

Nº de Expte.: /20

Procedimiento: INFORME

Interesado: Mancomunidad

Ref.:

ANTECEDENTES:

Primero.- Por la Mancomunidad se acordó, en sesión de fecha 26 de diciembre de 2019, la aplicación del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Excmo. Ayuntamiento de (BOP nº), al personal laboral de la Mancomunidad, que tiene en plantilla un único trabajador con contrato laboral, puesto denominado como "Operario limpieza viaria-Conductor camión de basuras".

La Presidencia de la citada Mancomunidad, solicita informe jurídico sobre varios aspectos derivados de la aplicación del citado convenio:

1ª - Las retribuciones que se aplicaban al trabajador, con anterioridad a este Convenio, eran las del Convenio de la Construcción de Burgos (Salario base: 783,99 más complementos, que han supuesto unas retribuciones salariales brutas en 2018 de 25.338,61 € según certificado aportado); y en las nóminas de 2019, en las que se ha aplicado retroactivamente este convenio, el Salario base más complementos supondrían un salario bruto de 1.866,47 €/ mensuales (según ejemplo nómina agosto 2019).

Se suscitan las siguientes cuestiones:

- Si la subida salarial del convenio cumple la subida salarial que la ley establece con un límite del 2,5% (2019).
- Si ha de excluirse del cálculo las horas extraordinarias y la antigüedad.
- Si corresponden al trabajador los atrasos salariales recogidos en el artículo 5 del nuevo convenio o quedan absorbidos en el techo de 2,5%.
- Es correcto aplicar la subida en la nómina de mayo de 2019 o se puede considerar que el Convenio no ha entrado en vigor para este trabajador hasta el 26 de diciembre de 2019.

2ª – Se incluye al trabajador de la Mancomunidad en el Anexo I del Convenio aprobado por el Ayuntamiento de, en la categoría: Grupo III b), (Titulados Bachiller Superior), como "Encargado", mientras que la plaza convocada por la

Mancomunidad en la oferta Pública de empleo era de "Operario de limpieza viaria-conductor camión", con una titulación exigida de estudios primarios o similar.

Se plantea si es posible hacer un cambio de categoría profesional en el caso de que el trabajador no tenga la titulación requerida, o, en el caso de que la tuviera la titulación, cuál sería el procedimiento necesario para su reconocimiento. El convenio recoge la posibilidad de "categoría profesional reconocida por la Alcaldía".

Segundo.- Consta entre la documentación aportada por el Ayuntamiento, junto con la solicitud de informe:

- Acuerdo de la Oficina Territorial de Trabajo de fecha 27 de mayo de 2019, por la que se dispone el registro y publicación del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Excmo. Ayuntamiento de, publicado en el BOP nº
- Fotocopia de nóminas de la Mancomunidad correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2018, y nomina del mes de agosto de 2019.
- Fotocopia certificado retribuciones brutas y retenciones 2018.
- Publicación de la Convocatorias y Bases que han de regir las pruebas selectivas para la provisión de plaza vacante de la Mancomunidad de, de operario limpieza viaria-conductor camión de basuras, en el BOP Burgos nº

Posteriormente, se añade a esa documentación la fotocopia del "Informe que emite el Secretario sobre el Expte. 865/2018 relativo al acuerdo sobre abonos atrasos trabajadores del Ayuntamiento", Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de, de fecha 11 de julio de 2019.

Teniendo en cuenta los datos facilitados por la Mancomunidad y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios especialmente los de menor capacidad económica y de gestión, y el Reglamento de Asesoramiento y Asistencia a Municipios.

En base a estos antecedentes se emite el siguiente

INFORME:

LEGISLACIÓN APLICABLE

- ✓ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. (LBRL)
- ✓ 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 (EBEP)
- ✓ 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. (ET)
- ✓ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (LPACAP)
- ✓ Real Decreto-ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público. (Incremento Retributivo para 2019)
- ✓ Real Decreto-ley 22/2020, de 21 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público. (Incremento Retributivo para 2020)

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Al no disponer del expediente tramitado por la Mancomunidad para la aprobación de la aplicación del Convenio Colectivo de los empleados laborales del Ayuntamiento de a la Mancomunidad voluntaria de Municipios, no se entra a la valoración del acuerdo adoptado en la sesión de 26 de diciembre de 2019, de dicha Mancomunidad.

Pasando directamente al contenido de las cuestiones planteadas, se analiza la aplicación de tal acuerdo al personal laboral de la Mancomunidad durante el año 2019.

La primera cuestión planteada en la solicitud trata de la aplicación de algunos aspectos de las retribuciones fijadas en el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de al único trabajador de la Mancomunidad de que hasta ese

momento había percibido sus retribuciones conforme a las tablas salariales del Convenio de la Construcción de Burgos:

- a) Si la subida salarial del convenio cumple la subida salarial que la ley de presupuestos establece con un límite del 2,5%, y si ha de excluirse del cálculo las horas extraordinarias y la antigüedad.

Conforme al artículo 103 bis. de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. (LBRL) la aprobación anual de la masa salarial del personal laboral deberá respetar los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El Real Decreto-ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público, en los apartados Dos, Cuatro y Ocho del artículo 3, establecía las retribuciones del personal al servicio del sector público para 2019, conforme a lo siguiente:

*-En el año 2019, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 2,25 por ciento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2018, en **términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo** y sin considerar a tales efectos los gastos de acción social que, en términos globales, no podrán experimentar ningún incremento en 2019 respecto a los de 2018.*

Además de lo anterior, si el incremento del Producto Interior Bruto (PIB) a precios constantes en 2018 alcanzara o superase el 2,5 por ciento se añadiría, con efectos de 1 de julio de 2019, otro 0,25 por ciento de incremento salarial.

*- La masa salarial del personal laboral, que podrá incrementarse en el porcentaje máximo previsto en el apartado Dos de este artículo, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación, está integrada por el conjunto de las **retribuciones salariales y extrasalariales** devengadas por dicho personal en el año anterior, teniendo en cuenta el incremento anual consolidado del 1,75 por ciento autorizado para 2018. Se exceptúan, en todo caso:*

- a) Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.*
- b) Las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador.*
- c) Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.*
- d) Las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador*

- Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los fijados en este artículo deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que se opongan al mismo.

Por lo tanto, la masa salarial para 2019, calculada conforme al apartado cuarto del artículo 3 citado, no podrá superar el incremento global total del 2,5% aplicado por el Gobierno en 2019, no siendo aplicable ningún incremento superior a dicho límite, conforme al apartado ocho del mismo artículo.

El mismo procedimiento deberá adoptarse para fijar las retribuciones en el año 2020, conforme a la normativa fijada por el Real Decreto-ley 2/2020, de 21 de enero de 2020, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público, que establece en principio un límite de 2% de incremento para la masa salarial.

b) Si corresponden al trabajador los atrasos salariales recogidos en el artículo 5 del nuevo convenio o quedan absorbidos en el techo de 2,5 %.

El artículo 5.- *Ámbito temporal, vigencia y denuncia* del Convenio del Ayuntamiento de establecía su entrada en vigor el mismo día de la aprobación por el Pleno (mayo de 2019), y la duración hasta el 31 de diciembre de 2019, con la prórroga tácita establecida en el apartado segundo del artículo.

La Mancomunidad aprueba la aplicación de este convenio a su personal laboral con fecha 26 de diciembre de 2019, por lo tanto, tiene que entenderse que esa es la fecha de entrada en vigor para dicha Entidad por aplicación analógica del artículo 5 del Convenio, ya que los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de estarán referidos, únicamente, a su propio personal y ámbito de aplicación, y no está previsto para otras Entidades Públicas.

En todo caso el límite de las retribuciones de 2019 está en el 2,5%, en el que quedan absorbidas todas las subidas que pudieran corresponder al trabajador.

c) Es correcto aplicar la subida en la nómina de mayo de 2019 o se puede considerar que el Convenio no ha entrado en vigor para este trabajador hasta el 26 de diciembre de 2019.

Conforme a lo dispuesto en los apartados 1º a 3º del artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (LPACAP):

“1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.”

Lo relevante en este caso, ciñéndonos a lo anteriormente expuesto, es que el acuerdo plenario de la Mancomunidad **prevea la aplicación y efectos retroactivos** del régimen de retribuciones aplicable al trabajador, lo que podría llevar aparejado la necesidad de tramitar, una vez hechos los cálculos pertinentes, el procedimiento de modificación presupuestaria para dotar de crédito adecuado y suficiente dicha pretensión.

El apartado tercero del artículo 39 de la LPACAP establece la eficacia retroactiva de los actos con carácter “excepcional” y en consecuencia, deberá analizarse en el expediente administrativo si concurren al supuesto de hecho los requisitos indicados en dicho artículo, es decir que produzcan efectos favorables al interesado (lo que parece que sí) y que en la fecha a que se retrotraiga existan los supuestos de hecho necesarios para su aplicación (no hay que olvidar que el convenio que ahora se aplica, es un convenio que se negocia y aprueba por el pleno del Ayuntamiento de para su personal laboral conforme a los ámbitos funcional y personales fijados en los artículos 3 y 4 del Convenio).

En cualquier caso si el acto o acuerdo lleva la retroactividad de su aplicación más allá de sus justos límites se corre el riesgo de que pueda ser declarado nulo en cuanto al exceso.

En otro sentido, habrá que tener en cuenta también lo previsto en el artículo 9 del propio convenio colectivo, sobre el respeto de las situaciones personales que excedan de las condiciones pactadas, manteniéndose estrictamente "Ad Personam" mientras no sean absorbidas o superadas por la aplicación de sucesivos convenios.

Segunda.- Las categorías profesionales, previstas en el Anexo I del Convenio, no podrán ser objeto de aplicación directa y automática al trabajador laboral de la Mancomunidad, ya que se trata de una plaza de operario convocada y cubierta a través de un procedimiento selectivo público, mediante concurso-oposición, en régimen laboral con carácter fijo, cuya titulación exigida es de "Estudios primarios o similar".

La categoría propuesta por la Mancomunidad, en la aplicación del Convenio a su trabajador, es la de "Encargado", que debe estar en posesión del Título de Bachiller superior, FP II o equivalente. Por lo tanto, no se puede incluir al trabajador en dicha categoría, sino que habrá que buscar una categoría adecuada a su puesto de trabajo y titulación, sin perjuicio del derecho a la promoción profesional que legalmente le reconoce el artículo 14 del EBEP, según el cual:

"Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: ...

c) A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación."

El artículo 7 EBEP establece que: *"El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan."*

De acuerdo con dicho en el párrafo anterior, el artículo 19 del EBEP prevé, en cuanto a la carrera profesional y promoción del personal laboral, que:

- 1. El personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional.*
- 2. La carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos.*

El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 39 establece que: *“1. La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador. ”*

En el Convenio Colectivo aprobado, la promoción profesional se recoge en el artículo 14 para el caso de provisión de vacantes, que se realizará conforme a los procedimientos legalmente establecidos, priorizándose el mecanismo de promoción interna o ascenso de categoría.

CONCLUSIONES

La aplicación del Convenio Colectivo, acordada por la Mancomunidad el, debe ajustarse a la legalidad vigente conforme al principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores.

El respeto al principio de jerarquía legal, y al de seguridad jurídica, obliga a que por la Mancomunidad se resuelvan expresamente en el acuerdo de aplicación las cuestiones que han sido planteadas.

La emisión del presente informe no sustituirá el informe del Secretario-Interventor titular del Ayuntamiento, que deberá emitir en los supuestos previstos en los artículos 54.1 a) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRLR), art. 173 del ROF y art. 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Es cuanto se asesora, haciendo constar que lo expresado en este Informe no posee carácter vinculante, no es preceptivo y está sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

LA SECRETARIA INTERVENTORA
DEL SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO A MUNICIPIOS.