 y 71 de la LRJPAC, ofrecérsela al trabajador excedente voluntario, para una vez producido el reingreso acceder a la excedencia forzosa solicitada. Caso contrario, de ser inexistente la plaza o estar ocupada y no haber otra vacante de características similares, no haría lugar a la readmisión, si bien el Ayuntamiento debería comunicar al trabajador las vacantes que se vayan produciendo en lo sucesivo.

Para la resolución del expediente, el órgano competente será la Presidencia de la Corporación, conforme a lo establecido en los artículos 21.1.h) de la LBRL (con la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), y 41.14.g) del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Todo ello, sin que haya lugar a la tramitación del expediente al que se refiere el artículo 10 de la norma citada en último término, habida cuenta de que la opción del concejal está ya tomada en el sentido de no permanecer en el puesto de trabajo.

Badajoz, mayo de 2013