

**ASUNTO: Informe solicitado por la Mancomunidad xxx
sobre "SOLICITUD DE EXCEDENCIA PERSONAL LABORAL"
320/18**

FA

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Presidente/a de la Mancomunidad xxx, y por encargo del Oficial Mayor de esta Diputación, se emite el presente

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES

Escrito de la Sra. Presidenta de la Mancomunidad xxx, en el que manifiesta lo siguiente: *"Comunicación verbal de personal laboral sobre la intención de solicitar excedencia próximamente hasta el 31/12/2018. Desconocemos los requisitos exigibles para poder solicitar la excedencia, con qué tiempo debe comunicar por escrito la petición, sobre qué condiciones se le autoriza la excedencia,..."*

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (TRET)
- Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP)
- Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL)

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERO.-

El artículo 177.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por el Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) establece que el régimen de las relaciones del personal laboral será, en su integridad, el establecido en las normas de Derecho Laboral.

El artículo 7 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP), dispone que el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que el trabajador laboral pase a la situación de excedencia voluntaria, debemos remitirnos al artículo 46.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), que prevé que el trabajador con al menos un año de antigüedad en la empresa 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. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria.

Y añada en su número 5 que *«el trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa»*.

SEGUNDO.-

Dada la documentación aportada por la Mancomunidad, el trabajador en cuestión tiene el carácter de personal laboral indefinido.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 942/2009 de 18 diciembre en su Fundamento Jurídico 5º afirma que: *«la diferencia entre los trabajadores sujetos a una relación laboral de fijeza y los indefinidos viene determinada, como expresa la STS 29-1-2009, Rec 326/2008, por el modo de acceso a la plaza que ocupan (es decir, por la necesidad de cumplir con los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el empleo público) y por la garantía de permanencia en ella, que, para los "indefinidos", sólo alcanza, hasta que sea cubierta por los pertinentes procedimientos reglados»*.

Debe tenerse en cuenta que la Disposición Adicional Decimoquinta número 1 TRET, estipula en su segundo párrafo que el trabajador devenido en indefinido como consecuencia de la concatenación de contratos o de fraude en la contratación temporal continuará desempeñando el puesto que viene ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos reglamentarios basados en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, 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.

TERCERO.-

La Sentencia del *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2554/2010 de 9 abril*, reiterando su anterior Sentencia núm. 539/2004, de 28 de enero, partiendo de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo surgida en la Sentencia de 7 de octubre de 1996, que concluye que el estatuto del trabajador indefinido no fijo se aproxima a la interinidad por vacante desde el momento que la existencia del vínculo pende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales, afirma en su Fundamento Jurídico 2º:

«Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría" y este derecho, que puede otorgarse, al trabajador no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa.

Por ello, sólo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras, e incluso para aquélla tampoco podría reconocerse este derecho del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios en orden a asegurar que la cobertura deba producirse respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, con lo que la preferencia está excluida.

El trabajador podrá optar a la plaza, pero sólo en los sistemas de provisión externos y en igualdad de condiciones con el resto de los participantes...

El único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva..."

No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional en sentencia 240/1999, de 20 de diciembre, en relación con los funcionarios interinos, señaló que la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada.

Resultando dicha doctrina de aplicación al caso, y siendo que la actora no tiene la condición de personal fijo de plantilla, sino que es personal laboral indefinido, ello no impide que le sea de aplicación cuanto al respecto prevé el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 46.2, y el Convenio de aplicación en su artículo 19, respecto al derecho a que, cumplido el requisito de antigüedad, se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria.

Es correcta por tanto la sentencia del Juzgado, si bien, con estimación parcial del recurso, se ha de añadir al fallo, tal como se pide, que el reconocimiento del derecho quede sujeto a las limitaciones y consecuencias que resulten de la condición de la actora de indefinida no fija de plantilla, como en tal sentido resolvió esta Sala en asunto similar por sentencia núm. 539/2004, de 28 de enero, citada en el recurso».

En consecuencia, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 46.5 TRET, el trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa».

Pero, según lo visto anteriormente, en el caso del personal laboral indefinido, el reingreso no podría producirse en cualquier vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en el Ayuntamiento, sino exactamente en el mismo puesto que ocupaba antes de la excedencia, dado que la relación de éste tipo de trabajadores con el Ayuntamiento está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa.

Según esto, para que el trabajador en excedencia pudiera regresar a su puesto al finalizar esta, dicho puesto habría de encontrarse vacante hasta su reincorporación, lo cual es totalmente contrario a los intereses generales a los que debe orientar su actividad la Mancomunidad, de acuerdo con el artículo 103.1 de la Constitución; pues lo que debería hacer, en su caso, es proveer el puesto mediante los procedimientos legalmente establecidos.

IV. CONCLUSIONES

Por todo lo anteriormente expuesto, concluimos que sí es posible admitir la posibilidad de conceder una excedencia voluntaria al trabajador indefinido no fijo, sobre la base de que su estatuto se aproxima a la interinidad por vacante desde el momento en que la existencia del vínculo pende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales.

El reingreso del trabajador tras el fin de la excedencia no podrá producirse en cualquier vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la Mancomunidad, sino exactamente en el mismo puesto que ocupaba antes de la excedencia, dado que la relación de los trabajadores indefinidos no fijos con la Mancomunidad está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa.

Como hemos explicado, es importante que la Mancomunidad tenga presente que el posible reingreso al puesto estará condicionado a que este aún permanezca vacante, lo cual es contrario a los intereses generales a los que debe orientar su actividad la Mancomunidad, de acuerdo con el artículo 103.1 de la Constitución; pues lo correcto sería proveer el puesto mediante los procedimientos legalmente establecidos.

Es decir, lo procedente sería que la Mancomunidad incluyera esta plaza en la Oferta de Empleo Público del año 2018 para proveerla legalmente, dada la necesidad de la misma de prestar los servicios derivados del puesto en cuestión; por lo que, en caso de no ser el trabajador excedente quien consiguiera obtener dicha plaza, no será posible reincorporarse de su excedencia.

Aconsejamos que, en caso de concederse la excedencia, sería recomendable hacer constar en la resolución de concesión las mencionadas condiciones para el reingreso.

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 la Mancomunidad xxx, 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, 2018