



**ASUNTO: PERSONAL/CONTRATO**

**Situación laboral y profesional del arquitecto técnico municipal**

**110/16**

E

\*\*\*\*\*

**INFORME**

**I. HECHOS. ANTECEDENTES.-**

Escrito de la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de XX sobre el asunto epigrafiado y al efecto manifiesta que: "este Ayuntamiento mantiene relación laboral con el Técnico Municipal desde el año 1.997, no existiendo ningún documento que refleje el contrato suscrito en esa fecha con anteriores Corporaciones. Se tiene conocimiento que fue sólo de palabras.

Este señor a la vez que realiza trabajos para el Ayuntamiento los hace también para particulares, siendo el mismo quien confecciona los Proyectos o Memorias que presentan los vecinos en el Ayuntamiento y él quien los informa para la concesión de licencias de obras, apertura, etc..

**SOLICITA:** de esos Servicios Jurídicos de la Exma. Diputación Provincial, informe sobre la legalidad de estas circunstancias y posibles responsabilidades y consecuencias que pudieran derivarse de esta situación."



## II. LEGISLACIÓN APLICABLE.-

- Constitución Española -CE-.
- RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -ET/15-
- RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público -TREBEP-
- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas -LIPAP-
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el Código Penal -CP-,
- Ley 48/2015, de 27 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016

## III. FONDO DEL ASUNTO.-

**PRELIMINAR.-** Debemos empezar por manifestar la irregularidad de las circunstancias expuestas, tanto respecto de la situación contractual como de la actuación que este empleado público lleva a cabo al efectuar sus trabajos, con claros tintes de responsabilidad penal.

**PRIMERA.-** En primer lugar, la relación acontecida y consentida que se produce en la organización del Ayuntamiento de XX respecto del Técnico municipal, ha de calificarse, sin duda, como "*indefinida no fija*", con independencia de la existencia o no de contrato y que, en este caso, al parecer lo es sólo de palabra.

Dicho esto, nuestra doctrina jurisprudencial ha venido señalando que las irregularidades en las contrataciones temporales de las Administraciones Públicas pueden determinar que la relación se convierta en indefinida, pero no fija, con el fin de no vulnerar el acceso al empleo público bajo los principios de mérito y capacidad previstos en el art. 103 de la Constitución -CE-. Se trata pues de una cuestión en la que se dan cita básicamente dos intereses en juego:



1º. De un lado, la necesidad objetiva de combatir la contratación temporal irregular (el mantenimiento de los contratos temporales más allá de la llegada de su término final pactado, mediante su prórroga ilegal), por lo demás desgraciadamente frecuente en las Administraciones Públicas;

2º. Y, de otro, la imposibilidad de aplicar, tal cual, la presunción que no admite la prueba en contrario, del art. 15.3 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -ET/15-, de que el contrato laboral en tales casos es de naturaleza indefinida por la existencia de un fraude de ley, dada la existencia -como hemos dicho- del principio constitucional de igualdad de trato absoluta en el acceso al empleo público reconocido en los arts. 23.2 y 103 CE.

La Sentencia del TS de 20 de enero de 1998, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, recoge la actual doctrina jurisprudencial (Sentencias del TS de 19 de junio de 2002,; de 30 de mayo de 2007; de 4 de febrero de 2010; de 23 de octubre de 2013; de 24 de junio de 2014 y la más reciente de 7 de julio de 2014), en torno a las consecuencias que han de derivarse del fraude en la contratación temporal llevada a cabo por la Administración, estableciendo que los efectos de esta contratación son considerar al trabajador como indefinido y no fijo en plantilla, extinguiéndose dicha relación laboral mediante la cobertura reglamentaria de la plaza. Esta Sentencia examina la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla.

Es obvio que esta situación consentida que al parecer se produjo de palabra, ha alcanzando por sí sola la declaración, sin más, de una relación "indefinida no fija" y que debe ser corregida de forma inmediata por el Ayuntamiento consultante.

La mejor forma de proceder, en este caso, sería que el Ayuntamiento adoptara las medidas necesarias para la provisión regular del puesto de trabajo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, a través del procedimiento selectivo correspondiente conforme a la regulación contenida en el art. 55 y ss del RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público



-TREBEP-, existirá una causa lícita para extinguir, en su caso, el contrato escrito o de palabra.

Ahora bien, la vigente Ley de Presupuestos para 2016 (48/2015, de 29 de octubre), sigue manteniendo como ya hicieran sus precedentes, limitaciones, cuando no prohibiciones, en lo concerniente a las ofertas de empleo público, y en la contratación de personal, así lo establece para el presente ejercicio el art. 20 de la meritada Ley, cuando dispone, en su apartado 2º :*Durante el año 2016 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.*

Por tanto, en cuanto que el Ayuntamiento considere la provisión del puesto de Arquitecto Técnico al considerarlo como prioritario y así lo fundamente adecuadamente en el expediente, al no optar por la amortización del puesto y no poder proveerlo en la actualidad con carácter definitivo SSTS de 27 mayo 2002, y mas reciente de 27 de febrero de 2013, entre otras), no vemos inconveniente alguno en que se pueda proveer el puesto mediante nombramiento interino, toda vez que su provisión definitiva esta prohibida por el apartado 1º del mismo art. 20, en cuanto no se contempla esta categoría de puesto entre las excepciones cuya provisión permite el mencionado precepto.

Así, para la provisión del puesto deberá estarse a lo dispuesto en el art. 10 del 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, que establece las situaciones que permiten acudir a la figura del interino y que si bien viene referida a funcionario interino, consideramos es trasladable y aplicable al personal laboral, por cuanto no deja de tener condición de empleado público (art. 8 TREBEP), y así, debemos empezar señalando que para las contrataciones de personal laboral temporal y funcionarios interinos el problema está en su sistema de selección, por cuanto no existe norma que lo regule. Así, el artículo 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), y el 91



de la misma al que se remite, sólo determinan las exigencias del respeto a los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, así como el de publicidad, si bien el apartado 2 del referido art. 10 TREBEP, dispone: La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Tampoco es posible solucionar el vacío Legal mediante la aplicación supletoria del artículo 35 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por *Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo*, ya que hace una remisión a los criterios de selección que se determinen por el Ministerio para las Administraciones Públicas, criterios que en este caso habrán de fijarse por la Corporación, pues siempre que se garantice el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, entra dentro de las competencias de la Administración/empresario la determinación del procedimiento a seguir.

**SEGUNDA.-** Por otra parte, el citado empleado está incurriendo en una clara incompatibilidad, y a nuestro juicio esta es susceptible de responsabilidad penal, por cuanto entendemos que es improcedente que dicho trabajador confeccione los Proyectos o Memorias que presentan los vecinos en el Ayuntamiento y sea él, además, quien los informa para la concesión de licencias; situación totalmente anómala, irregular e ilegal, que debe ser regularizada por la Administración de forma inmediata a la vez que sancionada.

Son los art. 11.1 y 12.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas -LIPAP-, los que, respecto al ejercicio de "*actividades privadas*", disponen con total claridad lo siguiente:

*"Artículo 11*

*1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la presente Ley, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que*



*desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado. (...)”*

*“Artículo 12*

*1. En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:*

*a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.*

*Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público. (...)”*

La citada LIPAP tiene como principio fundamental la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

Como señala su Exposición de Motivos, se exige de los servidores públicos un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración, siendo aplicable a todo el personal al servicio de las Corporaciones Locales, sean funcionarios o personal laboral.

Es pues totalmente reprobable el ejercicio de tales actividades, al actuar el trabajador con desprecio a la normativa y sin tener en cuenta sus obligaciones como empleado o servidor público, al efectuar Proyectos o memorias a particulares (se entienden asimismo retribuidos) que después los informara el mismo.



**TERCERA.-** En su consideración como personal laboral indefinido, como señalamos en la primera de estas consideraciones, supondría que en cuanto empleado público (art. 8 EBEP) y por la situación de incompatibilidad señalada, sería susceptible de despido disciplinario, toda vez que la responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas está sujeta al régimen disciplinario establecido en el Título VII del EBEP y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto" ( art. 93.1 EBEP ). Para el personal laboral, el ap. 4 del art. 93 EBEP añade que su régimen disciplinario se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral.

En el Título VII del EBEP se contempla la regulación del ejercicio de la potestad sancionadora (art. 94 EBEP), las faltas disciplinarias (art. 95 EBEP), las sanciones (art. 96 EBEP) la prescripción de las faltas y sanciones (art. 97 EBEP) y el procedimiento disciplinario y medidas provisionales (art. 98 EBEP), teniendo declarado al efecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia entre otras de su Sala de lo Social de 23 de mayo de 2013 que *"....en nuestra STS de 4 de noviembre de 2010 (rcud. 88/2010 ) ya sostuvimos que el art. 93 EBEP establece "una clara jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras del régimen disciplinario del personal laboral, a saber, la normativa aplicable es la contenida en el EBEP y, únicamente en el supuesto de que no hubiera regulación en dicho Estatuto se aplicaría la legislación laboral..."*, y por tanto susceptible la conducta del arquitecto técnico en cuestión de ser calificada como infracción muy grave (art. 95.2.n) EBEP: *El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad ) y sancionable con el despido (art. 96.1.b) EBEP: Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. )*

Amén de lo anterior, tal actuación de concurrir las circunstancias que anteceden, consideramos que pudiera constituir igualmente un delito contra la Administración Pública, tipificado en el Capítulo IX del Código Penal -CP-, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, bajo la rúbrica *"De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función"*, que en su art. 441, señala que:



*“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años.”*

#### **IV. CONCLUSIÓN.-**

**1ª.** Nuestra doctrina jurisprudencial ha venido señalando que las irregularidades en las contrataciones temporales de las Administraciones Públicas determinan que la relación se convierta en indefinida, pero no fija, con el fin de no vulnerar el acceso al empleo público bajo los principios de mérito y capacidad previstos en el 103 CE.

**2ª.** Con carácter general, y a tenor de la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia, la mejor forma de proceder en estos casos es que el Ayuntamiento adopte las medidas necesarias para la provisión regular del puesto de trabajo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, bajo los principios de mérito, capacidad y publicidad, existirá una causa lícita para extinguir, en su caso, la relación jurídica irregular mantenida.

**3ª.** A nuestro juicio, es totalmente reprobable el ejercicio de las actividades realizadas por el trabajador, ya que con ellas se está actuando con desprecio a la normativa y sin tener en cuenta sus obligaciones como empleado o servidor público, al efectuar Proyectos o Memorias a particulares que después son informados por él mismo, e incurrir en supuesto evidente de incompatibilidad susceptible de corrección vía expediente disciplinario, al amparo de lo dispuesto en el Título VII EBEP.





**4ª.** En último extremo, tal actuación pudiera constituir un delito contra la Administración Pública, tipificado en el Capítulo IX CP, sancionado conforme al art. 441 a penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años.