

ASUNTO: *“Diversas cuestiones planteadas sobre contrato de interinidad o sustitución derivada de una incapacidad temporal del trabajador sustituido al que el INSS ha reconocido una incapacidad permanente total”.*

0058/22

AAR

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-Presidente/a del Ayuntamiento de _____, se emite el presente

INFORME

ANTECEDENTES DE HECHO

En la petición del informe manifiestan lo siguiente:

“Existe en este Ayuntamiento una plaza de personal laboral fijo ocupada por un trabajador con contrato de interinidad por situación de IT del titular de la plaza.

Dicho titular causó baja por enfermedad común el _/_/_ estando en dicha situación hasta el _/_/_. Con fecha _/_/_ pasa a situación de propuesta de invalidad hasta el _/_/_, habiéndose recibido notificación de resolución del INSS de prestación de incapacidad permanente en el grado de total, siendo la fecha a partir de la cual se podía instar la revisión el _/_/_.

Llegada esa fecha no se recibe comunicación del INSS en relación a la posible revisión, por el que el trabajador titular causa baja en la empresa el _/_/_.

Por otro lado con fecha _/_/_ se formalizó contrato de interinidad para ocupar dicha plaza de personal laboral fijo para sustituir al trabajador con derecho a reserva de puesto tras realización del proceso selectivo al respecto, y aunque el titular sustituido causó baja en la empresa el _/_/_, el interino sigue prestando servicios en el mismo puesto de oficial de primera a día de hoy.

El trabajador interino por otro lado ya prestó servicios en este ayuntamiento como peón de obras (_/_/_ a _/_/_); oficial de obras AEPSA (_/_/_ A _/_/_) y oficial de primera _/_/_ a _/_/_.

Cuestiones planteadas:

1º ¿Se puede considerar al trabajador indefinido no fijo por concatenación de contratos, aun siendo el último de ellos de carácter interino o la mera permanencia en el puesto con posterioridad al _/_/_ le otorga esta condición?

2º ¿Es necesario que dicho reconocimiento se efectúe por el órgano judicial?

3º Habiendo solicitado el reconocimiento de trienios, para el derecho al cobro de los mismos ¿es necesario que previamente tenga reconocida por el órgano judicial la condición de indefinido no fijo en su caso? (Este Ayto no cuenta con convenio colectivo que regule este aspecto, pero se viene reconociendo a todos los empleados públicos, funcionarios o laborales)

4º El reconocimiento del trienio ¿es competencia del Alcalde o tiene que ser por acuerdo plenario?

5º ¿Qué fecha debemos consignar en su caso a efectos de antigüedad ?

6º ¿Qué fecha a de tomarse en consideración para el abono de los trienios: la del reconocimiento, la de la solicitud del interesado, la del momento en que cumple los tres años?

7º Habiendo accedido a la plaza por un proceso selectivo para cubrir el periodo de baja y habiendo causado baja en la empresa el titular de la misma, ¿se puede entender que el puesto de laboral fijo está vacante y por lo tanto el trabajador sustituto solo permanecerá en la misma en tanto se provea su cobertura mediante el correspondiente proceso selectivo? ¿o estamos en el caso de que la plaza de laboral se encuentre vacante por lo ya mencionado y que este trabajador con contrato de interinidad a fecha actual ocupa una plaza indefinida no fija por concatenación o fraude de ley?

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.- SOBRE LA LEGISLACIÓN A TENER EN CUENTA POR LAS AAPP EN LA UTILIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA

Antes de responder a las cuestiones planteadas, debemos tener en cuenta varios mandatos legales explícitos para las AAPP que se iniciaron con la Disp. Adic 34 LPGE 2017 y con Disp. Adic 43 Ley 6/2018 LPGE, y que continuaron con la introducción de la Disp. Adic 17ª en el TREBEP por el R. D. Ley 14/2021 de Medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo, que finalmente se tramitó como ley ordinaria, concretamente la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, dictadas por el mal uso de la temporalidad de los contratos temporales y el fraude de ley, y además las dos últimas contemplan el mal uso o irregularidades en el nombramiento de funcionarios interinos.

A todo ello hay que unir el nuevo y reciente escenario consecuencia del R. D. Ley 32/2021 de Medidas Urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

La Disp. Adic 34 LPGE 2017 y con Disp. Adic 43 Ley 6/2018 LPGE, tienen la misma literalidad, a saber:

Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.

Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

*Dos. **Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para EVITAR cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.** Así mismo, los órganos de personal citados **no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni***

a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, **salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.**

Tres. **Las actuaciones irregulares** en la presente materia **darán lugar a la exigencia de responsabilidades** a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones.

Por su parte y en la misma línea, la **Disp. Adic. 17ª TREBEP sobre Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público** con efectos, según la Disp. Trans. 2ª a partir de la entrada en vigor del R. D. Ley 14/2021, es decir, a 08.07.21, y a 31.12.21 a partir de la entrada en vigor de la ley 20/2021) para los nuevos contratos que se celebren, señala que:

“1. Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino.

Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

2. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

3. Todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o

indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal SERÁ NULO DE PLENO DERECHO.

4. El incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una **compensación económica** para el personal **funcionario interino** afectado, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento. No habrá derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias ni por renuncia voluntaria.

5. En el caso del **personal laboral temporal**, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica.

Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación **nacerá a partir de la fecha del cese efectivo**, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria”.

SEGUNDO.-SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

1º ¿SE PUEDE CONSIDERAR COMO INDEFINIDO NO FIJO POR CONCATENACIÓN DE CONTRATOS, AUN SIENDO EL ÚLTIMO DE ELLOS DE CARÁCTER INTERINO O LA MERA PERMANENCIA EN EL PUESTO CON POSTERIORIDAD A / / _ LO OTORGA ESA CONDICIÓN? 2º.-¿ES NECESARIO QUE DICHO RECONOCIMIENTO SE EFECTÚE POR EL ÓRGANO JUDICIAL?

En cuanto al régimen jurídico del contrato de interinidad debemos comenzar por lo último, la reforma laboral operada por R.D.Ley 34/2021 cuya **Disp. Adic. Tercera** dispone:

“Régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada celebrados ANTES del 31 de diciembre de 2021.

*2. Los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos **y los contratos de interinidad** basados en lo previsto en el artículo 15.1.b) y c) del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente, celebrados según la redacción vigente **antes de la entrada en vigor** del apartado tres del artículo primero, se regirán hasta su duración máxima por lo establecido en dicha redacción*

La Disp. Trans. Quinta establece en relación al encadenamiento de contratos que *“Lo previsto en la redacción dada por el presente Real Decreto-ley al artículo 15.5 del estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo. Respecto a los contratos suscritos con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración sólo el contrato vigente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.”*

Por otro lado establece **la Disp. Final Octava 2.** que *“**Entrarán en vigor a los tres meses de su publicación** en el «Boletín Oficial del Estado» los siguientes preceptos:*

“...b) El apartado tres del artículo primero, de modificación del artículo 15 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria tercera.”

Por tanto debemos acudir a la regulación del contrato de interinidad vigente antes de la publicación de la reforma laboral. En primer lugar el Art. 15.5 en el último párrafo exceptúa del cómputo de la concatenación a los contratos de interinidad o sustitución *...“**Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos** formativos, de relevo e interinidad...”*

En segundo lugar teniendo en cuenta los restantes contratos para el cómputo de la concatenación, ni siquiera se llega al mínimo del Art. 15,5: *“en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses”*; y asimismo los periodos de interrupción rompen la unidad esencial del vínculo contractual (un contrato de tres meses desde el __/__/__ al __/__/__; otro de 9 meses y 15 días desde el __/__/__ al __/__/__; además no se nos informa de la modalidad contractual; y otro de un mes de duración, por obra y servicio, desde el __/__/__ al __/__/__, previo al de interinidad)

En cuanto a si la mera permanencia en el trabajo le otorga la condición de indefinido no fijo, de lo manifestado en el punto primero cabe inferirse que dicho reconocimiento debe hacerse, en su caso, **en sede judicial**.

En el presente caso, **la jubilación del trabajador sustituido por IPT a _/_/_ debió extinguir el contrato** "por extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo" de conformidad con el Art. 8 del R. D. 2720/1998. Como dice la jurisprudencia "el contrato subsiste mientras el sustituido conserva el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo (TS 19-7-16, ; TSJ Galicia 8-4-19)", lo que trasladándose al presente caso sería hasta el _/__, vista la información facilitada desde el Ayto.

En el contrato suspendido por IT en el que el trabajador es dado de alta médica por declaración de incapacidad permanente, se ha de mantener el contrato de interinidad hasta que concluya el expediente con la declaración de incapacidad permanente total o absoluta que dé lugar a la extinción del contrato, o hasta que finalice el período legalmente previsto de hasta 2 años de duración, si se hubiera estimado que pudiera ser objeto de revisión por mejoría que permitiera su reincorporación al puesto de trabajo. En este último caso, se ha de prolongar la duración del contrato de interinidad hasta la efectiva reincorporación en caso de que se confirme la mejoría, o hasta la extinción definitiva por mantenimiento de la incapacidad permanente total o absoluta (TS 5-5-05, ; 31-1-08,).

Si bien añade el apartado 2 de dicho Art.8 del R. D. 2720/1998 que "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"

Esa prueba en contrario podría ser la explicación señalada anteriormente de hasta cuando debió durar el contrato de interinidad , esto es, hasta el _/__.

No obstante lo anterior, **el hecho de mantener al trabajador sustituto en su puesto de trabajo (como se ha hecho hasta ahora), supondría seguir incumpliendo los mandatos legales señalados en el punto anterior, y por tanto, el mantenimiento de la situación de irregularidad. Por ello el Ayto debería plantearse extinguir la relación laboral (precisamente para no seguir con ese incumplimiento), extinción que podría ser declarada improcedente en sede judicial con opción para el Ayuntamiento de readmitirlo(con el abono de los salarios de tramitación des dela fecha del despido hasta la notificación**

de la sentencia) o la indemnización de 33 días/año servicio, máx 24 mensualidades.

2º.-HABIENDO ACCEDIDO A LA PLAZA POR UN PROCESO SELECTIVO PARA CUBRIR UN PERIODO DE BAJA, Y HABIENDO CAUSADO EN LA EMPRESA BAJA DEFINITIVA EL TITULAR DE LA MISMA ¿SE PUEDE ENTENDER QUE EL PUESTO DE LABORAL FIJO ESTÁ VACANTE Y POR TANTO, EL TRABAJADOR SUSTITUTO SOLO PERMANECERÁ EN LA MISMA EN TANTO SE PROVEA SU COBERTURA MEDIANTE EL CORRESPONDIENTE PROCESO SELECTIVO? ¿O ESTAMOS EN EL CASO DE QUE LA PLAZA SE ENCUENTRE VACANTE POR LO YA MENCIONADO Y QUE ESTE TRABAJADOR CON CONTRATO DE INTERINIDAD A FECHA ACTUAL OCUPA UN PLAZA INDEFINIDA NO FIJA POR CONCATENACIÓN O FRAUDE DE LEY?

No se debe aplicar el juego de la tasa de reposición de la LPGE para 2022, de conformidad con el Art. 20.uno, quedando excluidas *“Las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial.* Por ello la plaza está vacante y aunque el puesto está ocupado por personal temporal, puede y debe ser objeto de cobertura mediante el correspondiente procedimiento de selección. Por tanto, no computando la vacante en la tasa de reposición, en el caso de que el trabajador obtuviera la condición de indefinido por sentencia, no sería obstáculo para ofertar la plaza (OEP), convocar y publicar las bases, y desarrollar el procedimiento de selección hasta su finalización,.

3º.- HABIENDO SOLICITADO EL RECONOCIMIENTO DE TRIENIOS PARA EL DERECHO AL COBRO DE LOS MISMOS ¿ES NECESARIO QUE PREVIAMENTE TENGA RECONOCIDA POR EL ÓRGANO JUDICIAL LA CONDICIÓN DE INDEFINIDO NO FIJO, EN SU CASO? (ESTE AYTO NO CUENTA CON CONVENIO COLECTIVO QUE REGULE ESTE ASPECTO, PERO SE VIENE RECONOCIENDO A TODOS LOS EMPLEADOS PÚBLICOS, FUNCIONARIOS O LABORALES.)

No es necesario llegar a la sede judicial para el reconocimiento de trienios, pudiéndolos abonar el Ayto, ya que los demás laborales los cobran. Téngase en cuenta que el Art. 15.6 ET establece que *“Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.*

Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, esta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación."

4.- EL RECONOCIMIENTO DE TRIENIOS ¿ES COMPETENCIA DEL ALCALDE O TIENE QUE SER POR ACUERDO PLENARIO ?

Ya que el trienio es una asignación y un derecho, entendemos que es el Alcalde por el Art. 21.1h) y s) de Ley 7/85 (dando cuenta al Pleno) que tiene como atribución:

h)"Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre"

s) Las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales

El reconocimiento de trienios tendría que constar en el convenio colectivo o el contrato individual de trabajo

5.- ¿QUÉ FECHA DEBEMOS CONSIGNAR EN SU CASO, A EFECTOS DE ANTIGÜEDAD?

La del primer contrato , pese a las interrupciones, teniendo en cuenta los periodos trabajados y los no trabajados.

6.-¿QUÉ FECHA HA DE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN PARA EL ABONO DE TRIENIOS: LA DEL RECONOCIMIENTO, LA DE LA SOLICITUD DEL INTERESADO, LA DEL MOMENTO EN QUE CUMPLE LOS TRES AÑOS?

Cada vez el el trabajador cumpla un trienio hay que abonárselo de oficio. Para los trienios cumplidos y no abonados, cabe preguntarse sobre la posibilidad de **abono con carácter retroactivo** o en cambio, desde su reconocimiento. En la **STSJ Madrid de 26.02.2016** se recoge que:

"una solicitud de reconocimiento de trienios(...) no tiene efectos constitutivos, sino meramente declarativos, porque su presupuesto, la prestación del servicio ya había

tenido lugar, y sólo es necesario que se reconozcan los servicios ya prestados para llevar a cabo el cómputo de trienios.

El reconocimiento conlleva el cómputo de trienios y el efecto económico inherente al mismo, esto es, la percepción del importe establecido en cada caso, pero el hecho de que el procedimiento para obtener el reconocimiento de servicios previos deba iniciarse a solicitud del interesado, no significa que la fecha de la solicitud sea la determinante de los efectos económicos. En definitiva, los trámites de petición y reconocimiento tienen relevancia en cuanto a la declaración del derecho, pero no constituyen o crean el mismo, debiendo en este momento recordar en este sentido la distinción doctrinal de los actos administrativos entre los constitutivos, que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas subjetivas, y los declarativos, que sirven para acreditar y declarar una situación jurídica. Así, el acto de reconocimiento de los servicios previos ha de enmarcarse en los segundos.” “La Sección estima (...) que el hecho de que tales derechos individuales de naturaleza económica no sean computados de oficio por las distintas administraciones no implica que aquellos no nazcan desde «...la fecha de cumplimiento de trienio que se reconoce» o de «perfeccionamiento del trienio (...).».

Si bien para los funcionarios interinos el EBEP les reconoce los trienios antes de su entrada en vigor, pero con efectos retributivos desde la entrada en vigor (mayo 2007), no obstante la **STS de 07.04.2011** (entre otras) saca a colación el abono con carácter retroactivo de los trienios a funcionario interino, con fundamento en la STJUE de 22.12.2010, teniendo como base a su vez la Directiva 1999/70 y como límite la prescripción del ordenamiento jurídico. Esta prescripción, en principio cabría subsumirla en el plazo de 4 años a la que alude el Art. 25 Ley 43/2007 General Presupuestaria (“salvo leyes especiales).

Entendemos que para el caso del personal laboral habría que acudir al plazo de prescripción de un año del Art. 59 ET. (como así lo reconocen por ejemplo la STS Castilla la Mancha (Sala de lo Social) de 19.04.19 ó la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 15.06.2018.).

Por tanto, **el trabajador solicitante tendría derecho al cobro de trienios. La retroactividad en dicho abono llegaría hasta un año desde desde su reconocimiento.**

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 _____, 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, 2022