

ASUNTO: *“Diversas cuestiones sobre bases de selección, proceso selectivo y contratación de un trabajador/a social tras la entrada en vigor de la reforma laboral del Estatuto de los trabajadores por R. D. Ley 32/2021”.*

0635/22

JLAB

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Presidente/a de la Mancomunidad de _____, se emite el presente

INFORME

I. ANTECEDENTES

En la petición de informe, se pone de manifiesto lo siguiente:

“Por parte de esta Mancomunidad con fecha _/_/_ se procedió a publicar en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz las BASES DE LA CONVOCATORIA PARA LA PROVISIÓN DE UN PUESTO DE TRABAJADOR/A SOCIAL MEDIANTE CONCURSO-OPOSICIÓN PARA PRESTAR SUS SERVICIOS EN EL SERVICIO SOCIAL DE ATENCIÓN SOCIAL BÁSICA DE LA MANCOMUNIDAD, determinándose en la Base Primera que

“El contrato revestirá la modalidad de obra o servicio determinado. Dicho contrato, estará vinculado a la existencia del convenio de colaboración a suscribir entre la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Junta de Extremadura y la Mancomunidad _____, para el servicio anteriormente mencionado. También será causa de extinción de estos contratos la extinción, modificación por reducción de fondos o resolución del meritado Convenio.

En cualquier caso, y sin perjuicio de la vigencia o no del referido convenio de colaboración el contrato quedará extinguido automáticamente una vez transcurridos tres (3) años desde el inicio de la relación laboral. Se establecerá un período de prueba de dos meses.”

Seguidamente y con fecha _/_/_ se procedió a publicar en la web de la Mancomunidad la lista provisional de admitidos/excluidos a dicho proceso.

La razón de la solicitud de asistencia viene motivada como consecuencia de la aprobación del nuevo Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, publicado en el BOE de 30 de diciembre de 2021, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (ya convalidado por el Congreso de los Diputados), y se han visto modificadas las modalidades contractuales, entre las que se encuentra la utilizada por esta Entidad en el procedimiento selectivo, a lo que habría que añadir la fase del procedimiento en la que nos encontramos.

Es por lo que les solicitamos informe jurídico en relación con la problemática planteada, y especialmente existen dudas sobre varios aspectos concretos:

*.- Sobre si existe alguna posibilidad de llevar a cabo la contratación, conforme a la duración recogida en las bases de la convocatoria publicada en su momento.

*.- Si no se pudiese llevar a cabo la contratación conforme a las bases de la convocatoria, por ser el plazo de contratación superior al que contempla la nueva Ley para la reforma laboral, ¿habría que anular las bases de la convocatoria y realizar una nueva? ¿Qué repercusiones legales supondría esto para la Mancomunidad y para las personas que han sido admitidas provisionalmente en el proceso selectivo?

*.- Posibles soluciones a los efectos de poder continuar el procedimiento de ADMINISTRACION de forma que se puedan conservar todas las actuaciones del mismo y que reconfigurando las condiciones contractuales a lo que establece la normativa actual para salvaguardar el interés público, y si ello fuera posible, que procedimiento tendríamos que seguir.

Para su estudio les acompañamos la siguiente documentación:

*.- Bases de la Convocatoria (BOP N° ___ de _/_/_)

*.- Convenio de Colaboración Consejería de Sanidad 2021 (actualmente prorrogado en 2022) para el mantenimiento del Servicio de Atención Social Básica.

*.- Adenda al Convenio de Colaboración Consejería de Sanidad 2021 para el mantenimiento del Servicio de Atención Social Básica.

2.- LEGISLACIÓN APLICABLE:

- Real Decreto Legislativo 2/2015 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

- Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

- Real Decreto Legislativo 5/2015, Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- Ley 13/2015 de la Función Pública de Extremadura.

- Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las AAPP.

- Ley 6/2018 LPGE para 2018.

- Ley 3/2017 LPGE para 2017.

- Real Decreto 2270/1998 por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

3.- PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA: sobre si existe alguna posibilidad de llevar a cabo la contratación conforme a la duración recogida en las bases de la convocatoria publicada en su momento.

Considerando la modalidad contractual recogida en las bases (obra y servicio determinado) la respuesta sería negativa, por cuanto que la D. T. Cuarta del R. D. Ley 32/2021 sólo permite 6 meses de duración como máximo en los contratos a celebrar entre el 1 de enero y el 30 de marzo de 2022: *“Los contratos para obra y servicio determinado y los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, celebrados desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022, se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a seis meses”.*

Por ello, hacer contratos por obra y servicio más allá de los 6 meses conlleva incumplimiento legal que conllevaría responsabilidad de la Administración contratante, y entre otros, que dichos contratos pueda ser nulo de pleno derecho, a tenor del apartado 3 de la Disp. Adic. 17ª TREBEP: *“Todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”*.

No obstante, dado que el límite máximo para celebrar este contrato es hasta el 30 de marzo, y teniendo en cuenta que sólo se ha publicado la lista provisional, a la fecha de este informe no será posible acudir a este contrato que habrá desaparecido a partir de dicha fecha.

Por la duración del contrato, recogida en las bases (3 años), descartamos la modalidad contractual por circunstancias de la producción, que es sólo de 6 meses, quedando únicamente la posibilidad del contrato de sustitución o la contemplada en la **Disposición Adicional quinta del R. D. Ley 32/2021**, que dispone que:

“Se podrán suscribir contratos de duración determinada por parte de las entidades que integran el sector público, reguladas en el artículo 2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, siempre que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación para la suscripción de contratos de duración determinada que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea.

Los citados contratos se realizarán de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. “

De no darse las circunstancias indicadas, para un contrato laboral de esa duración sólo queda la opción del **contrato indefinido**, teniendo en cuenta que

deberá crearse la plaza en la Plantilla y el Puesto en la Relación de Puestos de Trabajo, y llegado el caso de terminación de su causa o insuficiencia de la subvención, poner fin a la relación laboral mediante el **despido objetivo** del Art. 52 e) ET:

“En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.”

Téngase en cuenta que el despido objetivo por causas económicas, técnicas y organizativas en las AAPP regulado en la Disp. Adic 16ª ET queda derogado a partir del 30 de marzo de 2022, por lo que no se podría alegar la amortización de la plaza o puesto de trabajo por causa organizativa.

Quien suscribe entiende que con la contratación laboral no se infringe lo dispuesto en la normativa vigente, y por tanto no es de aplicación la **Disposición adicional decimoséptima de Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público, de la Ley 20/21 que dispone que:**

“1. Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino”.

Dado que no se está cometiendo una irregularidad, por cuanto que el contrato es indefinido.

Y respecto de las indemnizaciones, serán las que proceda por el despido objetivo, las cuales deberían tenerse en cuenta para el cálculo de retribuciones a justificar, y no las contenidas en la citada disposición adicional 17ª:

“5. En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”.

Respecto de si hay que sacar o no la plaza a Oferta de Empleo, es decir, de la aplicación del artículo 29.2 de la Ley de Función Pública de Extremadura: *"Las plazas vacantes desempeñadas por personal funcionario interino, laboral indefinido no fijo o con contrato de interinidad deberán incluirse en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento o contratación o, si no fuera posible, al inmediatamente posterior, salvo que se decida su amortización"*; mientras exista tasa de reposición de efectivos, no sería posible salvo que teniendo dicha opción la utilizáramos para sacar esta plaza en lugar de sustituir la de la persona jubilada.

Todo este análisis deviene de la condición laboral de la relación contractual, dado que de tratarse de una relación funcional cabría el nombramiento de funcionario interino asociado a ese programa por un tiempo de hasta 3 años, como dispone el art. 10.1 c) TREBEP: *"c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto"*.

4.- SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA: Si no se pudiese llevar a cabo la contratación conforme a las bases de la convocatoria, por ser el plazo de contratación superior al que contempla la nueva Ley para la reforma laboral, ¿habría que anular las bases de la convocatoria y realizar una nueva?

Partimos de entender las bases como un acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de interesados (y no una disposición administrativa de carácter general), en donde ya se han publicado las listas provisionales, lo que supondrían unos derechos adquiridos, entre otros, a que el proceso selectivo se desarrolle y finalice.

Dada cuenta de que el contrato por "obra o servicio" no se contempla en el Estatuto de los Trabajadores como consecuencia de la reforma laboral operada por el Real Decreto Legislativo 32/2021, podríamos entender que las bases incurren en infracción del ordenamiento jurídico, y por lo tanto en causa de anulabilidad del artículo 48.1 c) de la Ley 39/2015: *"1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico..."*; y que, en opinión de quien suscribe, dicha "infracción" sería convalidable mediante la subsanación del vicio de que adolece (artículo 52 e la Ley 39/2015), es decir, mediante la modificación de las bases en lo relativo al tipo de contrato a celebrar sustituyendo la referencia al contrato por obra o servicio por un contrato indefinido, según lo expuesto en el apartado anterior, modificación que habrá de

publicarse en el Boletín Oficial de la Provincia y, para mayor seguridad jurídica, sería recomendable notificárselo igualmente a los admitidos en la lista provisional.

5.- TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA: ¿Qué repercusiones legales supondría esto para la Mancomunidad y para las personas que han sido admitidas provisionalmente en el proceso selectivo?

La Mancomunidad está adaptando las bases a la normativa vigente como consecuencia de una modificación posterior a su aprobación. Las actuaciones propuestas respetan los principios de legalidad y eficiencia del funcionamiento de la Administración, y no son perjudiciales para los interesados, sino que al contrario, conllevan una contratación de carácter indefinido frente a la contratación temporal inicial. En consecuencia no se estiman repercusiones legales de ningún tipo. No obstante, en la publicación y notificación a realizar, se recomienda posibilitar la devolución de las tasas abonadas en su caso, de solicitarlo alguno de los/as aspirantes, al modificarse las bases iniciales.

6.- CUARTA CUESTIÓN: Posibles soluciones a los efectos de poder continuar el procedimiento de forma que se puedan conservar todas las actuaciones del mismo y que reconfigurando las condiciones contractuales a lo que establece la normativa actual para salvaguardar el interés público, y si ello fuera posible, que procedimiento tendríamos que seguir.

Nos remitimos a las respuestas anteriores

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 la Mancomunidad 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, 2022