



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de..., en escrito de 5 de octubre de 2011 y registro de entrada en la Diputación el día 7, ha solicitado al Departamento de Asistencia a Municipios un informe jurídico sobre las consecuencias legales del despido de una trabajadora contratada temporalmente y la posibilidad de negociar con ella extrajudicialmente el importe de la indemnización.

ANTECEDENTES

1.-En 2007 el Ayuntamiento suscribió un contrato a tiempo parcial con la trabajadora, que se encadenó en 2008 con otro a tiempo completo, vigente hasta su despido el 12 de julio de 2011. En ambos contratos –temporales para obra o servicio determinado- se reconocía a la empleada pública la categoría de gobernanta: el primero para la organización y puesta en marcha de la vivienda de mayores y el segundo para la coordinación del funcionamiento de la vivienda tutelada.

2.- En el escrito dirigido a este Departamento el Sr. Alcalde fundamentó el despido en causas objetivas y/o económicas; sin embargo, comunicó a la trabajadora que la causa era la finalización del contrato temporal suscrito el 1-2-2008.

3.-El 25 de julio de 2011 la empleada pública presentó una Reclamación Previa al ejercicio de acciones laborales oponiéndose al despido: manifestaba ser fija, porque sus contratos se celebraron en fraude de ley, pues en ellos no se había especificado el objeto de la contratación, ni la temporalidad, ni cumplían tampoco los requisitos exigidos en el convenio colectivo. Por esos motivos pedía ser readmitida en su puesto o, subsidiariamente, una indemnización de 45 días por año trabajado más los salarios de tramitación.

La información jurídica que solicita Sr. Alcalde se concreta en determinar la:

- a) Posible infracción de la normativa laboral que pueda suponer que el contrato deba considerarse fijo o indefinido, con lo que correspondería una indemnización de 45 días de de salario por año de trabajo más salarios de tramitación, en caso de perder el procedimiento.*
- b) Posibilidad legal o no de que el Ayuntamiento pueda llegar a un acuerdo extrajudicial con la trabajadora, y cuyo acuerdo extrajudicial se concretaría*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



con una indemnización de 30 días por año trabajado, lo que supone un importante ahorro para el Ayuntamiento”.

A la solicitud se adjunta copia de la siguiente

DOCUMENTACIÓN

1.-Contrato de trabajo de 19-06-2007, por obra y servicio determinado a tiempo parcial (modelo 501), para el servicio de organización y puesta en marcha de la vivienda de mayores.

2.-Contrato de trabajo de 1-2-2008 (enlazado con el anterior), por obra o servicio determinado a tiempo completo (modelo 401), para coordinar el funcionamiento de la vivienda tutelada.

3.-Notificación a la empleada del cese de la relación laboral con efectos del 12 de julio de 2011, por finalización del contrato temporal suscrito el 1-2-2008.

4.-Reclamación Previa de la trabajadora al Ayuntamiento, de 25-7-2011, en los términos reseñados en el punto 3 del epígrafe anterior.

5.- Demanda, contra el Ayuntamiento y contra el FOGASA, dirigida al Juzgado de lo Social nº..., redactada en términos similares a la Reclamación Previa: la trabajadora pide al tribunal que declare el despido nulo o subsidiariamente improcedente y condene al Ayuntamiento a readmitirla, abonándole los salarios de tramitación o, en su caso, al pago de la máxima indemnización legal y salarios de tramitación.

LEGISLACION APLICABLE

RDL 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL)

Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)

RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)

RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



RDLeg. 2/19995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (vigente hasta 11-12-2011) LPL

INFORME

Primero.- Consideración previa:

1.-En su escrito de solicitud de informe, el Sr. Alcalde señala que el motivo del despido de la trabajadora ha sido "la reestructuración y/o supresión de puestos de trabajo que se han considerado no imprescindibles en el marco de las medidas de ahorro puestas en marcha por la Corporación"-, añadiendo que la vivienda tutelada continúa funcionando, aun cuando nadie desempeñe el puesto de gobernanta; es decir, argumenta el despido por las causas objetivas –económicas y organizativas- del art. 52 c) ET, con amortización del puesto de trabajo. De haber mantenido este criterio y haberlo fundamentado adecuadamente en la notificación efectuada a la trabajadora como causa de extinción del contrato (en vez de haber alegado fin de contrato temporal) la indemnización hubiera podido ser de 20 días por año trabajado, por ser la establecida en la norma. (art. 51.8 ET).

2.-No obstante, como el Ayuntamiento adujo como causa de despido la finalización del contrato laboral y la Reclamación Previa fue desestimada por silencio administrativo, al no haberse respondido a la misma en el plazo de un mes, el Ayuntamiento –según lo dispuesto en el art. 72 ¹LPL- no puede ahora oponerse a lo reclamado variando sobre la marcha los motivos del despido.

En consecuencia, en el informe se va a incidir solamente en el despido por finalización del contrato temporal y, tras hacer una referencia a la legislación aplicable a la contratación laboral de los empleados públicos y a la conversión en indefinidos de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, se pasará a dar respuesta a las dos preguntas concretas formuladas por el Sr. Alcalde.

¹ **LPL, Art. 72.**

1.-En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los formulados en la reclamación previa y en la contestación a la misma.

2. La parte demandada que no hubiera contestado a la reclamación previa no podrá fundar su oposición en hechos distintos a los aducidos en el expediente administrativo, si lo hubiere, salvo que los mismos se hubieran producido con posterioridad.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Segundo.- Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, el art. 177.2 TRRL señala que el régimen jurídico aplicable al personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales será en su integridad el establecido en las normas de Derecho Laboral, o sea, el contenido en el Estatuto de los Trabajadores, cuyo art. 3.1, establece que las fuentes de la relación laboral son: a) las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; b) los convenios colectivos; c) la voluntad de las partes manifestadas en el contrato de trabajo, sin que puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos y d) los usos y costumbres locales y profesionales.

Por su parte, el art. 7 EBEP dispone que el personal laboral de las Administraciones Públicas, además de por la legislación laboral y las demás normas convencionalmente aplicables, se rige por los preceptos del propio Estatuto que así lo dispongan. A este respecto hay que señalar (STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2010), que el EBEP no ha dado respuesta alguna a la situación de quienes –como en este caso– hayan podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación por parte de los empleadores públicos. Por eso se va a invocar en este informe la normativa laboral y no la administrativa.

Desde un punto de vista jurisprudencial, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, reiterada posteriormente por otras muchas (SSTS de 28 de abril; de 22 de septiembre; de 5 y 3 de octubre de 1998, entre otras) la doctrina sostiene que las irregularidades en los contratos temporales de la Administración, cuando a los puestos no se haya accedido de acuerdo a los principios constitucionalmente establecidos, no pueden otorgar fijeza en la relación laboral, ya que con ello se vulnerarían, entre otras, las reglas imperativas sobre selección en función de los principios de igualdad, mérito y capacidad. En estos casos la situación deviene en interinidad indefinida no fija.

Tercero.- Hechas las anteriores consideraciones, se da respuesta al Sr. Alcalde sobre la posibilidad de que el Magistrado de lo Social estime la demanda de la trabajadora, considere su contratación como indefinida no fija por las razones alegadas



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



en la Reclamación Previa, y declare su despido improcedente con la subsiguiente obligación del Ayuntamiento (si no la readmite) a indemnizarla con 45 días de salario por año trabajado y salarios de tramitación.

La contratación efectuada en fraude de ley -al no especificarse el objeto y carecer del requisito de temporalidad-, alegada por la empleada pública en la Reclamación Previa y reiterada en la demanda judicial oponiéndose al despido por las causas que le fueron notificadas, es una irregularidad que aqueja al sistema de contratación laboral temporal cuando se utiliza con la finalidad de defraudar la estabilidad en el empleo propia del contrato laboral indefinido. Se insiste en que un contrato temporal fraudulento puede convertir a la trabajadora en indefinida no fija, estatus similar al de indefinida (o interina) hasta que se produzca la cobertura legal o amortización de la vacante. Y aunque el Ayuntamiento desestimó por silencio administrativo la Reclamación Previa interpuesta por la trabajadora el 25 de julio de 2011, la informante detecta razones jurídicas suficientes por las que el Magistrado de lo Social bien pudiera estimar la demanda que, tras el análisis del precepto que regula la contratación temporal y su interpretación doctrinal, se van a concretar en el epígrafe siguiente.

El contrato por obra o servicio determinado es una de las modalidades de contratación temporal recogidas en el art. 15 ET² que tiene como objeto la realización de una obra o la prestación de un servicio con autonomía o sustantividad propias dentro

² E. T. **ET Artículo 15 .Duración del contrato.**

1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.

Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

(*)a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. 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.

(...)

3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

(...)

(...)



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; por tanto, de no presentar autonomía y sustantividad propias, generará la nulidad de la cláusula de temporalidad y, por ende, la conversión del contrato en indefinido.

Quiere esto decir que la obra o servicio ha de tener un perfil concreto, objetivo y preciso, independiente de la voluntad de las partes, pues de no quedar así especificado en el texto la duración del servicio que se contrata quedaría en manos de uno de los contratantes.

La obra o servicio ha de responder a una actividad singular, separada y distinta de la ordinaria y normal de la empresa, y debe tratarse además de una actividad intrínsecamente temporal, es decir, que su desarrollo ha de ser limitado en el tiempo, pues de lo contrario estaríamos ante otra actividad ordinaria paralela a la habitual de la empresa y no sería válida esta fórmula contractual.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, la STS de 6-3-2009 recoge el criterio de la Sala de lo Social según el cual, la validez del contrato temporal exige, además de una causa legitimadora, que queden plasmados en él con claridad los datos que justifican la temporalidad y la identificación precisa del servicio, pues de lo contrario el contrato se considera indefinido:

"Hemos venido proclamando con reiteración –resume la Sala– que la contratación temporal en nuestro sistema es causal, es decir, si la temporalidad no trae su origen de alguna de las modales contractuales prevista en el art. 15 ET, la relación es indefinida. Para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida, pues así se deduce del art. 15.3 ET. Por esa razón el art. 2 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre exigen que en el texto de los contratos escritos se expresen, con claridad y precisión, todos los datos aplicables que justifican la temporalidad, es decir, deben quedar suficientemente identificados la obra o el servicio(...), y si bien la omisión de tales datos no es motivo de nulidad del contrato, la presunción de indefinida de la relación opera con todas sus consecuencias, si no queda desvirtuada con la prueba que en contrario se practique".



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Cuarto.- Pues bien, a la vista de la interpretación normativa y doctrinal reseñada, y teniendo en cuenta que la actividad objeto del contrato es la realización del servicio de “coordinación funcionamiento vivienda tutelada”, la demanda podría tener, como antes se apuntaba, serias posibilidades de prosperar. De ser así, la trabajadora sería considerada como interina no fija, por haber sido contratada temporalmente de modo fraudulento, en cuyo caso se estaría ante un despido improcedente, con la indemnización prevista en el art. 56 ET (45 días de salario por año trabajado más salarios de tramitación). Los motivos jurídicos podrían ser, al menos, los siguientes:

1.-La prestación del servicio de vivienda tutelada carece, a juicio de la informante, de la autonomía y sustantividad propia dentro de la entidad local contratante que pudiera ser causa de su contratación temporal; por el contrario, coordinar el funcionamiento, es decir ordenar y poner en común los esfuerzos precisos para que la vivienda tutelada cumpla el objetivo que motivó su puesta en marcha, forma parte de las tareas ínsitas en el funcionamiento de este servicio, por lo que la primitiva relación laboral bien podría tener la consideración de indefinida.

2.- La autonomía y sustantividad deben permitir la individualización de las tareas dentro de la actividad habitual y que éstas tengan límites temporales, aunque no pueda precisarse la fecha exacta de su terminación. Sin embargo, coordinar el funcionamiento ordinario de la vivienda tutelada es una tarea incardinada en la actividad habitual de la prestación del servicio de la propia vivienda y, por tanto, vinculada a su duración.

3.- No hay evidencia tampoco de que el servicio que constituía el objeto del contrato haya concluido, por lo que la necesidad de coordinar el funcionamiento de la vivienda tutelada permanece. El que ya nadie ejerza nominalmente el puesto de gobernanta no significa que el servicio de coordinación haya finalizado. La conclusión del servicio en función de su propio objeto y finalidad solo sería factible cuando efectiva y realmente se hubiera cancelado el servicio que justificó la formalización del contrato, circunstancias que no concurren en este caso, pues al continuar la vivienda de mayores funcionando pervive la necesidad de coordinar su funcionamiento ordinario.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



4.- Por último, al ser una tarea de carácter permanente, constante y no limitada en el tiempo, no cumple el requisito de la temporalidad (STS 18-10-1993). La temporalidad puede predicarse del servicio objeto del contrato, como algo connatural al mismo, cuando tal servicio se consume y concluye con su realización. Ello no se produce en un servicio de tracto continuado como el de coordinación de una vivienda tutelada.

Quinto.- Finalmente, el Sr. Alcalde solicita información sobre la posibilidad legal de un acuerdo extrajudicial entre el Ayuntamiento y la trabajadora, en virtud del cual, en vez de la indemnización de 45 días por año trabajado más salarios de tramitación que pudiera corresponderle de estimar el Magistrado la demanda de la trabajadora, se pactara una indemnización de 30 días por año trabajado, ahorro que aliviaría las dificultades económicas municipales. Dado que el Ayuntamiento desestimó por silencio la Reclamación Previa en el momento procesal oportuno, se entiende que este pacto tendría lugar antes de la celebración del juicio oral.

Hay que poner de manifiesto al respecto que el Estatuto de los Trabajadores, en los arts. 3 y 4³, refiriéndose a los derechos de los trabajadores dispone que se regulan,

³ **ET Artículo 3. Fuentes de la relación laboral.**

1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

(...).

2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar.

3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

(...).

5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

Artículo 4. Derechos laborales.

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

(...)

f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.

g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



además de por las leyes y convenios, por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, sin que pueden establecerse condiciones menos favorables para el trabajador o contrarias a las disposiciones legales (art. 3 c) y que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario (art. 3.5) siendo uno sus derechos laborales el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 4.2.g).

La informante no atisba las razones por las que una empleada pública esté dispuesta a renunciar a un derecho económico que pudiera corresponderle, cuando su demanda tiene tantos visos de prosperar (aunque también pudiera no hacerlo, dado que es imposible predecir el fallo de una sentencia). El Ayuntamiento, sin embargo, tiene problemas económicos y opta por no arriesgarse: un pacto de 30 días de salarios le supone un ahorro en el caso –muy probable, a juicio de la informante- de perder el procedimiento. No obstante, se está ante un pacto desigual que puede ser considerado ilegal porque, como se acaba de reseñar, supone para la trabajadora una condición menos favorable, contraria a la disposición legal, que fija en 45 días de salario por año trabajado más salarios de tramitación la indemnización de la trabajadora en el más que probable caso de ganar el procedimiento. Puede ser que la trabajadora lo acepte, por las razones que estime conveniente, pero al poder ser calificado como de pacto ilegal, si decidiera cambiar de opinión y no respetarlo, siempre podría demandar al Ayuntamiento por ese motivo en un momento posterior.

Finalmente añadir que, de acuerdo con lo establecido en el art. 84 ET, antes del juicio oral propiamente dicho, el órgano judicial constituido en audiencia pública, intentará la conciliación. Las partes pueden decir entonces que la ha habido y si el Magistrado estima que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, no aprobará el acuerdo.

h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Pero con frecuencia el Magistrado no hace indagaciones sobre el contenido del pacto.

Es cuanto me corresponde informar, advirtiéndole que la opinión jurídica recogida en el presente informe se somete a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho, y no sule en modo alguno a otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 26 de octubre de 2011