

ASUNTO: INFORME SOLICITADO POR EL AYUNTAMIENTO DE _____, SOBRE "VARIOS ASUNTOS RELATIVOS BAJA DE MATERNIDAD DE CONCEJALA"

064/18

E

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr/a. Alcalde/a del Ayuntamiento de _____, se emite el presente,

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES

Escrito del Sr/a. Alcalde/a-Presidente del Ayuntamiento de _____ sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

En fecha --/--/----, una de las Concejalas de la Corporación Municipal, es dada de alta en Seguridad Social con una jornada parcial del 80 %, en virtud de liberación parcial asignada por el Alcalde/a.

En fecha --/--/----, la mencionada Concejala es dada de baja por maternidad, y comienza a disfrutar de su periodo de descanso.

En el Pleno del Ayuntamiento del --/--/----, se acuerda el cese de dicha Concejala, de su dedicación parcial, designando a otro de los miembros de la Corporación para desarrollar las funciones de la anterior Concejala.

En fecha --/--/----, la Concejala acaba su permiso por maternidad y se reincorpora al Ayuntamiento.

Vistos los hechos:

- ¿Habría sido procedente ejecutar el acuerdo del Pleno y despedir a partir de esa fecha a esta Concejala, estando de baja por periodo de maternidad?.

- ¿Son análogos los derechos de todos los trabajadores, incluidos los Concejales de la Corporación, en cuanto a los despidos nulos reflejados por la ley laboral de este tipo de casos?.

- Se puede dar de baja con fecha actual a esta trabajadora sin infringir el contenido del estatuto de los trabajadores, que dice que no pueden ser despedidos trabajadores por baja maternal hasta 9 meses desde el nacimiento del hijo?

- Por parte de la Corporación, es legal tener dadas de alta y pagar a dos Concejales, por desarrollar estas tareas, cuando una de ellas fue cesada en el Pleno del 26 de Septiembre?

II. FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO.- En primer lugar, debemos aclarar que la naturaleza de la relación estatutaria que une a los Concejales y al Alcalde/a con el Ayuntamiento no es la propia de una relación de empleo, esto es, no existe relación laboral ni funcionarial con el Ayuntamiento; si bien es cierto que esta relación estatutaria, para aquéllos que ejercen el cargo con dedicación exclusiva o parcial retribuida, se asemeja a una relación laboral con el objetivo de procurar a éstos determinadas protecciones sociales, como expone la propia 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 y sindicales, señalando que:

“...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.”

Asimismo, esta relación estatutaria, desde el punto de vista de la prestación de servicios remunerados, permite a la Concejales liberada acogerse, como si de un empleado público se tratara, a los beneficios previstos en los arts. 177 y ss del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -TRLGSS-, y la Tesorería General de la Seguridad Social -TGSS-, que le reconocen el derecho de pago de su salario durante la maternidad. El mencionado art. 177 TRLGSS nos indica que los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten son remunerados, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4º, 5º y 6º del art. 48 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-, y en el art. 49.a) y b) 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-.

Esta peculiar relación estatutaria de los cargos electos del Ayuntamiento, al margen de una verdadera relación de empleo con el Ayuntamiento, se pone de manifiesto en

cuanto que la misma no se formaliza a través de ningún tipo de contrato de trabajo, sino que trae causa de un proceso electoral que derivará en la toma de posesión de los Concejales y en la elección de Alcalde, de acuerdo a lo establecido en la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General -LOREG-, y el art. 40 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales -ROF-.

SEGUNDO.- Debemos reseñar la competencia del Pleno para la determinación de los cargos que lleven aparejada la dedicación total o parcial, las retribuciones de los mismos y el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones, en los términos señalados por el art. 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local -LRBRL- , a cuyo tenor:

“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 anterior. Dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. En los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones.”

TERCERO.- Igualmente hemos de dejar claro que la competencia para señalar al Concejil concreto que desempeñará el cargo retribuido, la persona “liberada”, es del Alcalde, y se articula mediante el régimen de las delegaciones de sus atribuciones, en los términos del art. 23.4 LRBRL (“El Alcalde puede delegar el ejercicio de determinadas atribuciones en los miembros de la Junta de Gobierno Local y, donde ésta no exista, en los Tenientes de Alcalde, sin perjuicio de las delegaciones especiales que, para cometidos específicos, pueda realizar en favor de cualesquiera Concejales, aunque no pertenecieran a aquélla”), y los arts. 43 a 48 y 114 a 118 ROF. Esta delegación se hace efectiva mediante Decreto de Alcaldía determinando el ámbito de los asuntos y las facultades que se delegan, y lleva implícita la misma facultad de alterar los términos de la delegación efectuada a favor de uno u otro Concejil, tal y como señala el art. 44.3 ROF:

“3. Las normas de los apartados anteriores serán aplicables a cualquier modificación posterior de las delegaciones.”

Así pues, el Pleno es el órgano municipal que decide qué responsabilidades de entre las Áreas/Concejalías en que se ha organizado el Ayuntamiento (Hacienda, Obras, Personal, por citar algunas) son de tal entidad que requieren un desempeño con dedicación temporal total o parcial y retribuida y, por lo tanto, asemejada a una relación de empleo; a cuyos efectos, fija las retribuciones de las mismas y el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones. Y, por otra parte, es el Alcalde, mediante el Decreto de delegación, el que designa al Concejal que devengará dicho régimen de dedicación y retribuciones, mientras el mismo esté en ejercicio de esas delegaciones.

CUARTO.- A todo lo expuesto hasta ahora hay que añadir la especial situación de la Concejal delegada con dedicación parcial mientras se encuentra de baja en el Régimen General de la Seguridad Social -RGSS- durante el permiso de maternidad, situación que en una relación normal de empleo lleva aparejada la suspensión de la obligación de prestar servicios, pero que adquiere una configuración diferente en la relación estatutaria de los Concejales, debido al doble plano en los que se desenvuelve la relación de confianza acordada entre el Pleno de la Corporación y el cargo electo liberado, que supone que, si bien en dicha situación ya no persiste la obligación de prestar los servicios remunerados que han justificado el alta en la Seguridad Social, previo acuerdo de la Corporación en Pleno, sí persiste la obligación de desempeñar el cargo representativo que integra unos derechos y unas obligaciones, al margen del trabajo remunerado, como son el voto o la asistencia a los órganos colegiados.

QUINTO.- Por tanto, en cuanto a ***la primera cuestión de si habría sido procedente ejecutar el acuerdo del Pleno y despedir en septiembre de 2017 a esta Concejala, estando de baja por período de maternidad***, el Pleno puede en cualquier momento fijar qué Concejalías/Áreas son las que tienen un régimen de dedicación y unas retribuciones, y el Alcalde puede en cualquier momento modificar el régimen de delegaciones conferido en uno u otro Concejal, siguiendo los mismos trámites previstos para la delegación. De este modo, durante la baja por período de maternidad de la Concejal delegada, el Pleno puede alterar el régimen de liberación y el Alcalde puede revocar la delegación, o modificarla, o asignarla a otro Concejal, sin perjuicio de la situación de la Concejal respecto al régimen de la Seguridad Social, del cual seguirá percibiendo su prestación en tanto dure la situación de incapacidad transitoria por permiso de maternidad.

En relación a si son análogos los derechos de todos los trabajadores, incluidos los Concejales, en cuanto a los despidos nulos reflejados por la legislación laboral de este tipo de casos, la respuesta es no, ya que el concepto de despido no es aplicable a la Concejal, sino que su cese trae causa de la revocación de la delegación que le fue otorgada por el Alcalde para un cargo liberado por el Pleno.

Con respecto a si se puede dar de baja con fecha actual a la Concejal sin infringir el contenido del ET/15, que indica que no pueden ser despedidos trabajadores por baja maternal hasta 9 meses desde el nacimiento del hijo, sí se puede, ya que la Concejal no pierde en ningún momento su estatus político como cargo representativo que integra unos derechos y unas obligaciones, como son el voto o la asistencia a los órganos colegiados, sin perjuicio de que a la fecha de la extinción de su período de cobro de la prestación por maternidad que le abona la Seguridad Social, se extinga su derecho a retribución, al haber desaparecido la causa que justificaba la misma frente al Ayuntamiento.

Finalmente, en respuesta a la cuestión **de si por parte de la Corporación es legal tener dadas de alta y pagar a dos Concejales por desarrollar estas tareas, cuando una de ellas fue cesada en el Pleno celebrado en septiembre de 2017, no es posible que dos Concejales ostenten simultáneamente la misma delegación en un cargo con régimen de dedicación y, por lo tanto, no es admisible desde el punto de vista legal que disfruten ambas del régimen de alta en la Seguridad Social devengando las retribuciones aprobadas por el Pleno.**

III. CONCLUSIONES

1ª. El Pleno puede en cualquier momento fijar qué Concejalías/Áreas son las que tienen un régimen de dedicación y unas retribuciones, y el Alcalde puede en cualquier momento modificar el régimen de delegaciones conferido en uno u otro Concejal, siguiendo los mismos trámites previstos para la delegación. Así pues, durante la baja por período de maternidad de la Concejal delegada, el Pleno puede alterar el régimen de liberación y el Alcalde puede revocar la delegación, o modificarla, o asignarla a otro Concejal.

2ª. El concepto de despido no es aplicable a la Concejal, sino que su cese trae causa de la revocación de la delegación que le fue otorgada por el Alcalde para un cargo liberado por el Pleno.

3ª. Sí se puede dar de baja con fecha actual a esta Concejal sin infringir el contenido del ET/15, que indica que no pueden ser despedidos trabajadores por baja maternal hasta 9 meses desde el nacimiento del hijo, ya que la Concejal no pierde en ningún momento su estatus político como cargo representativo que integra unos derechos y unas obligaciones, sin perjuicio de que a la fecha de la extinción de su período de cobro de la prestación por maternidad que abona la Seguridad Social, se extinga su derecho a retribución, al haber desaparecido la causa que justificaba la misma frente al Ayuntamiento.

4ª. No es posible que las dos Concejales ostenten simultáneamente la misma delegación en un cargo con régimen de dedicación, no siendo por tanto admisible desde el punto de vista legal que disfruten ambas del régimen de alta en la Seguridad Social devengando las retribuciones aprobadas por el Pleno.

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, 2018