



ASUNTO: PERSONAL/DESPIDOS

Despido de trabajador laboral indefinido e indemnización.
293/12

AA

INFORME

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha X.10.12 con registro de entrada en la Oficialía Mayor el X.10.2012 se solicita informe sobre el asunto arriba reseñado.

En fecha posterior y a través de correo electrónico, la Secretaria de dicho Ayuntamiento concreta más el asunto objeto de informe, planteando diversas cuestiones:

“Se trata de un contrato de obra y servicio de fecha x agosto de 1998, el objeto del mismo es la “limpieza de los locales públicos, propiedad del Ayuntamiento Consultorio Médico, Grupos Escolares, Ayuntamiento” y la jornada de 6 horas semanales (Lunes, miércoles y viernes).

En x de 2001 la jornada se amplió a 20 horas semanales, prestadas de x a x.

En x de 2003 la jornada se amplió a 5 horas diarias de lunes a viernes.

Esos datos son lo que obran en el expediente.

Te indico:

1 No se ha hecho reconocimiento expreso del carácter indefinido del contrato



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

2 Por parte del equipo de gobierno lo que se presente es despedirla con la indemnización que corresponda y después contratar anualmente a personas del pueblo (de forma rotatoria) para ocuparse de la limpieza.

3 La contratación se realiza íntegramente con fondos propios del Ayuntamiento.

4 El Ayuntamiento está totalmente saneado y no tiene Plan de Ajuste.

A mí me entran bastantes dudas:

1.-Posibilidad de que un Tribunal, en el caso de que acuda a los Tribunales, declare improcedente el despido y además obligue a que esa plaza se cubra de forma fija.

2.-La posibilidad de realizar nuevas contrataciones por parte del Ayuntamiento.

En caso de que no sea viable el despido, ¿se podría modificar la jornada en virtud de artículo 41 del ET "Modificaciones sustanciales del contrato"; es cierto que tiene 5 horas diarias y le sobra bastante tiempo; en el caso de que ahora no se dieran las circunstancias si cierran el Colegio por falta de niños, cosa que probablemente pase en 1 ó 2 años, se podría aplicar este artículo y reducirle la jornada, al cambiar las circunstancias?

Finalmente, como última opción, no cumple con el horario, por lo que ¿podríamos optar por el despido disciplinario?

LEGISLACION APLICABLE

- ✿ Constitución Española (CE)
- ✿ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).
- ✿ Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (R.D.L. 3/2012)
- ✿ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las AAPP y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92)
- ✿ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (Ley 36/2011 LPL)
- ✿ Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)
- ✿ Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRELIMINAR

Para responder a las cuestiones que se nos plantean, debemos analizar la situación de la relación laboral teniendo en cuenta la información que se nos facilita desde el Ayuntamiento. El análisis referido nos irá aclarando dudas y consecuentemente, dando respuestas al mismo tiempo a las cuestiones que se nos plantean.

PRIMERA

Desde nuestro punto de vista entendemos que no fue adecuada elección en la modalidad contractual (obra y servicio determinado) para la contratación de la limpiadora que desde el año 1998 presta servicios para el Ayuntamiento.

Las características fundamental de este contrato (siguiendo el Art. 15 ET) consisten por un lado en que la obra o servicio determinado tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del Ayuntamiento; por otro, que la duración del contrato, aunque en principio incierta, sea temporal o de duración determinada en el tiempo. Así lo ha entendido la jurisprudencia en numerables ocasiones (ejemplo STS 30.10.07).

En el presente caso, aunque pudiera tener el servicio autonomía y sustantividad propia, en cambio no tiene una duración determinada sino ilimitada, pues siempre va a existir por parte del Ayto una necesidad de limpiar los edificios municipales. Es más, el mismo contrato inicial del año 98 refiere en su cláusula 6ª que la duración del contrato "se extenderá desde el 4 de agosto hasta la terminación de los servicios".

De esta manera no se cumplen los requisitos mencionados y existe fraude de ley. Así lo recoge el Art. 15.3 ET: "Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley"

SEGUNDA.-

Por otro lado entre la documentación que nos ha sido enviada, figura un contrato inicial del año 98 y escritos poniendo en conocimiento del INEM, de la trabajador y de su abogada, sucesivas modificaciones de dicho contrato (de 1999, 2001 y 2003) consistentes en el incremento del nº de horas de prestación del trabajo.



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

A ello cabe señalar que el propio Art. 15.1 a) establece en relación a los contratos por obra y servicio determinados que: *“Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”*. Y eso es lo que ha ocurrido; existe un sólo contrato que data de 4 de agosto de 1997 y sucesivas modificaciones del mismo (no prórrogas) por lo que el trabajador sería fijo, fijeza que se debe matizar con la condición de la Disposición Adicional Décimo quinta:

1. 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 de esta Ley 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 empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo

Por tanto, este fraude de ley consistente en haber superado el tiempo máximo permitido con el mencionado contrato, tiene como consecuencia la descrita, matizada con la Disp. Adic. 15ª reflejada.

TERCERA

Hasta ahora hemos visto las consecuencias negativas tanto en la elección del contrato por obra y servicio determinado, como en el tiempo transcurrido con el mismo contrato desde su celebración.

Aunque como se nos informe desde que el Ayto que **“no se ha hecho reconocimiento expreso del carácter indefinido del contrato”**, lo tendría dicha trabajador en sede judicial (con preceptiva presentación de la correspondiente reclamación previa ante el Ayto)

Además ante la pretensión por parte del equipo de gobierno de **“despedirla con la indemnización que corresponda y después contratar anualmente a personas del**



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

pueblo (de forma rotatoria) para ocuparse de la limpieza”....., debemos señalar lo siguiente:

1º Lo que se pretende por parte del Ayto, conlleva que el despido se declare improcedente en sede judicial (para el caso que la trabajadora presente demanda ante el orden judicial social, con la preceptiva reclamación previa); el hecho de despedirla y que se vuelva a contratar a otra personas para hacer la misma función sería otro fraude de ley, pues la obra o servicio no ha terminado. Pero es más, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, mantiene las restricciones (prohibición) a la contratación de personal laboral temporal y al nombramiento de funcionarios interinos, atribuyéndoles un carácter rigurosamente excepcional y vinculándolas a necesidades urgentes e inaplazables, recogiendo la limitación en su art. 23.2 en idénticos términos que venía establecido en el artículo.3.2 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. De lo anterior sería muy difícil de justificar motivadamente, si se despide (despido que sería improcedente) a una limpiadora para contratar a otra u otras.

2º Por tanto, al no ser el despido procedente, sino improcedente la indemnización pasaría a ser de 9 días de salario por año de servicio (en el primer caso-Disp. Trans. Decimotercera ET-) a la siguiente teniendo en cuenta la Disp. Transitoria quinta del R.D.Ley 3/2012:

2. 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.”; habría que tener en cuenta el prorrateo al ser la prestación de servicios a jornada parcial.

Por tanto ante la cuestión que se nos plantea: **“Posibilidad de que un Tribunal, en el caso de que acuda a los Tribunales, declare improcedente el despido”**, ya queda contestada. De lo anterior, desaconsejamos lo que pretende el Ayto

CUARTA



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

En relación a la 2ª parte de la cuestión: ***.-Posibilidad de que un Tribunal, en el caso de que acuda a los Tribunales..... obligue a que esa plaza se cubra de forma fija,*** hemos de manifestar lo siguiente:

1º Como hemos señalado antes, el transcurso del plazo transcurrido con un mismo contrato (de conformidad con el Art. 15.1a) ET), la trabajador tendría la condición de fija en la empresa. Esa "fijeza" no es de por vida. Por ello la siguiente consecuencia sería la aplicación de la Disp. Adicional Decimoquinta del ET más arriba descrita.

Por tanto "esa obligación" de celebración de un proceso selectivo, no es sino para la salvaguarda de esos principios constitucionales de acceso al empleo público de ahí que haya que matizar ese carácter de fijeza, adquirido por la trabajador de esa forma.

2ª Toda cuestión relacionada con un proceso selectivo en una Administración Pública entra dentro del derecho administrativo; por ello cualquier pretensión en sede judicial es competencia del orden contencioso-administrativo.

3º Es la Administración la que decide cuando empezar ese proceso selectivo; decisión discrecional, no arbitraria. Por tanto entra dentro de las potestades de autoorganización y planificación de RRHH que se recogen respectivamente en los Artículos 4 LBRL y 69 EBEP.

El propio Art. 70 del EBEP al hablar de OEP (instrumento a través de cual se debe iniciar el proceso selectivo) establece que la ejecución de la misma deberá desarrollarse dentro de plazo improrrogable de 3 años. Pero las OEP están prohibidas para el año 2012 por el Art. 23 de la Ley 2/2012 LPGE. (Y presumiblemente para los sucesivos).

El Ayto tiene la potestad discrecional suficiente para decidir si mantener ese contrato indefinido o bien activar el proceso selectivo con la intención de transformar la plaza con el carácter de fijeza.

También teniendo como fundamento las potestades de autoorganización y planificación de RRHH, el Ayto puede amortizar dicho puesto de trabajo, con las indemnizaciones procedentes, bajo el argumento jurídico (que necesita acreditación y demostración) del despido objetivo, basado en causas técnicas, organizativas o económicas, tal como se definen en la Disp. Adic. 20ª ET. Pero insistimos y como decíamos más arriba, si es intención del Consistorio seguidamente volver a contratar limpiadoras, existiría fraude de ley y el despido sería declarado improcedente.

QUINTA.



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

Sobre la cuestión: ***En caso de que no sea viable el despido, ¿se podría modificar la jornada en virtud de artículo 41 del ET “Modificaciones sustanciales del contrato”; es cierto que tiene 5 horas diarias y le sobra bastante tiempo; en el caso de que ahora no se dieran las circunstancias si cierran el Colegio por falta de niños, cosa que probablemente pase en 1 ó 2 años, se podría aplicar este artículo y reducirle la jornada, al cambiar las circunstancias?***

Efectivamente dicho artículo permite la reducción de jornada definitiva para diferenciarla de la temporal (Art. 47), prohibida para las AAPP por la Disp. Adicional 21ª.

Para llevar a cabo la reducción de jornada a través del Art. 41 **se requiere:**

- a) **probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción**, con acreditación y demostración al trabajador y en su caso a la sede judicial laboral.
- b) deberá ser notificada por el Ayto al trabajador afectado y a sus representantes Legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad (artículo 41.3).

El Artículo 41 al mencionar dichas probadas razones establece: “*Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.*”

Con el cierre del colegio se podría justificar la causa organizativa que siguiendo la Disp. Adic. 20ª ET para el despido por causas objetivas “*Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público*”.

Señalar que para hacer posible la modificación es necesario proceder a la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento.

En cuanto a los **efectos de la adopción de la reducción de jornada** (también Art. 41.3)

-Si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

-Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Por último del Art. 50 reincide sobre lo anterior estableciendo que:

Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

a. *Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el [artículo 41 de esta Ley](#) y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.*

En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente

SEXTO

Finalmente y en cuanto **al despido disciplinario basado en incumplimiento del horario**, tenemos que hacer las siguientes objeciones:

-El régimen disciplinario del personal laboral se rige por el Título VII del EBEP y por la legislación laboral (entiéndase ET y Convenio Colectivo).

-Salvo para las faltas leves, se requiere un procedimiento exhaustivo-fase instructora y fase sancionadora, con cumplimiento de los principios que establece el propio EBEP.

-El EBEP-Art. 95- tipifica sólo las faltas muy graves no comprendiéndose la que se nos describe. En cambio tipifica otras como: *“el abandono del servicio así como no hacerse cargo de las tareas o funciones que tiene encomendadas”*; *“El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas”*; *“la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico”*.

-Asimismo el mismo EBEP-Art. 96- contempla únicamente el despido disciplinario por la comisión de faltas muy graves, no para las graves y leves.

-Establece también el EBEP-Art. 95.3- que las faltas leves serán las establecidas por los convenios colectivos en caso del personal laboral atendiendo a una serie de circunstancias. Y que las Leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP determinarán el régimen aplicable a las faltas leves. Por tanto habría que ver el régimen disciplinario contemplado en el propio Convenio Colectivo del personal



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

laboral del Ayto y, caso de no existir, el Sectorial correspondiente (limpieza de oficinas, de edificios, etc), de conformidad con la STS de 07.10.2004.

-El propio Art. 54 ET contempla, entre otros, como incumplimiento contractual que puede derivar en la extinción del contrato las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, pero no el incumplimiento del horario; todo ello con la forma y los efectos del despido disciplinario que se recogen en el Art. 55.

-Por tanto esa presunta falta de incumplimiento del horario no estaría tipificada como muy grave para poder despedir a la trabajador. A modo de ejemplo para los funcionarios locales se tipifica como falta grave: *“El incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de 10 horas al mes”*. Y como leve *“el incumplimiento de la jornada de trabajo sin causa justificada”* o *las faltas repetidas de puntualidad dentro del mismo mes sin causa justificada*.

-El propio Art. 96.2 EBEP establece que *“procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”*.

Con todo lo anterior queremos significar que no vemos “argumentos suficientes” para despedir a dicho trabajador.

Badajoz, noviembre de 2012