

JUNIO DE 2016

SERVICIO DE ASISTENCIA A MUNICIPIOS INFORME JURÍDICO

CONTRATACIÓN PARA PROGRAMA DE INCLUSIÓN SOCIAL

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Excma. Diputación Provincial de Granada

INFORME JURÍDICO

Que emite el Servicio de Asistencia a Municipios en relación con el "Programa extraordinario de apoyo económico a los municipios para cubrir situaciones de urgente necesidad social" del proceso de concertación 2016-2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Dentro del proceso de concertación local 2016-2017 la Excm. Diputación Provincial de Granada ha ofertado un programa denominado "Programa extraordinario de apoyo económico a los municipios para cubrir situaciones de urgente necesidad social", identificado con el número 2141.

 El objeto del programa es establecer ayudas económicas de carácter social para personas y familias en situación de vulnerabilidad social, y se materializa mediante distintos tipos de ayudas. Estas ayudas se realizarán, señala el programa, bien mediante entrega de dinero, bien "mediante el correspondiente contrato de inserción".

Es justamente este contrato de inserción, destinado a personas que no han sido seleccionadas de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, sino en función de criterios de necesidad de inserción social, lo que ha generado la duda en algunos ayuntamientos sobre si es compatible con los principios constitucionales de acceso al empleo público.

SEGUNDO: Se emite informe a los efectos de que pueda ser utilizado por los Ayuntamientos que lo consideren oportuno.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legislación aplicable.

- Constitución española de 1978 (CE).
- 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).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local (LRBRL).
- RD 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las Reglas Básicas y los Programas Mínimos a que debe ajustarse el Procedimiento de Selección de los Funcionarios de Administración Local
- Real decreto 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. (TRRL)
- Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía.
- Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

SEGUNDO: La CE reconoce en su artículo 23.2 el derecho fundamental "a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes"; y en el art. 103.3 establece que la ley regulará, entre otras materias, "el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad".

El artículo 55 del TREBEP, regula el derecho de todos los ciudadanos a acceder al empleo público, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y de acuerdo con lo previsto en el propio Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. Las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales expresados, así como los de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los

miembros de los órganos de selección , independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección , adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección .

La legislación reguladora del régimen local no recoge expresamente la selección de personal laboral temporal; si bien el artículo 103 de la LRRL indica que:

El personal laboral será seleccionado por la propia Corporación atendándose, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos.

Por su parte, el RD 896/1991, de 7 de junio, que hace una sucinta referencia en sus D. A. 1ª y 2ª a la selección de los funcionarios interinos y del personal laboral fijo, respectivamente, no menciona al personal laboral temporal.

Lo anterior no es óbice para que la selección de personal laboral no esté exceptuada de la aplicación de los principios constitucionales por los que imperativamente se rige el acceso a las funciones y cargos públicos de acuerdo con los artículos 23 y 103 CE, siendo inaceptable la contratación laboral sin el cumplimiento de los requisitos indicados.

Ciertamente, en casos de urgencia puede pedirse la colaboración del Servicio de Empleo, pues la jurisprudencia admite la oferta genérica para solicitar candidatos, siempre y cuando se dé, además, publicidad a la convocatoria, como mínimo en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, y se realice algún tipo de prueba de selección que garantice la aptitud de los aspirantes, sin olvidar que deberán justificarse las razones excepcionales que provocan el recurrir a este procedimiento de urgencia y la inexistencia de bolsa de trabajo de la misma categoría, por lo que este procedimiento debe ser excepcional.

La jurisprudencia constitucional ha avalado estos criterios, así la STC de 3 de agosto de 1983 argumenta que este precepto "configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión

de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera, surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada, del poder público legislativo. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los arts. 53.1 y 9.3 CE, ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las SS 10 julio 1981, 14 julio 1982 y 10 noviembre este último año, así como de las SS 23 julio 1968 y 27 octubre 1975 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

En otra Sentencia de 26 de diciembre de 1987 considera que el artículo 23.2 CE "impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquéllos que, sin esa referencia, establezcan una desigualdad entre españoles" (STC 50/1986). El artículo 23.2 introduce un criterio igualatorio que constituye una garantía, reforzada por tratarse de un derecho fundamental, del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos proclamado en el artículo 103.3, inherente por esencia al Estado de Derecho que la Constitución consagra. Por consiguiente, en la resolución de los procedimientos de selección para ocupar un puesto integrado en la función pública, los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por aquellos criterios de mérito y capacidad, incurriendo en infracción del mencionado precepto constitucional si tomaran en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos, no referidos a dichos criterios.

Como conclusión, podemos establecer que los requisitos para acceder a prestar trabajos para las Administraciones Públicas deben establecerse mediante referencias abstractas y generalizadas, deben guardar directa relación con los criterios de mérito y capacidad y no con otras condiciones personales o sociales y deben tener una justificación objetiva y razonable teniendo en cuenta las características de los puestos a cubrir y las necesidades presentes y futuras, en orden a la prestación de los cometidos asignados al personal que se pretende seleccionar.

TERCERO: Sentado lo anterior, y quedando claro que para acceder al empleo público son indisponibles los principios igualdad, mérito y capacidad, resulta que en ocasiones las Administraciones públicas promueven programas de empleo, cuya finalidad no es cubrir vacantes o atender a necesidades de la propia Administración, sino que su objeto es promover el empleo y resolver problemas sociales.



Así, por ejemplo, en Andalucía, la Ley 2/2015, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo establece como uno de sus objetivos: "impulsar la creación de empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía, activando el mercado de trabajo mediante la mejora de la empleabilidad, el fomento de la inserción laboral objetivo", a cuyo efecto desarrolla una serie de programas, como el "Programa Emple@Joven y Emple@30".

Dicho programa tiene como beneficiarios a los ayuntamientos (artículo 7) y los requisitos de selección de los participantes en el programa son puramente sociales, así el artículo 11 establece como criterio preferente ser beneficiario del Ingreso Mínimo de Solidaridad, de acuerdo con el Decreto 2/1999, de 12 de enero, y las personas solicitantes del Programa de Solidaridad respecto de las que las Comisiones provinciales de Valoración previstas en el considerado Decreto hayan formulado propuestas de resolución sobre la concesión del Ingreso Mínimo de Solidaridad, y como criterio subsidiario la situación de desempleo. Seguidamente el artículo 12 señala que "efectuada la selección de las personas destinatarias, los ayuntamientos procederán a su contratación, utilizando la modalidad de contrato de obra o servicio determinado, por un período mínimo de tres meses, debiendo formalizarse por meses completos, hasta un máximo de seis". Es decir, que la ley obliga a contratar

a personas seleccionadas de acuerdo, no con los criterios de mérito y capacidad, sino de acuerdo con criterios sociales.

Cuando una Administración pública realiza políticas de empleo o de integración social y, en virtud de las mismas, formaliza contratos laborales temporales, dichos contratos no atienden a necesidades de funcionamiento de la Administración, sino que tienen por objeto facilitar la inserción en el mercado de trabajo de los demandantes de empleo y evitar las desigualdades generadas por el sistema económico.

Ello supone la ruptura del nexo entre la captación de personal y los principios de mérito y capacidad, ya que la selección de candidatos no se hace para reclutar efectivos que cubran las necesidades de la Administración, sino para atender a las necesidades de los contratados, en virtud de una política pública de fomento de empleo.

Los principios de mérito y capacidad en la selección del personal al servicio de la Administración pública tienen por objeto asegurar que el reclutamiento de futuros empleados públicos se realiza eligiendo a los más capacitados, evitando que la selección pudiera obedecer a criterios espurios. Es el interés en el eficaz y eficiente funcionamiento de la Administración la que impone estas exigencias, exigencias que decaen cuando seleccionamos para contratos de exclusión social, pues su objeto, como ya he dicho, no responde a satisfacer las necesidades de la Administración, sino a promover la inclusión social de los contratados. Los requisitos de mérito y capacidad son sustituidos por criterios de carácter social, que conectan directamente con la naturaleza del programa social al que responde la contratación.

Habría que determinar las condiciones para que pudiera realizarse una política de empleo o de inserción social, que no requiera seleccionar a los candidatos de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, sino de acuerdo con criterios sociales. En mi opinión serían los siguientes:

- Ejercicio de una competencia municipal de fomento de empleo o de inclusión social.
- Existencia de un programa de empleo previamente aprobado que tenga por objeto atender a las necesidades de la población, no a las de la Administración

- Este programa deberá respetar en la selección de candidatos, en todo caso, los principios de igualdad y publicidad, para lo que deberá dotarse de criterios objetivos de selección.
- No cubrir vacantes de la plantilla municipal.
- No reclutar personal para atender a las necesidades derivadas del funcionamiento normal de la Administración
- Que la contratación sea temporal y no dé lugar, en ningún caso, a que el trabajador se convierta en indefinido.

CUARTO: Poniendo en relación lo anterior con el programa de la concertación municipal que es objeto de este informe, debe recordarse que no se trata de seleccionar personal para su ingreso en la Administración pública, ni siquiera temporalmente, sino del empleo de técnicas de inserción social, que pueden articularse, en unos casos mediante una ayuda directa, y en otros mediante la realización de un contrato de trabajo.

Debe entenderse que estamos ante la presencia de intereses constitucionalmente protegidos, pues la Constitución española compromete expresamente a los poderes públicos en la promoción de las condiciones "para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" (art.9.2), así como en el cumplimiento de objetivos que hagan posible "el progreso social y económico" (art.40.1).

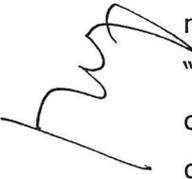
Por otro lado, parece que desde el punto de vista de la dignidad de la persona, protegida por al artículo 10 de la CE, sea preferible atender a una necesidad social mediante un contrato de trabajo de duración determinada que entregando la cantidad equivalente al coste del mismo como una subvención o ayuda directa, sin contraprestación alguna. Ambas formas de prestación social están incluidas en el programa, la entrega material de dinero y la contratación temporal, pero en algunos supuestos esta última se considerará más eficaz para la consecución de los fines previstos.

Por lo tanto, examinando los requisitos señalados en el apartado anterior, debemos admitir que el "Programa extraordinario de apoyo económico a los municipios para cubrir situaciones de urgente necesidad social" cumple con la segunda de las exigencias, la existencia de un programa de servicios sociales previamente

aprobado que tenga por objeto atender a las necesidades de la población, no a las de la Administración.

Igualmente cumple con los requisitos de no cubrir vacantes de la plantilla municipal, ni cubrir necesidades derivadas del funcionamiento normal de la Administración.

La Administración deberá velar porque en el proceso de selección se cumplan con los principio de igualdad y publicidad, y deberá asegurarse que no se produzca una contratación laboral en fraude de ley o que se prolongue la duración del contrato más allá del tiempo permitido por la normativa laboral, haciendo que el contrato temporal devenga en indefinido.

 QUINTO: Queda por solventar el problema del ejercicio de una competencia municipal. Debe indicarse que el programa de Diputación se incardina dentro de los "Programas Básicos de Servicios Sociales", aunque en este caso, el mismo tiene carácter bifronte, pues tiene por objeto "regular un sistema de ayudas económicas de urgencia social", lo que nos conecta con las competencias en materia de servicios sociales, pero se materializa mediante un contrato laboral, lo que resulta propio de las competencias en materia de fomento de empleo.

Las entidades locales no poseen competencias propias en fomento de empleo. El artículo 25 de la LRBRL no incluye esa materia entre aquellas en las que el legislador sectorial, estatal o autonómico, habrá de atribuir competencias a los municipios; tampoco el artículo 9 de la LAULA la incluye entre las competencias municipales.

En cuanto a la materia de atención social, el artículo 25.2 de la LRBRL recoge exclusivamente la "evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social", si bien la LAULA, ex artículo 9.3, atribuye como competencias propias de los municipios andaluces la siguiente:

Gestión de los servicios sociales comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye:

a) Gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios.

b) Gestión del equipamiento básico de los servicios sociales comunitarios.

c) Promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos, dentro de su ámbito territorial.

Por su parte la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía establece en su artículo 19.1 que los ayuntamientos serán responsables de los servicios sociales de su ámbito territorial, de acuerdo con la LRBRL, y dentro del marco de dicha ley, y ejercerán sus facultades de programación, planificación u ordenación de los servicios o actividades de su competencia, en el marco del Plan Regional de Servicios Sociales (art. 19.3).

La Ley de Servicios Sociales Andaluza prevé una asunción, como competencias delegadas por la Junta de Andalucía, de la gestión de los centros de servicios sociales comunitarios y la ejecución y gestión de los programas de servicios sociales y prestaciones económicas que pudiera encomendarles el Consejo de Gobierno, para los municipios de más de 20.000 habitantes.

Por otro lado, se delega en las diputaciones provinciales esas mismas competencias, para atender a las necesidades de los municipios menores de 20.000 habitantes.

Tienen por tanto, los municipios andaluces competencias propias en la materia, ex artículo 9 de la LAULA, sin perjuicio de las atribuidas por delegación por la Junta de Andalucía para los mayores de 20.000 habitantes.

Por su parte, la Diputación de Granada ostenta competencias delegadas sobre la materia, lo que le permite concertar con los ayuntamientos, determinadas programas que afectan al círculo de intereses de ambos entes.

En el caso del programa 2141 del programa de concertación municipal 2016-2017, tanto la provincia como los municipios actúan en el ejercicio de una competencia, atribuida por delegación en el caso de Diputación, propia en el ayuntamiento, que al actuar de forma concurrente sobre una misma materia y sujetos, precisa de un instrumento de cooperación para desplegarse, instrumento que no es otro el convenio de concertación 2016-2017.

Obsérvese que no se trata de un supuesto de las desaparecidas competencias complementarias, sino de una única competencia atribuida al binomio provincia-municipio, que actúa aquí como esa unidad única "comunidad política local" a la

que se refiera la LAULA y sobre la que fundamenta las relaciones entre diputaciones y ayuntamientos.

La reciente STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016, ha avalado este esquema competencial, en virtud del cual las comunidades autónomas pueden atribuir a los municipios competencias propias en el ámbito de sus propias competencias exclusivas, más allá de los mínimos que prefigura el apartado 2 del artículo 25 de la LRBRL.

SEXTO: No obstante, si el Ayuntamiento considerara que está ante el ejercicio de una competencia en materia de fomento del empleo, en términos análogos a los de la Junta de Andalucía en los programas descritos en el fundamento jurídico tercero de este informe, o ante el ejercicio de otra competencia ni propia ni atribuida por delegación, le quedaría expedita la vía prevista en el artículo 7.4 de la LRBRL, es decir, el ejercicio de una competencia que un sector de la doctrina ha denominado "competencias disponibles" y el propio TC en la sentencia antes citada como "competencias propias generales".

El artículo 7.4 LRBRL contiene una habilitación que permite a los entes locales ejercer competencias en cualesquiera ámbitos materiales. Al prever que los entes locales -podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación- el legislador básico viene a atribuir directamente competencias locales en materias de competencia autonómica y, por tanto, en ámbitos donde en principio solo las Comunidades Autónomas tienen capacidad para asignar poder local. Sin embargo, la posibilidad de ejercer esas competencias queda sujeta a exigentes condiciones; entre ellas, informes previos y vinculantes de las propias comunidades autónomas.

Su ejercicio no requiere de una habilitación legal específica, pero es posible solo si se dan las siguientes circunstancias: 1) no hay riesgo para la sostenibilidad financiera de la hacienda municipal; 2) no se produce la ejecución simultánea del mismo servicio con otra Administración; 3) hay un informe previo vinculante de la Administración competente por razón de la materia (que señale la inexistencia de duplicidades) y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera (sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias).

El Ayuntamiento, para poder ejercer competencias en materia de fomento de empleo u otra competencia propia general deberá tramitar el procedimiento previsto en el artículo 7.4 de la LRBRL.

SÉPTIMO: Por último, deben afrontarse las limitaciones que impone la LPGE 2016 para la contratación de personal laboral temporal.

Así el artículo 20.Dos de la citada ley señala:

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.

Obviamente este precepto está pensado para la contratación de personal que atienda a las necesidades de la Administración, por ello se refiere a "necesidades urgentes e inaplazables" y además, se restringe a sectores prioritarios o relacionados con el funcionamiento de los servicios públicos esenciales. No obstante, con objeto de cumplir formalmente con lo dispuesto en la ley de presupuestos, en el expediente administrativo de la contratación deberían quedar acreditados los siguientes extremos:

- Que se trata de un caso excepcional. Esto debería venir configurado en el programa, que no puede articularse como un programa general de empleo, sino un programa social para atender casos excepcionales.
- Que la necesidad de contratación es urgente e inaplazable, en razón de las necesidades que presenta la persona a la que se va a contratar.
- Que el Ayuntamiento haya declarado la integración social de su población como un sector preferente de su acción política.

Por otro lado, el artículo 19. Cuarto de la LPGE 2016 establece un límite al crecimiento de la masa salarial, que deberá respetarse en todo caso, sin que compute en el mismo el importe del contrato subvencionado por la Diputación, ya que la limitación de la LPGE se hace "en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación".

CONCLUSIONES

PRIMERO: Para el desarrollo del programa de concertación 2141 "Programa extraordinario de apoyo económico a municipios para cubrir situaciones de urgente necesidad social", pueden realizarse contratos tras la realización de un proceso de selección de personal no basado en los criterios de mérito y capacidad cuando se den las siguientes circunstancias y requisitos:

- El ejercicio de una competencia municipal en materia de inclusión social
- Existencia de un programa de servicios sociales previamente aprobado que tenga por objeto atender a las necesidades de la población, no a las de la Administración
- Este programa de inclusión social deberá respetar en la selección de candidatos, en todo caso, los principios de igualdad y publicidad, para lo que deberá dotarse de criterios objetivos de selección.
- No cubrir vacantes de la plantilla municipal
- No cubrir necesidades derivadas del funcionamiento normal de la Administración
- Que la contratación, en ningún caso, dé lugar a que el trabajador se convierta en indefinido

SEGUNDO: El Ayuntamiento actuará en el ejercicio de una competencia propia en materia de servicios sociales, no obstante, si considera que estamos ante un programa de fomento el empleo u otra competencia disponible, deberá seguir el procedimiento previsto en el artículo 7.4 de la LRBRL para el ejercicio de las competencias propias generales.

TERCERO: Deberán cumplirse las exigencias establecidas por la LPGE para 2016, lo que podrá realizarse mediante la acreditación en el expediente de las siguientes formalidades:

- Que se trata de un caso excepcional. Esto debería venir configurado en el programa, que no puede articularse como un programa de empleo con carácter general, sino un programa social para atender casos excepcionales.
- Que la necesidad de contratación es urgente e inaplazable, en razón de las necesidades que presenta la persona a la que se va a contratar.
- Que el Ayuntamiento haya declarado la integración social de su población como un sector preferente de su acción política.

Además, deberá tenerse en cuenta los límites impuestos por la LPGE a la masa salarial.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo que este dictamen es de carácter facultativo y la opinión jurídica recogida en él se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no supe en modo alguno a otros informes que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Granada a 21 de junio de 2016



José Ignacio Martínez García
Jefe del Servicio de Asistencia a Municipios