

INFORME

D. Eduardo de Linares Galindo, mayor de edad, con domicilio en Málaga Calle Marín García 9. 5ª planta con Documento Nacional de Identidad número .2.567.3043-Y actuando en representación de la CONSULTORÍA INTEGRAL DE LA EMPRESA Y EL MUNICIPIO S.L (Ciem SL) con CIF.B-92509330 en su calidad d Administrador de la misma. En relación al contrato de realización del SERVICIO DE ELABORACIÓN DE LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DEL AYUNTAMIENTO DE LA LÍNEA DE LA CONCEPCIÓN, habiendo sido requerido para un pronunciamiento acerca de nuevamente la aportación de mayor motivación de la ya incluida en las memorias, así como en el informe anterior sobre la creación de puestos, por medio de la presente DIGO:

.- PREVIO : RETOMANDO EL INFORME ANTERIOR :

En otro apartado del informe determina:

4.2.2.- Tampoco parece que se haya motivado sucintamente la creación de plazas de Administrativos, cuya referencia se encuentra en el Documento nº 3 "Estructura Propuesta RPT", Punto A.4 (Página 15) justificando su creación por la realización de funciones de superior categoría – de Auxiliar Administrativo a Administrativo- señalando que será la Mesa de Negociación la que determinará en qué Áreas existen Auxiliares que desarrollan funciones Administrativas. En el proceso de negociación del documento consta que en Acta de 21/07/2016 se propone por la Concejalía de Personal que la conversión afectase sólo a un 50% sin justificación alguna;

En este sentido no podemos estar de acuerdo en la falta de motivación de la creación de puestos, porque en cada puesto que se crea se ha determinado el hecho de que en cada área, tras determinarse en el documento 0, se ha motivado la causa por la que hay que crear los puestos y el por qué. Entre la casuística podemos señalar varios criterios generales:

- 1.- porque ya se venga efectuando el puesto por un empleado de inferior categoría, y por tanto, para adecuarlo a la legalidad hay que proceder a la creación del puesto.*
 - 2.- Por que ya se venga desempeñando por un indefinido sin que aparezca el puesto en la plantilla (son los llamados puestos procedente de laboral temporal).*
 - 3.- Tras un estudio del ayuntamiento, con entrevistas personales, datos objetivos, formularios, etc... se ha acreditado la necesidad de la creación del puesto, bien por necesidad o bien por desbordamiento del personal que lo realiza.*
- No obstante en las memorias, en cada área así lo determina, poniendo como ejemplos obrantes en la memoria:*

Alcaldía cuenta con dos Administrativos de nueva creación ya que consideramos que las necesidades del servicio así lo requieren además de estar realizándose dichas funciones por

personal del Ayuntamiento,

Responsable de Nuevas Tecnologías (puesto de nueva creación porque en la actualidad se están realizando las funciones propias del mismo, de ahí que el ocupante esté como nombramiento provisional ya que no es su puesto original)

....La cuarta plaza es de nueva creación ya que procedía de la plantilla de laboral temporal que como se ha dicho debido al tiempo que se lleva ocupando se crea como estructural,

Técnico Superior de Gestión (puesto de nueva creación ya que proviene de la plantilla de personal temporal, que como se ha comentado en apartados anteriores debido a la permanencia de la ocupación del puesto se ha consolidado y se ha creado como puesto de estructural) adscrito a este localizamos un Responsable de Secretaría de nueva creación ya que entendemos necesaria dicha figura para la coordinación de la sección y apoyo al técnico.

En cuanto a la sección de registro, está formado por un Responsable de Registro (puesto de nueva creación ya que procedía de la plantilla de laboral temporal).

Y así podíamos continuar con la práctica totalidad de motivación de los puestos creados, modificados en su denominación o amortizados.

.- PRIMERO: SOBRE LA CREACION DE PUESTOS EN LA POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN:

Dentro de la solicitud de ahondar en la motivación entendemos que no podemos perder de vista el hecho de que la creación de puestos está dentro de la potestad de autoorganización de la administración.

Hecho que implica que tenga la administración discrecionalidad (que no arbitrariedad) para la creación de puestos, si bien la misma ha de estar basado en criterios técnicos. Y la evocación de los mismos (como es el caso) es sustrato propio de la motivación.

Por no aburrir con sentencias que avalan esta teoría tenemos por ejemplo TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 9-6-2016, nº 902/2016, rec. 206/2015 Pte: Lucas Lucas, María de la Encarnación

Se dice en dicha sentencia "... Sobre este asunto decir que el fenómeno de la supresión de plazas en la plantilla o de puestos en una RPT pertenece al campo de la potestad de autoorganización de la Administración demandada ex artículo, entre otros, 72 del EBEP (Ley estatal 7/2007); aunque ello no querrá decir que esa Administración pueda actuar sin fundamento técnico y de conveniencia económica-presupuestaria algunos porque y de ser así

incurriría en una contravención a los mandatos contenidos en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución de 1978 en concordancia con el artículo 3.1 de la Ley estatal 30/1992, de Régimen y Procedimiento Administrativo: arbitrariedad.

Pues bien dentro de esta potestad de autoorganización, esta consultora ha acreditándola necesidad de creación de los puestos basado en los trabajos que se detallan en la memoria 0 y que pasamos a resumir brevemente:

- 1.- se han realizado estudios de toda la documentación existente (plantillas, RPT anteriores, altas y bajas de los últimos años, etc...).
- 2.- se han analizado los formularios de todos los trabajadores que lo presentaron, organizados por servicio y del que , de un estudio pormenorizado, se pueden deducir necesidades organizativa y de creación, red denominación, amortización, etc..).
- 3.- Posteriormente se han tenido reuniones con los responsables de servicios para determinar posibles necesidades, las cuales tras nuestro análisis técnico hemos considerado oportuno, o no, su creación.

Es decir que hay un arduo trabajo técnico que avala y legitima la creación de puestos con las motivaciones particulares que aparecen en cada uno de los puestos creados dentro de las memorias, y todas bajo el prima general de las necesidades del servicio.

.- SEGUNDO: OBLIGACION LEGAL COMO MOTIVACION DE LA CREACION DE PUESTOS BASADO EN LA EXISTENCIA DE INDEFINIDOS NO FIJOS:

Luego hay una serie de puestos que se crean, entendemos en aplicación de la normativa, hecho que per se es motivación más que suficiente. Es más quien considere que NO habría que crear los puestos entendemos que deberá basarlos en derecho.

En el ayuntamiento de la Línea hay (como en la gran mayoría de administraciones locales) un gran número de contratos indefinidos en fraude de Ley.

Con excepción de las vacantes, no pueden existir plazas que son atendidas por trabajadores para el desempeño de un puesto de trabajo, y no se encuentren incluidas y dotadas económicamente en la Plantilla orgánica de ordenación presupuestaria y previamente en la RPT. Por este motivo, es obligatorio que el Ayuntamiento regularice esta situación, mediante la inclusión -como hemos dicho- tanto de los puestos de trabajo en la RPT, como de las plazas existentes en la organización, porque no se trata de crearlas ex novo, sino de incluirlas en la

Plantilla de Personal como una simple regularización de la misma.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que la relación jurídica, bajo la modalidad contractual que ostentan los trabajadores a los que refiere la consulta (laborales indefinidos) -tienen la condición de “indefinidos no fijos”-, no supone otra cosa que la existencia de puestos de trabajo que se desempeñan, en realidad, de forma interina hasta su cobertura reglamentaria, ya que, como es sabido, el contrato indefinido no consolida la “fijeza”, que sólo puede alcanzarse mediante procesos selectivos que el Ayuntamiento se encuentra obligado a realizar mediante la provisión regular de los puestos de trabajo, a través del procedimiento selectivo correspondiente y conforme a la regulación contenida en el art. 55 y ss 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-.

Son exponentes de estas cuestiones, la Sentencia del TS de 20 de enero de 1998, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, que recoge la actual doctrina jurisprudencial (Sentencias del TS de 19 de junio de 2002; de 30 de mayo de 2007; de 4 de febrero de 2010; de 23 de octubre de 2013; de 24 de junio de 2014; y de 7 de julio de 2014), en la que los efectos de esta contratación de “indefinidos y no fijos” en Plantilla se extinguen mediante la cobertura reglamentaria de la plaza; es decir, que la administración debe necesariamente proveer dichos puestos a través de los procedimientos selección mencionados, y como requisito legal previo, existir en la RPT.

Para ello, el Ayuntamiento, debe incluir, con carácter previo, las plazas en Plantilla y sus correspondientes puestos de trabajo en la RPT, toda vez que no se trata de incorporar nuevo personal, sino regularizar una situación que a priori es necesaria y obligatoria, que no creemos que vaya en contra de las restricciones y limitaciones previstas en LPGE, si bien la posibilidad de realizar la Oferta de Empleo Público -OEP- de estas plazas, que tienen la misma condición que las de “interinidad por vacante”, deberán sujetarse a los términos y condiciones que el resto de plazas que se encuentren vacantes en la organización, según las limitaciones que plantea el citado precepto. Por tanto, la ejecución de la OEP de dichas plazas estará supeditada y condicionada a los preceptos de la actual y sucesivas LPGE, si bien, y con independencia de poder o no ofertarlas, las citadas plazas deberán ser regularizadas y sus puestos de trabajo incluidos necesariamente en la RPT.

Acudiendo a la jurisprudencia nuevamente podemos encontrar un caso muy esclarecedor: TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 20-3-2012, nº 547/2012, rec. 157/2011 Pte: Castro García, Santos Honorio de:

*Desde luego que el reconocimiento de esa situación a los recurrentes, que es calificada de "indefinida discontinua para cada curso escolar", pero que en cualquier caso está condicionada a que subsistan las necesidades educativas especiales que se están cubriendo y a que no se proceda a su cobertura reglamentaria, a juicio de esta Sala no puede erigirse como causa que impida a la Administración aprobar o modificar la RPT, incluyendo o no en ella los puestos que después son adscritos a las actoras, pues que con esta forma de proceder lo que en realidad está haciendo es regularizar una situación que era hasta cierto punto un tanto irregular, valorando, en el ejercicio de su potestad de autorganización, que las necesidades que se estaban cubriendo por la vía de la contratación temporal y mediante una relación laboral indefinida discontinua, aún cuando inicialmente se ampararan las contrataciones eventuales, **devienen ahora en necesidades permanentes que justifican la creación de puestos ya de naturaleza estructural; lo que es más que suficiente para acordar la creación de tales puestos como estructurales y su inclusión en la RPT.***

*Ese aumento progresivo del número de contrataciones temporales llegó a conformar una situación jurídica y social insostenible. **Era necesaria una nueva RPT que aglutinase a ese grupo numeroso de contrataciones temporales.** Es decir, existía un elevado número de contrataciones que por sus características diferenciadas y peculiares había que pasarles a **puestos de carácter estructural y permanente**, transformándose en puestos de la RPT de centros docentes de la Consejería de Educación, que con el tiempo fuesen ocupados por personal laboral fijo para dar mayor estabilidad a los centros docentes... "*

Y por último la misma idea se apunta en la Memoria Justificativa de la RPT : " Transcurrido el tiempo, debido a los cambios producidos en el sistema educativo y a la mayor demanda social de calidad en la enseñanza, se hace imprescindible afrontar una nueva reforma de las actuales plantillas de puestos de trabajo para adaptarlas a dichos cambios. Durante todos estos años ha ido aumentando progresivamente las contrataciones temporales fuera de la RPT para satisfacer esa progresiva demanda educativa. Concretamente este año, para el curso 2009-10, se han contratado 277 profesionales de diferentes categorías, para los centros docentes.

Entendemos que de todas estas contrataciones temporales existe un grupo bastante numeroso que por sus características diferenciadas y peculiares habría que pasarle a puestos de carácter estructural y permanente. **Es decir que dichas contrataciones deben transformarse en puestos de RPT y estar ocupadas en un futuro por personal laboral fijo.** No obstante, hay que indicar que de las 277 contrataciones fuera de RPT realizadas hasta el momento para el curso 2009-10 (tanto para profesionales para atender a alumnos con necesidades educativas especiales -ACNEES- como para otras categorías) solo van a pasar a puestos estructurales de RPT 224. "

Por todo ello, y partiendo de que se cuestiona la inclusión y la configuración de varios puestos de trabajo, las actoras deberían haber acreditado los hechos que avalan su tesis, lo que atendida la dialéctica de este litigio necesariamente habría de consistir en la demostración de que las necesidades que los puestos están llamados a cubrir no son de carácter estructural, sino que son debidas situaciones transitorias o a circunstancias de la producción y que por ello no estaría justificada su inclusión en la RPT; mas resulta que sobre ello ninguna prueba llegan siquiera a proponer.

Como podemos ver, aún en otra administración, estamos ante idéntico caso, el propio hecho de haber devenido en indefinido por el transcurso del tiempo es motivación y prueba suficiente de su carácter estructural, y dado el mismo, no cabe otra sino incluirlo en la RPT.

Por otro lado, haciendo una RPT hay que incluir TODOS LOS PUESTOS, de forma que si no se incluyen (crean) estos puestos es tanto como poder decir que se pueden y se deben amortizar expuesto y despedir al ocupante. Dado que no se acreditara la necesidad de crear el puesto, y dado que no se puede mantener un puesto no reflejado en RPT pero ocupado por un indefinido, así como no se podría mantener la condición de a extinguir (condición admitida en la administración sólo cuando el ocupante es funcionario o laboral fijo) sólo quedaría un resultado que entiendo no es el deseado por ninguna de las partes y que seguro provocaría el colapso de los servicios donde se prestaban.

Por todo lo anterior, entendemos que los puestos creados a partir de su existencia como proveniente de temporal tiene su motivación directa de la aplicación de las normas en la materia, tanto en lo administrativo como en lo laboral.

.- TERCERO: MOTIVACIÓN DE CREACIÓN DE PUESTOS DE SUPERIOR CATEGORÍA:

Otra de las casuísticas existentes es puestos que se han creado por haberse acreditado el hecho de que se están prestando funciones de un puesto de superior categoría por parte del personal actual de menor categoría.

Desde un punto de vista legal, no podemos incluir dichas funciones de superior categoría en un puesto de inferior categoría, pues sería un claro vicio de nulidad.

Además, se estaría vulnerando los derechos profesionales de los empleados públicos pues se estaría prevaleciendo la administración de una situación anómala creada por ella.

Por el contrario es necesario que esas funciones se sigan realizando pero de una forma legal y acorde a derecho, es por ello que es necesario la creación de esos puestos de superior categoría que en muchos de los casos vienen a sustituir a los de inferior categoría.

Por otro lado, debemos determinar que dado que stamos hablando de puestos y no de ocupantes, se ha dejado determinado en las memorias allá donde se hacían funciones de superior categoría y era necesaria la creación de estos puestos, suficientemente motivada pero

evitando que con el documento RPT con esas afirmaciones (por ejemplo, el auxiliar administrativo del servicio x está realizando funciones de superior categoría con lo que habría que crear el puesto de administrativo) el empleado (principalmente laboral) pueda acudir a los juzgados de lo social a reivindicar dicho ascenso en virtud del Convenio y el Estatuto de los trabajadores y un año de diferencia salarial, máxime en un escenario en el que en el ejercicio 2016 hemos tenido conocimientos de sentencias del social 1 de Algeciras de 27 de julio de 2016 en dicho sentido.

Indudablemente, este hecho y esta necesidad del servicio de creación de puestos de superior categoría no se ha generado ni existe en todas las unidades administrativas ni en todos los puestos de auxiliar administrativos, sino en aquellos que se ha podido acreditar, y que simplemente poníamos nuestra propuesta, en un principio, a criterio y revisión de la mesa de negociación, pero siempre basado en criterios técnicos de necesidad y oportunidad, así como la motivación que convendrá el Sr. Secretario de vital importancia, de adaptar la realidad al ordenamiento jurídico.

Por consiguiente esta casuística de creación de puestos que se derivan de la necesidad existente de regularizar circunstancias de categoría profesional y realización de tareas y funciones de superior categoría, expresamente pero no únicamente nos referimos a los puestos creados de administrativos, tal y como viene reflejado en la memoria tiene su motivación igualmente desde la aplicación de la normativa.

.- CUARTO: DEL MOMENTO PROCEDIMENTAL DE ACREDITAR DICHA NECESIDAD:

Por tanto, entendemos que con el presente informe, que viene a ahondar en la motivación dada en cada caso en las memorias, así como en el informe que precede al presente, ha quedado sobradamente justificada la creación de puestos en virtud de la causa o motivación de la misma (necesidades del servicio, proveniente de temporal, puestos que se venían desempeñando por personal de inferior categoría al puesto,...).

Pero no quiero dejar de terminar este informe con una reflexión. Considerando que según la jurisprudencia en la materia, así como en la doctrina sobre la motivación, todo ello incardinado en donde nos encontramos en una RPT entiendo que la realidad es que todo acto administrativo ha de ser motivado, pero al igual que la RPT no tiene que tener los límites

concretos la LPGE, tampoco entendemos, que en materia de creación de puestos, se tenga que dar una exhaustiva y minuciosa motivación para los mismos (motivación que entendemos que sí se ha dado sobrada y reiteradamente).

Me explico: si la RPT es lo que es, un documento por el cual se organiza hacia el futuro una administración será cuando se apruebe la OEP esos nuevos puestos, o directamente se convoque su cobertura cuando sí se podrá pedir una mayor exigencia de motivación más concreta si se quiere.

Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección: SÉPTIMA en SENTENCIA 09/04/2014 vuelve a determinar:

*Y es que, no cabe aceptar la configuración que realiza el recurrente de los presupuestos municipales como si de un acto de mera ejecución de las Relaciones de Puestos de Trabajo se tratase, con independencia de cualquier otra consideración. Nada impide que un Ayuntamiento, en el ejercicio de su potestad de autoorganización y del principio de autonomía municipal, pueda alcanzar y cerrar acuerdos con las organizaciones sindicales en relación con el personal a su servicio para ejercicios futuros si bien el contenido de dichos pactos y acuerdos puede ser que no se lleve a efecto como consecuencia de los límites establecidos en la legislación presupuestaria, tal y como se señaló anteriormente. **Y así, es perfectamente posible que las Relaciones de Puestos de Trabajo no se ejecuten en su totalidad en el ejercicio presupuestario correspondiente por diferentes motivos y circunstancias**, entre los cuales, sin duda alguna, se encuentra la imposibilidad legal de aplicarlas íntegramente en atención a la limitación que pueda fijarse legalmente para cada ejercicio presupuestario, la cual, lógicamente, prevalece sobre los acuerdos que hayan podido ser suscritos.”*

Por supuesto que hay que motivar todos los actos administrativos, y por supuesto que así se ha hecho desde un principio. Pero entendemos que habiéndose motivado la mayor exigencia que se realice en dicha motivación habrá de exigirse en un momento procedimental posterior.

Así si analizamos el artículo 35 LPAC determina los actos que OBLIGATORIAMENTE deben ser motivados:

Artículo 35. Motivación.

1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión.
- c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 56.
- e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias.
- f) Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados.
- g) Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio.
- h) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial.
- i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Sabiendo y reiterando que todos los actos administrativos deben motivarse, para analizar la ausencia de arbitrariedad, no podemos olvidar que estamos ante una potestad discrecional de la administración, y que estando suficientemente motivada, en este caso la creación de los puesto, en nuestra humilde opinión consideramos que con todo lo determinado no se podrá determinar que la RPT adolece de motivación.

Todo ello es lo que ha tenido el honor de informar sin perjuicio de mejores opiniones basadas en Derecho.

Y para que así conste, fecho y firmo en Málaga, a 19 de octubre de 2017.

Fdo. Eduardo de Linares Galindo