

ASUNTO: *“Sobre necesidad de contratación de laboral temporal de auxiliar administrativo por colapso en el área de administración, teniendo en cuenta el R. D. Ley 32/2021 sobre reforma laboral”.*

2122/22

AAR

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

INFORME

I. ANTECEDENTES

En la petición del informe manifiestan lo reseñado en el asunto, ampliando en una segunda petición que requieren asesoramiento para la contratación de auxiliar administrativo de manera temporal como personal laboral para ayudar en tareas administrativas de atención al público.

II. FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO. SOBRE LA LEGISLACIÓN A TENER EN CUENTA POR LAS AAPP EN LA UTILIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA Y EN EL NOMBRAMIENTOS DE FUNCIONARIOS INTERINOS.

Antes de responder a las cuestiones planteadas, debemos tener en cuenta varios mandatos legales explícitos para las AAPP que se iniciaron con la Disp. Adic 34 LPGE 2017 y con Disp. Adic 43 Ley 6/2018 LPGE, y que continuaron con la introducción de la Disp. Adic 17ª en el TREBEP por el R. D. Ley 14/2021 de Medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo, que finalmente se tramitó como ley ordinaria, concretamente la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, dictadas por el mal uso de la temporalidad de los contratos temporales y el fraude de ley, y además las dos últimas contemplan el mal uso o irregularidades en el nombramiento de funcionarios interinos.

A todo ello hay que unir el nuevo y reciente escenario consecuencia del R. D. Ley 32/2021 de Medidas Urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad

en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

La Disp. Adic 34 LPGE 2017 y con Disp. Adic 43 Ley 6/2018 LPGE, tienen la misma literalidad, a saber:

“Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.

Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

*Dos. **Los órganos competentes en materia de personal** en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental **serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para EVITAR cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.** Así mismo, los órganos de personal citados **no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal,** ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, **salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.***

*Tres. **Las actuaciones irregulares** en la presente materia **darán lugar a la exigencia de responsabilidades** a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.*

Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones”.

Por su parte y en la misma línea, la **Disp. Adic. 17ª TREBEP** sobre **Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público** con efectos, según la Disp. Trans. 2ª a partir de la entrada en vigor del R. D. Ley 14/2021, es decir, a 08.07.21, y a 31.12.21 a partir de la entrada en vigor de la ley 20/2021) para los nuevos contratos que se celebren, señala 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.

Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

2. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

*3. **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.***

*4. El incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una **compensación económica** para el personal **funcionario interino** afectado, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento. No habrá derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias ni por renuncia voluntaria.*

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.

Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación **nacerá a partir de la fecha del cese efectivo**, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria.»

SEGUNDO. SOBRE QUÉ SELECCIONAR SI FUNCIONARIO INTERINO O LABORAL TEMPORAL

En los últimos años se ha venido produciendo en nuestras EELL lo que llamamos “la laborización de la función pública”. Por ello en primer lugar hemos de manifestar que las labores burocráticas administrativas debieran estar desempeñadas por funcionarios no por personal laboral.

Así el Art. 92.2 de la Ley 7/85 recoge que:

“...

2. Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario.

3. Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”

Por su parte el Art. 132 del TRRL (R. D. Leg 781/86) remite al anterior; y en línea del primero, el Art. 14 de la Ley 13/2015 LFPEX recoge además que:

“...

2. *Son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes:*

- a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.*
- b) El ejercicio de funciones de autoridad, las actividades de inspección, vigilancia, control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas y sanción, el otorgamiento de licencias y la emanación de órdenes de policía.*
- c) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria.*
- d) La contabilidad.*
- e) Las de tesorería.*
- f) La fe pública.*
- g) La recaudación.*
- h) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos.*
- i) El asesoramiento legal preceptivo, así como la representación y defensa en juicio de la Administración.*
- j) Aquellas expresamente establecidas como tales en las leyes.*

A los efectos de lo previsto en el presente apartado y salvo supuestos excepcionales, se considerará que las funciones instrumentales o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales.

3. Las Administraciones Públicas de Extremadura podrán incluir en la relación de puestos de trabajo reservados al personal funcionario puestos de trabajo que tengan asignadas funciones distintas de las citadas en el apartado 2.”

Por ello estimamos más adecuado que la selección fuera de funcionario interino en vez de persona laboral temporal, pese al último párrafo del apartado 2 anterior. Ello supondría la amortización de la plaza de laboral de la plantilla y al mismo tiempo la creación de la plaza de funcionario para ser cubierta por un interino.

Téngase en cuenta que partimos de una plaza vacante, pero para poder sacarla a OEP para su cobertura definitiva se necesitaría una Tasa de Reposición de Efectivos -TRE- positiva (como así vienen regulando las anteriores LPGE y es de prever que así se recoja en la LPGE para 2023.).

Por ello si no puede en los próximos 3 años sacar la plaza a OEP y se hubiera seleccionado a un laboral temporal (contrato de sustitución), podría considerarse un fraude de ley en la contratación en sede judicial laboral y ser considerado el trabajador como indefinido no fijo, o en su caso, el despido improcedente. Para la misma situación, si se ha seleccionado un funcionario interino, transcurridos los tres años se le cesaría.

TERCERO. DURACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE FUNCIONARIO INTERINO O DEL CONTRATO LABORAL TEMPORAL.

En cuanto a al duración, si se decidiera el nombramiento de un funcionario interino (si la plaza de funcionario estuviera creada y vacante) podrían acogerse a la modalidad del Art. 10,1a) TREBEP

*“...La existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, **por un máximo de tres años**, en los términos previstos en el apartado 4.*

(...)

“4. En el supuesto previsto en el apartado 1.a), las plazas vacantes desempeñadas por personal funcionario interino deberán ser objeto de cobertura mediante cualquiera de los mecanismos de provisión o movilidad previstos en la normativa de cada Administración Pública.

No obstante, transcurridos tres años desde el nombramiento del personal funcionario interino se producirá el fin de la relación de interinidad, y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino.

Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica”.

Si la plaza de funcionario no estuviera creada, vista la petición del informe, se podría hacer un nombramiento de funcionario interino de la letra d) de dicho Art. 10.1 “*El exceso o acumulación de tareas por plazo **máximo de nueve meses**, dentro de un periodo de dieciocho meses.”*

Si la plaza estuviera creada como laboral podríamos acudir al **contrato de sustitución** del 15 Art.ET:..."podrá ser también celebrado para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima."

En cuanto a la duración y partiendo que estamos en un Ayto, la **Disp. Adic. Cuarta del R. D. Ley 32/2021** contempla que:"*Igualmente se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, 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.*

Pero esa duración tiene que ser matizada y por tanto no aplicable en las AAPP. Por un lado y teniendo en cuenta el Art. 99.4 de la ley 13/2015 LFPEX, el contrato en principio pudiera durar 12 meses. ("*Las convocatorias de los procesos selectivos deberán contener el calendario para llevar a cabo las pruebas, indicando el plazo máximo de resolución, que no será superior a doce meses*"). Pero incluso podría pensarse en una **duración de 3 años**, plazo que regula el Art. 70 TREBEP para iniciar las convocatorias desde la aprobación de la OEP. Así por ejemplo, la *Sentencia del TS de 28 de junio de 2021 (EDJ 2021/609715) establece el plazo de tres años como límite máximo de la temporalidad, transcurrido el cual nos encontraríamos ante un abuso anormalmente (límite del art. 70 TREBEP para iniciar las convocatorias desde la publicación de la OEP, con la sanción de la caducidad (Sentencia del TS de 21 mayo de 2019, EDJ 2019/595925); límite máximo del antiguo contrato de obra o servicio determinado; y de los programas temporales en el personal funcionario), y de superarse injustificadamente se abonará la indemnización del despido objetivo en caso de cese reglamentario.*

Pero matiza: "En cumplimiento de tales exigencias esta Sala estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga".

CUARTO. CONDICIONES PARA SELECCIONAR Y CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESOS SELECTIVOS

La justificación para la selección y contratación de personal laboral o

nombramiento de funcionario interino vienen recogida en el Art. 20.4 LPGE2021 .
"No se podrá contratar personal temporal, ni realizar nombramientos de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables ". Por ello en el expediente de su razón debería justificarse dichas necesidades

La selección debe estar caracterizada por los criterios de celeridad y agilidad como señala el Art. 10.2 del TREBEP . "Los procedimientos de selección del personal funcionario interino serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y celeridad, y tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto..." Y el Art. 96 de la Ley 13/2015: "Artículo 96. Selección del personal funcionario interino y del personal laboral temporal

1. La selección del personal funcionario interino y del personal laboral temporal se realizará mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. El procedimiento de selección del personal funcionario interino y del personal laboral temporal se regulará reglamentariamente y consistirá en la creación de listas de espera o bolsas de trabajo, pudiéndose acudir excepcionalmente al Servicio Público de Empleo de Extremadura.

2. Para ocupar un puesto de trabajo, el personal funcionario interino y el personal laboral temporal deberá reunir los requisitos generales para poder participar en los procesos selectivos previstos en el artículo 89 de la presente Ley y, en su caso, en la correspondiente relación de puestos de trabajo".

En igual sentido el Art. 11.3 del TREBEP "Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.»

Por ello dada la urgencia, sería posible la publicación de la convocatoria con las bases en la sede electrónica y tablón de anuncios del Ayto, así como la reducción de plazos tanto para la presentación de instancias, como en la publicación de la lista provisional, definitiva, etc. Así como la realización de un sólo ejercicio de oposición.

III. CONCLUSIONES

Estimamos más adecuado que la selección fuera de funcionario interino en

vez de persona laboral temporal. Ello supondría la amortización de la plaza de laboral de la plantilla y al mismo tiempo la creación para transformarla como plaza de funcionario.

Si optan por seleccionar un funcionario interino por vacante el plazo máximo sería por 3 años. Si optan por seleccionar laboral temporal para plaza vacante, procedería la modalidad de contrato de sustitución hasta que la plaza se cubra definitivamente (duración máxima de 3 años). En ambos casos siempre que lo permitan las LPGE.

En cualquier caso los procesos selectivos de uno u otro tienen que estar caracterizados por la celeridad y agilidad.

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, 2022