



INFORME

ASUNTO: SOLICITUD DE INFORME DEL AYUNTAMIENTO DE _____, SOBRE LA PROCEDENCIA DE LIQUIDAR VACACIONES NO DISFRUTADAS A CONCEJALES, TRAS FINALIZAR SU MANDATO.

I.- ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha _____ de 2016, tuvo entrada en el Registro General de la CARM escrito del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de _____, solicitando a este Centro Directivo la emisión de informe jurídico que manifieste su postura respecto a si la relación existente entre los concejales con dedicación exclusiva y el Ayuntamiento tiene carácter de laboral, equiparándose a cualquier trabajador, pudiendo por ello disfrutar de sus vacaciones y, en caso de no poder hacerlas efectivas, proceder a compensarlas económicamente.

Segundo.- _____

II.- LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).
- Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales.
- 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).
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).
- Reglamento Orgánico Municipal aprobado por el Ayuntamiento de _____
- Decreto 53/2001, de 15 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia.
- Decreto nº. 104/2015, de 10 de julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Presidencia (modificado por Decreto 21/2015, de 6 de agosto).



III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA: COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN LOCAL PARA LA EMISIÓN DEL PRESENTE INFORME.

En virtud de lo establecido por el artículo 40. 3.e) del Decreto Regional 53/2001, de 15 de junio, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 5 del Decreto 104/2015, de 10 de julio, corresponde a la Dirección General de Administración Local, “el asesoramiento a las Entidades Locales sobre normativa vigente de Régimen Local, administración y gestión de las finanzas municipales, fiscalidad local, contabilidad (...)”.

SEGUNDA: RÉGIMEN ECONÓMICO DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 75 de la LRBRL y 13 del ROF, los miembros de las Corporaciones Locales tendrán derecho a percibir, con cargo al Presupuesto de la entidad local, las retribuciones e indemnizaciones que le correspondan, en los términos de tales preceptos.

De esta manera, el régimen económico de los miembros de las Corporaciones Locales se podría entender configurado por la percepción, de:

a) Retribuciones derivadas del desempeño del cargo con dedicación exclusiva total o parcial.

En el caso de que los miembros de las Corporaciones Locales desempeñen sus cargos con *dedicación exclusiva*, percibirán retribuciones, debiendo ser dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que correspondan. Dicha percepción resulta incompatible con otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los entes y organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades. Todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 75.1 de la LRBRL y artículo 13.1 y 2 del ROF).

Por otra parte, los miembros de las Corporaciones Locales que desempeñen sus cargos con *dedicación parcial* por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 74. Dichas retribuciones no podrán superar (artículo 75.2 de la LRBRL) los límites que se fijen, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.



Ahora bien, debe tenerse en consideración que los miembros de las Corporaciones locales que sean personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del presente artículo.

Dicho régimen de dedicación debe ser acordado por el Pleno de la Corporación, indicando de forma general el tiempo de dedicación y las retribuciones aparejadas, debiendo el interesado aceptar el mismo de forma expresa. Circunstancia ésta que será comunicada al Pleno en la siguiente sesión ordinaria (artículo 13.4 del ROF).

En el caso de que la dedicación sea parcial, el mencionado acuerdo de Pleno ha de contener, junto a las retribuciones asignadas, la dedicación mínima necesaria para la percepción de las mismas (artículo 75.2 de la LRBRL).

El reconocimiento de la dedicación exclusiva a un miembro de la Corporación exigirá la dedicación preferente del mismo a las tareas propias de su cargo, sin perjuicio de otras ocupaciones marginales que, en cualquier caso, no podrán causar detrimento a su dedicación a la Corporación, y, si tales ocupaciones son remuneradas, se requerirá una declaración formal de compatibilidad por parte del Pleno de la entidad local (artículo 13.3 del ROF).

Dicho régimen retributivo queda completado con lo dispuesto en los artículos 75.bis y 75.ter de la LRBRL, limitando éste último el número de cargos públicos de Entidades Locales con dedicación exclusiva.

b) Indemnizaciones por gastos ocasionados en el ejercicio de sus cargos.

Al albor del artículo 75.4 de la LRBRL, todos los miembros de la Corporaciones Locales, con independencia de si desempeñan su cargo con o sin dedicación exclusiva, tendrán derecho a percibir indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que, en desarrollo de las mismas, apruebe el Pleno de la Corporación.

Como puntualiza el artículo 13.5 del ROF, dichas indemnizaciones serán en concepto de gastos ocasionados por el ejercicio del cargo cuando sean efectivos, y previa justificación documental.

Corresponde al Pleno, a través del correspondiente Reglamento Orgánico Municipal, la determinación del régimen de indemnizaciones por los gastos efectivamente realizados en el ejercicio del cargo, entendiéndose quien suscribe el presente informe que, en defecto de pronunciamiento expreso por el Pleno, puede ser de aplicación lo dispuesto en el RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, en cuanto a su cuantía, régimen de devengo y justificación financiera, al igual que se aplica al personal



de las Corporaciones Locales en virtud del artículo 2 del mencionado Real Decreto, por remisión del artículo 75.4 de la LRBRL.

c) Indemnizaciones (asistencias) por concurrencia a órganos colegiados.

Asimismo, el Pleno de la Corporación es competente para determinar si sus miembros percibirán ciertas cantidades, denominadas “asistencias”, por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte.

La finalidad de dicha cantidad o indemnización es compensar el trabajo que supone a sus miembros asistir a dichos órganos, correspondiente a la preparación de sesiones y a la asistencia a ellas, y no por un trabajo efectivo en su área de competencia, u otros gastos derivados del ejercicio de su cargo.

Así, la jurisprudencia considera que las asistencias son indemnizaciones por el lucro cesante, es decir, por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, entendiéndose, por la “pérdida o dedicación de un tiempo a una actividad”, cuando se podría haber estado dedicando a otra (STS 12/07/2006).

Como características de las indemnizaciones por asistencia a órganos colegiados (artículo 13.6 del ROF y artículo 75.3 de la LRBRL), destacamos las siguientes:

- La percepción de dicha indemnización lo será por la “concurrencia efectiva a las sesiones”, es decir, el acuerdo del Pleno no puede fijar la percepción de una cantidad de forma fija y periódica, ni obviar la asistencia efectiva de los miembros de la Corporación a dichas sesiones.
- Las sesiones a computar se corresponderán con órganos colegiados que sean de la Corporación y para los que haya sido nombrado como miembro de los mismos.
- Dichas cantidades únicamente podrán ser percibidas por aquellos miembros de la Corporación que no desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial. No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación Local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas de selección de personal (entiéndase derogado esta última asistencia tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).
- La cuantía será fijada libremente por el Pleno, si bien deberán tenerse en consideración una serie de aspectos que han sido perfilados por la jurisprudencia, como son: 1) la improcedencia de fijar una cuantía diferenciada a la Alcaldía, o a unos concejales respecto a otros, por su asistencia al mismo órgano colegiado; 2) la necesidad de justificar de una forma legítima y razonable, la determinación de cantidades distintas a percibir por asistencias, dependiendo del órgano colegiado de que se trate.



TERCERA: ÓRGANO COMPETENTE PARA DETERMINAR LOS CARGOS QUE SE HAN DE DESEMPEÑAR EN LA CORPORACIÓN CON DEDICACION EXCLUSIVA.

El artículo 75.5 de la LRBRL prescribe que *“Las Corporaciones locales consignarán en sus presupuestos las retribuciones, indemnizaciones y asistencias a que se hace referencia en los cuatro números anteriores, dentro de los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. Deberán publicarse íntegramente en el "Boletín Oficial" de la Provincia y fijarse en el tablón de anuncios de la Corporación los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial”*.

Por otra parte, el artículo 13.4 del ROF dispone que *“El Pleno corporativo, a propuesta del Presidente, determinará, dentro de la consignación global contenida a tal fin en el Presupuesto, la relación de cargos de la Corporación que podrán desempeñarse en régimen de dedicación exclusiva y, por tanto, con derecho a retribución, así como las cuantías que correspondan a cada uno de ellos en atención a su grado de responsabilidad. El nombramiento de un miembro de la Corporación para uno de estos cargos sólo supondrá la aplicación del régimen de dedicación exclusiva si es aceptado expresamente por aquél, en cuyo caso esta circunstancia será comunicada al Pleno de la siguiente sesión ordinaria”*.

A la vista de ambos preceptos, resulta evidente que la competencia para determinar el desempeño de cargos con dedicación exclusiva o parcial, está repartida entre dos órganos, el Pleno y el Alcalde-Presidente de la Corporación.

Así, se estima que:

1º) El Pleno de la Corporación es competente para fijar:

- La relación de cargos de la Corporación que se desempeñarán en régimen de dedicación exclusiva o parcial (artículo 13.4 del ROF).
- Las retribuciones a percibir por los miembros de la Corporación con dedicación exclusiva o parcial (artículo 75.5 de la LRBRL y 13.4 del ROF).
- El régimen de dedicación -número de horas, horario en que realizar las funciones, etc.- (artículo 75.5 de la LRBRL).

2º) El Alcalde-Presidente ostenta la competencia de determinar, en el marco establecido por el Pleno, cuáles serán los miembros de la Corporación que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial (artículo 75.5 de la LRBRL).

CUARTA: NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LOS MIEMBROS DE LA CORPORACIÓN Y EL AYUNTAMIENTO, TRAS



ACORDARSE EL DESEMPEÑO DE SU CARGO EN RÉGIMEN DE DEDICACION EXCLUSIVA.

De la lectura del art. 75 de la LRBRL, se desprende que derivado del acuerdo de dedicación exclusiva de un miembro de la Corporación, nace una relación entre éste y la entidad local que podría pensarse va más allá del ámbito puramente político o representativo de su cargo. Relación que viene marcada por dos notas características:

- Desempeño de funciones al servicio de la institución, íntimamente relacionadas con el cargo que ocupa.
- Percepción de retribuciones por el desempeño de las mismas, que conllevará su correspondiente alta en el Régimen General de la Seguridad Social, asumiendo la Corporación el pago de las cuotas empresariales.

A la vista de lo anterior, dichas notas nos hacen evocar las que caracterizan a las “relaciones laborales”, definidas en el art. 1 del TRET.

Ahora bien, no se puede hablar de identidad entre ellas, ya que la relación entre un concejal y el Ayuntamiento no se formaliza a través de ningún contrato de trabajo, y la misma no tiene su origen en la mera voluntad de las partes, sino en un proceso electoral que deriva en la toma de posesión de los cargos públicos y la elección de Alcalde, tal y como establece la LOREG, y el art. 40 del ROF, por lo que podría mantenerse que tiene un marcado carácter político, alejándose así de la configuración de la relación laboral, en el sentido previsto en el TRET.

Como refuerzo de dicha afirmación cabría invocar el art. 136.2.o) del TRLGSS, que incluye en su ámbito de aplicación y extensión al régimen de la seguridad social, como uno de los supuestos distintos de los trabajadores por cuenta ajena y asimilados, a los miembros de las Corporaciones Locales con dedicación exclusiva o parcial; o incluso la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social que extiende la protección del desempleo a determinados cargos públicos y sindicales, refiriéndose a tales supuestos en su exposición de motivos, de la siguiente manera: *“Aunque los indicados cargos no pueden ser considerados propiamente trabajadores por cuenta ajena, es lo cierto, no obstante, que la situación en que se encuentran los mismos cuando pierden el cargo es bastante similar a la que se encuentra un trabajador por cuenta ajena cuando pierde su trabajo; en ambos casos, la consecuencia inmediata que se produce es que se pierde la retribución que llevaba aparejada la actividad que se venía realizando y se deja de realizar”*.

Partiendo de ello, se podría concluir que al no existir una verdadera relación laboral, a los miembros de la Corporación con dedicación exclusiva no les es directamente de aplicación lo regulado en el TRET.



Por otra parte, dado que los miembros de la Corporación no son considerados “empleados públicos”, al albor de lo dispuesto en el art. 8 del TREBEP, tampoco forman parte del ámbito de aplicación de dicho texto normativo.

A este respecto destaca el Título Primero del ROF, que regula el “Estatuto de los Miembros de las Corporaciones Locales”, y cuyo Capítulo I se dedica a los “derechos y deberes de éstos”. En particular el art. 11 señala que: *“Son derechos y deberes de los miembros de las Corporaciones Locales los reconocidos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, y los regulados en su desarrollo y aplicación por las disposiciones estatales allí mencionadas, en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y por las Leyes de la Comunidad Autónoma correspondiente sobre Régimen Local. En defecto de estas últimas se aplicarán las normas de los artículos siguientes”*.

Pues bien, atendidas las normas que regulan dichos derechos, no se encuentran referencias literales y concretas que configuren un régimen aplicable a los miembros de la Corporación, en cuanto a permisos, vacaciones o licencias.

Por lo expuesto, y a pesar de ser un tema controvertido, una importante línea jurisprudencial de la que más abajo nos hacemos eco, entiende que, puesto que es el acuerdo del Pleno el que determina el régimen de dedicación y económico de los miembros de la Corporación (es decir, esa especial relación autoridad-Ayuntamiento), ha de ser el mismo órgano el que prevea los derechos que asisten a éstos respecto de permisos, licencias y vacaciones; ya sea contemplando dicho régimen en el mismo acuerdo de dedicación, o en el Reglamento Orgánico Municipal.

En relación al asunto que nos atañe, manifestaba el TSJ de Castilla la Mancha, sala de lo social, en sentencia de 14/01/2010, que: *“(…) La sentencia del Juzgado, tras señalar en su fundamento segundo que procede la desestimación de la demanda toda vez que como sostuvo la demandada, la relación existente entre el actor y el Ayuntamiento no puede ser incardinada entre aquellas que ostentan naturaleza laboral y ello por cuanto, en primer término dicha relación no cumple con los requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, y además por que conforme al apartado 1 del art. 75 de la Ley 7/1985 (Ley de Bases de Régimen Local) los miembros de las Corporaciones Locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, entra luego en el examen de las retribuciones conforme a la referida Ley y al Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), en que ninguno de los conceptos reclamados entra en lo establecido en los referidos preceptos, añadiendo por último que no le es de aplicación el II Convenio único para el personal laboral de la administración general del Estado por no poder ser considerado personal laboral y desestima la demanda absolviendo a la Entidad demandada (...)*.



TERCERO.- La Sala estima que si no ha habido relación laboral entre el actor y el Ayuntamiento demandado y atendida la índole de lo reclamado, que son cantidades por razón de la relación que les ha unido relativas a disfrute de vacaciones, complemento de IT o diferencias hasta el 100% de la retribución presupuestada e indemnización por razón de su cese, lo que ocurre es que este Orden Social de la Jurisdicción no es competente para el conocimiento de la demanda, debiendo apreciarlo así y abstenerse de entrar en dicho conocimiento remitiendo al actor a que plantee su reclamación ante la jurisdicción competente que se estima es la Contencioso-administrativa por tratarse de un cargo público electo regulado por normas de Derecho Administrativo y sin que nos hallemos ante materia de prestaciones de Seguridad Social, en que si conocería el Orden Social, no siendo posible, dada esa falta de competencia de este Orden Social, entrar en si percibió correctamente o no su retribución conforme a las normas administrativas y presupuestos. Esa falta de competencia no se suple porque el actor alegue que es personal laboral y que le es de aplicación el II CUAGE, sino que si no hay relación laboral y no se reclaman prestaciones de Seguridad Social, se carece de competencia para conocer y es la jurisdicción Contenciosa la competente para examinar y decidir si le es de aplicación el II CUAJE por razón de alguna disposición o acuerdo administrativo o si le corresponden o no las cantidades que reclama por razón de algún tipo de indemnización por el cese, por vacaciones no disfrutadas y por diferencias retributivas durante situación de baja por enfermedad (que además no se reclaman como prestación sino como complemento de Convenio o como diferencias retributivas según lo presupuestado y actos previos).

Por lo demás, se estima es claro que no hubo relación laboral porque aunque haya prestación de unos servicios y una retribución, no se da la dependencia que exige el artículo 1 del ET, no tratándose tampoco de ninguna relación laboral especial que exige una previsión normativa de tal que no se da y no quedando comprendido en modo alguno en el artículo 11 del Estatuto Básico del Empleado Público. Incluso, el legislador lo tiene tan claro que así lo indica, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos, en la que indica que precisamente porque no pueden ser considerados propiamente trabajadores por cuenta ajena y dadas las razones que le llevan a extenderles la protección de seguridad social, lo que hace es por medio de una Ley establecerlo en los preceptos correspondientes”.

En el mismo sentido, el TSJ de Castilla León, sala de lo social, en Sentencia 151/2012, de 8 de marzo, al referirse al art. 75 de la LRBRL, concluyó: “(...) ***La sola lectura del texto citado pone de manifiesto que se trata de un derecho ajeno a su condición de trabajador, y supeditado de forma exclusiva a su condición de miembro de la Corporación Local.***

De ahí que se establezca que será el Pleno de la Corporación el que decidirá la relación de cargo que podrán desempeñar en régimen de dedicación exclusiva y con retribución en sus funciones.



Ello supone, por tanto, un acuerdo de un órgano administrativo, sujeto a Derecho Público, que actúa con arreglo al procedimiento administrativo, aplicando normas de Derecho Administrativo.

Tal acto administrativo, es absolutamente ajeno a su condición de trabajador y, por supuesto, es ajeno al orden laboral, pues a través de dicho acto puede reconocerse o denegarse el derecho a la dedicación exclusiva a cualquier concejal, sea o no trabajador del Ayuntamiento, y aquél puede impugnarlo únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.

A la vista de lo todo lo anterior, se emiten las siguientes

IV.- CONCLUSIONES.

Primera.- La relación que surge entre los miembros de las Corporaciones Locales que desempeñan su cargo con dedicación exclusiva o parcial, y la Administración que acuerda dicho régimen, no tiene naturaleza laboral, sino política, dado que la misma nace de un proceso electoral enmarcado en la LOREG, con extensión, entre otras normas, a la LRBRL y al ROF.

Segunda.- Dado que no existe en la normativa en vigor que es de aplicación a dichos miembros de la Corporación, una regulación específica de los derechos que les asisten en materia de permisos, vacaciones o licencias, para determinar los mismos se habrá de estar a lo recogido en el acuerdo del Pleno sobre dedicación exclusiva o parcial de los mismos, o, en todo caso, a lo que pueda prever al respecto el Reglamento Orgánico Municipal.

(...)

Siendo todo cuanto procede informar en relación al asunto de referencia

Murcia, 12 de septiembre de 2016

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO
A ENTIDADES LOCALES