

ASUNTO: *“Sobre situación de personal laboral en fraude de ley con contratos por obra y servicio prorrogados, tras reforma laboral”.*

0431/22

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

I. ANTECEDENTES

“Se precisa aclaración jurídica sobre la situación del personal laboral temporal que se encuentra en fraude de ley, con contrato de obra y servicios prorrogado y que con motivo de la reforma laboral que operará a finales de marzo, deberían pasar a situación de personal indefinido. ¿Cuál será ahora su situación? ¿A qué contrato se acogerían en las próximas prórrogas?”

LEGISLACIÓN APLICABLE

-Real Decreto Legislativo 2/2015 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

-Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

-Real Decreto Ley 14/2021 de Medidas Urgentes para Reducción de la Temporalidad en el Empleo Público.

-Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público

-Real Decreto Legislativo 5/2015, Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

-Ley 13/2015 de la Función Pública de Extremadura

-Ley 6/2018 LPGE para 2018

-Ley 3/2017 LPGE para 2017

-Real Decreto 2270/1998 por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada

FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO. Sobre el abuso de la contratación temporal en las Administraciones Públicas

Debemos tener en cuenta varios mandatos legales explícitos para las AAPP, los cuales se iniciaron hace años con la Disp. Adic 34 de la LPGE 2017 y con Disp. Adic 43 de la Ley 6/2018 LPGE, continuando 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, dando lugar a la aprobación de la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público).

La motivación o razón de ser en la introducción de estas disposiciones legales radica en el mal uso que se ha venido haciendo en las AAPP de los contratos temporales, incurriendo en fraude de ley; y además las dos últimas lo hacen extensible al uso inadecuado o irregularidades en el nombramiento de funcionarios interinos.

A todo ello hay que unir el nuevo 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 de la que más adelante trataremos. Además materia conexa son los procesos de estabilización de la Ley 20/2021

Tanto la Disp. Adic 34 de la LPGE 2017 y con Disp. Adic 43 de la 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 los 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. 17^a del TREBEP** sobre **Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público** (en la redacción dada por la Ley 20/2021) en la misma línea 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. DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

En cuanto a si deberían pasar los trabajadores a la condición de personal indefinido no fijo, cuál será la situación en la que se encuentren dichos trabajadores y a qué contratos se acogerían las próximas prórrogas, hemos de señalar lo siguiente:

El hecho de estar en fraude ley por celebración de contratos por obra y servicio determinado (así como sus prórrogas, amén de otras posibles causas de fraude), no conlleva el reconocimiento automático del carácter de indefinido no fijo en sede administrativa, sino que se requiere el reconocimiento en sede judicial laboral, por lo que los trabajadores deberían acudir a la misma para ello. Ni siquiera a requerimiento de la Inspección de Trabajo se podría reconocer en vía administrativa.

Los trabajadores se encuentran en una situación irregular creada y permitida por el empleador o empresario.

En cuanto a la modalidad contractual que acogerían las siguientes prórrogas, con la reforma laboral desaparece del ET como contrato temporal el de obra y servicio determinado, aunque para los celebrados antes de la entrada en vigor se establece un periodo transitorio (Disp. Trans. 3ª):"1. Los contratos para obra y servicio determinado basados en lo previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero, celebrados antes del 31 de diciembre de 2021, así como los contratos fijos de obra suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del VI Convenio Estatal de la Construcción, que estén vigentes en la citada fecha, **resultarán aplicables hasta su duración máxima, en los términos recogidos en los citados preceptos.**

Por ello si ha transcurrido el plazo máximo de duración de los contratos (tres años) no se pueden prorrogar, puesto que se estaría incumpliendo los mandatos legales señalados y el mantenimiento de una situación irregular. Esa nueva prórroga, caso de celebrarse (que es un acuerdo entre la entidad local y el trabajador), sería nula de pleno derecho desde el punto de vista del derecho administrativo, a tenor del apartado 3 de la Disp Adic 17ª TREBEP.

Además téngase en cuenta que con efectos 30.03.22 queda derogada las Disp. Adic. Decimoquinta (apartados 1 y 2),

Disposición adicional decimoquinta. Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas.

En lo que interesa, el Apartado 1 señala: *“Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.*

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

TERCERO. CUESTIÓN CONEXA: DE LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN DE LA LEY 20/2021 PARA REDUCIR EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD

A pesar de haber solicitado y no obtenido información y documentación al Ayto sobre los contratos de dichos trabajadores y los periodos en los que hayan estado ocupadas las plazas de naturaleza estructural con el fin de incardinarlas (o no), en el Art. 2, o la Disp. Adic. Sexta, o la Disp. Adic 8ª de dicha ley, el Ayto debiera estudiar si se cumplen los requisitos de los mencionados preceptos para que, en caso afirmativo, poder llevar a cabo los procesos de estabilización.

Recordemos que los citados preceptos recogen los siguiente:

Art. 2 Proceso estabilización mediante concurso oposición:

“se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas

presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

“2. Las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1, así como el nuevo proceso de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022 y serán coordinados por las Administraciones Públicas competentes.

La publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2022.

La resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.

3. La tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales

4. La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.

Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. En el supuesto de que en la normativa específica sectorial o de cada Administración así se hubiera previsto, los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas serán compatibles con los procesos de estabilización.

5. De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en estos procesos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.

6. Corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización. En el caso del personal laboral temporal, dicha

compensación consistirá 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. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso. 7. Con el fin de permitir el seguimiento de la oferta, las Administraciones Públicas deberán certificar al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas estructurales ocupadas de forma temporal existente en cada uno de los ámbitos afectados.

Procesos de estabilización mediante concurso (Disp. Adicional Sexta y Octava)

“Disposición adicional sexta. Convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración.

Las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. Estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma.

Disposición adicional octava. Identificación de las plazas a incluir en las convocatorias de concurso.

Adicionalmente, los procesos de estabilización contenidos en la disposición adicional sexta incluirán en sus convocatorias las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016.

Recientemente hemos tenido acceso al borrador criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público de la Secretaría de Estado de Función Pública que aclara aclara e interpreta algunas cuestiones sobre los procesos de estabilización recogidos en dicha Ley que lo enviamos junto con el informe.

CONCLUSIONES

De conformidad con la normativa señalada en los apartados anteriores se deduce que el carácter de indefinidos (no fijos) se les tiene que reconocer

forzosamente en sede judicial, no pudiendo hacerse directamente por la entidad local.

Si se ha cumplido la duración máxima (3 años) con contratos por obra y servicio, no se pueden prorrogar los mismos, pues se seguiría incumpliendo los mandatos legales señalados, y por tanto, el mantenimiento de la situación de irregularidad. Esa nueva prórroga, caso de celebrarse (que es un acuerdo entre la entidad local y el trabajador), sería nula de pleno derecho desde el punto de vista del derecho administrativo, a tenor del apartado 3 de la Disp. Adic. 17ª TREBEP.

El Ayuntamiento debiera ponderar si se cumplen los requisitos del Art. 2, Disposición Adicional Sexta y Octava de la Ley 20/2021 para que, en caso afirmativo, poder llevar a cabo los procesos de estabilización.

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