



INFORME DE LEGALIDAD RELATIVO AL BORRADOR DE ORDEN DE LA CONSEJERA DE EDUCACIÓN POR LA QUE SE REGULA LA ADJUDICACIÓN DE PUESTO DE TRABAJO A LAS PERSONAS QUE FORMAN PARTE DE LAS LISTAS DE CANDIDATOS Y CANDIDATAS A SUSTITUCIONES EN LAS CATEGORÍAS DE FISIOTERAPEUTA, TERAPEUTA OCUPACIONAL, ESPECIALISTA DE APOYO EDUCATIVO, TRANSCRIPTOR/A ADAPTADOR/A DE MATERIAL E INTÉRPRETE DE LENGUAJE DE SIGNOS Y SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA ASIGNACIÓN ANUAL DE CENTROS AL PERSONAL LABORAL FIJO, INDEFINIDO NO FIJO E INTERINO EN LAS CATEGORÍAS DE FISIOTERAPEUTA, TERAPEUTA OCUPACIONAL Y ESPECIALISTA DE APOYO EDUCATIVO

56/2019 DDLCN - IL

I.- ANTECEDENTES

Se solicita por el Director de Gestión de Personal del Departamento de Educación informe de legalidad respecto al Proyecto de Orden de referencia.

El presente informe se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.1 h) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos; y en relación con lo prevenido en los artículos 12.1.a) y 14.1.a) del Decreto 7/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

De la misma forma, cabe señalar que, de conformidad con la regulación que ofrece el artículo 5.1.a) de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, y el art. 11 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del



Gobierno Vasco, forma parte de la función de asesoramiento jurídico la emisión de un informe jurídico preceptivo respecto de los proyectos de disposiciones de carácter general.

El borrador de Orden se acompaña del conjunto de informes preceptivos conforme a la legislación aplicable.

II.- OBJETO DEL PROYECTO

El Proyecto aborda la regulación de dos procedimientos en materia de gestión de personal por parte del Departamento de Educación.

Dos procedimientos de periodicidad anual, ligados ambos a la ordenación del personal al inicio de cada curso escolar, si bien de naturaleza jurídica diferente, como ya apuntaba el Informe de la Asesoría Jurídica departamental, al tratarse en un caso de la provisión temporal de puestos de trabajo y, por otro, de la distribución del trabajo entre quienes, con fijeza o de manera temporal, se hallan adscritos a determinados puestos de trabajo.

Así, por una parte, se aborda el procedimiento dirigido a cubrir, en régimen de contratación laboral, vacantes y ausencias de titulares de puestos (durante la totalidad del curso) por personas que integran las denominadas Bolsas o Listas de Sustituciones en las categorías de Fisioterapeuta, Terapeuta Ocasional, Especialistas de Apoyo Educativo, Transcriptor/a Adaptador/a de Material, Intérprete de Lenguaje de Signos.

El segundo procedimiento se refiere a la distribución de centros con alumnos con necesidades educativas especiales entre aquel personal que, con una relación laboral fija, indefinida o de interinidad, debe atender aquellas necesidades al hallarse adscrito a puestos de trabajo de los *Berritzegunes Zonales* que dan cobertura a los centros en cuestión.

Debe recordarse que, conforme a la definición del art. 2 del Decreto 40/2009, los *Berritzegunes Zonales* son los centros de apoyo que, ubicados en una localidad, extienden sus servicios a centros educativos en diferentes localidades, conforme a la definición geográfica del

Anexo del citado Decreto. En concordancia con esta caracterización, los puestos cuyo destino se halla en uno de estos Berritzegunes, conforme a la definición de la relación de puestos de trabajo (aprobada por Decreto 186/2017, de 4 de julio, por el que se aprueba la relación de puestos de trabajo del personal laboral no docente de apoyo al alumnado con necesidades educativas especiales en centros docentes de la Comunidad Autónoma del País Vasco.), pueden desarrollar sus funciones en el conjunto de centros ubicados en el territorio atendido, sin adscripción a un centro educativo concreto.

III. MARCO LEGAL Y COMPETENCIA

La regulación se ubica en el ámbito de la potestad autoorganizativa de la Administración, y, en tanto referida a la gestión de personal del sistema educativo público no universitario, compete al Departamento de Educación conforme al Decreto 79/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Educación.

Los procedimientos descritos tienen entronque con el vigente Convenio Colectivo del Personal Laboral docente y educativo del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, publicado en el BOPV de 17 de junio de 2004, a la par que deben respetar los imperativos que resultan de la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben respetarse en tanto el ámbito regulado se corresponde parcialmente con el acceso al empleo público.

En lo que se refiere al primero de los procedimientos, regulado en el Capítulo II, debe reseñarse que el Anexo III del citado Convenio, con el título de *Normativa de sustituciones de Personal Laboral Educativo de E. Especial*, regula las *Listas de sustituciones*.

Sin que proceda en este momento entrar en mayor detalle, cabe reseñar que por Convenio se especifican los requisitos de acceso a las Listas; los criterios de baremación y el procedimiento y condiciones de la elaboración de listas. Se contempla, asimismo, la irrenunciabilidad a las ofertas por parte de los candidatos, dentro del ámbito de sus opciones previas –los integrantes de las listas pueden optar *por prestar servicios a jornada parcial y/o*

completa en uno o más territorios-, salvo que concurra alguna de las causas justificativas tasadas.

El objeto de la Orden en tramitación se limita a ordenar el procedimiento para que, al suscitarse la cobertura simultánea de un número importante de puestos, con ocasión del inicio de curso, la adjudicación tenga en cuenta las preferencias de los candidatos, articulando la participación obligatoria en el proceso, en concordancia con la irrenunciabilidad que prevé la normativa convencional.

El contenido de naturaleza procedimental del proyecto, en el marco de la cobertura temporal de las plazas definidas, justificaría el rango normativo, toda vez que nos hallamos ante una norma ejecutiva y complementaria que encajaría en la facultad normativa de *ámbito interno o doméstico* que la Comisión Jurídica Asesora recuerda es la única atribuida –*ex art. 26.4 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno-* a los Consejeros, estando residenciada la potestad reglamentaria originaria en el Gobierno (art. 16 en relación con el art. 18 c) primer inciso de la Ley 7/1981).

A su vez, el segundo de los procedimientos abordados, contemplado en el Capítulo III, debe ponerse en relación con lo previsto en el art. 14.5 del Convenio, que fija criterios para la distribución de centros en el caso de los Especialistas de Apoyo Educativo. En este caso la adscripción a puestos es preexistente, de modo que siendo el objeto someter a determinadas reglas lo que es la distribución de las cargas de trabajo, puede decirse que esa vertiente doméstica o autoorganizativa es aún más intensa, y no plantea en consecuencia contradicción con el rango propuesto.

IV. CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN

El borrador ha sufrido importantes variaciones a lo largo del procedimiento de elaboración, incorporando la mayoría de las observaciones formuladas en los informes obrantes en el expediente.

En el curso de la tramitación, el órgano proponente, la Dirección de Gestión de Personal del Departamento de Educación, adoptó el borrador alternativo propuesto por la Asesoría Jurídica de ese Departamento que, aunque con cambios, constituye el texto definitivo.

Al respecto, es reseñable que entre las propuestas contenidas en el borrador de la Asesoría Jurídica departamental se hallaba fijar el contenido del contrato a celebrar una vez adjudicado el puesto, identificando este con arreglo a la definición de la relación de puestos, en particular señalando código y circunscripción. Una propuesta de interés que respondía a la problemática judicial suscitada a resultas de la celebración de contratos laborales en este ámbito sin la debida identificación, vicio en el origen de múltiples fallos declarativos de relaciones laborales indefinidas. El borrador último no acoge esta propuesta, sin que se motive en el expediente la razón, lo que nos impide valorar la decisión al respecto, sin que por otra parte la omisión sea objetable desde parámetros de legalidad, al margen de su posible oportunidad, en tanto referida a un extremo que no forma parte propiamente del procedimiento regulado y no haría sino describir para los supuestos concretos una exigencia de identificación impuesta por la legislación aplicable.

Se formulan a continuación observaciones al texto remitido.

1.- El art. 5 de refiere a los participantes y requisitos exigibles.

Este precepto se refiere a la situación de *disponible*, una condición que resulta de la regulación sustantiva de la lista de sustituciones –a la que por cierto convendría remitirse a fin de clarificar este concepto-, y que ciertamente es la única a contrastar en el momento del inicio del procedimiento.

Lo decimos porque este concreto requisito de participación en el procedimiento se aborda de forma conjunta con requisitos de otra naturaleza, que no resultan de esa normativa, sino de las exigencias fijadas para la provisión de los puestos convocados. Es decir, de los requisitos fijados por la relación de puestos, sean de titulación, de perfil lingüístico o de certificación referida al requisito exigido por el art. 13.5 de la Ley Orgánica de Protección del Menor. Debe recordarse que este último se halla expresamente señalado en la relación de puesto de trabajo para la totalidad de puestos del ámbito del personal laboral no docente que

nos ocupa (Decreto 186/2017, de 4 de julio, por el que se aprueba la relación de puestos de trabajo del personal laboral no docente de apoyo al alumnado con necesidades educativas especiales en centros docentes de la Comunidad Autónoma del País Vasco). En consecuencia, no cabe la contratación de quien carece de esta última certificación, al igual que de quien carezca del resto de requisitos exigidos para la provisión.

En suma, para participar en el procedimiento será necesario encontrarse *en situación de disponible y cumplir los requisitos para el desempeño de los puestos de trabajo convocados*.

Es la situación de disponibilidad la que corresponde contrastar como un extremo propio de la normativa que rige las listas de sustitución, al margen del contraste que corresponde en orden al cumplimiento de los requisitos exigidos en las relaciones de puestos. En este punto exige especial consideración, que bien merecería sistemáticamente un apartado propio en el precepto, el supuesto de la excepción al régimen general. Es decir, el supuesto de quienes no teniendo la condición de disponibles pueden igualmente participar a los efectos del cómputo de tiempo como de servicios prestados. El supuesto, actualmente desarrollado en los párrafos 2 y 3 de la letra a) del artículo 5, podría ser objeto de un apartado autónomo, lo que a su vez clarificaría la remisión del art. 6 (una remisión al art. 5.1 a) que para ser completa y precisa debiera citar, de mantenerse la redacción actual del art. 5, *el párrafo primero* de esa letra).

2.- La Orden contempla los supuestos de participación voluntaria y forzosa.

Se impone la participación forzosa a los integrantes en bolsas en un número que se fijará por la Administración en cada caso conforme a la estimación necesaria para cubrir los puestos convocados, permitiéndose al resto la participación de modo voluntario.

La participación obligatoria resulta ser una derivada de la irrenunciabilidad de las ofertas que se impone a quien se halla disponible y no incurso en las causas justificativas de *no disponibilidad* que fija el Anexo III del Convenio. En el procedimiento que nos ocupa, a la vista de la multiplicidad de vacantes a cubrir, se atiende a las preferencias de los candidatos, en el orden de prelación que les corresponde, de manera que, si se halla sin ocupar, se les adjudicará una de las señaladas en su solicitud. Solo de no hallarse libre ninguna de las señaladas de manera

voluntaria se le adjudicará alguna de las vacantes existentes en el orden definido en el art. 11 del Borrador.

La previsión del art. 12.1 resultaría más completa si reflejara que la asignación se realizará conforme a la prelación en las Listas.

3.- En el art. 9, con el título *Modificación y cierre de la solicitud*, se prevé la *obtención de un impreso con las opciones y peticiones registradas*. Se desconoce el contenido o garantías del documento en cuestión, aunque conviene recordar la obligación de general recibo por la presentación de solicitudes y documentos ante la administración en los términos que prescribe el art. 16.3 de la Ley 39/2015.

4.- En el art. 10.3 *in fine*, es más adecuado referirse a la *inadmisión de peticiones*, y no a su *anulación*.

5.- El apartado 3 del art. 12 debiera desdoblarse en dos, de manera que cada uno de los supuestos de hecho contemplados en el precepto se aborde de forma separada.

6.- El Capítulo III desarrolla una dilatada reglamentación en orden a apurar los criterios para la distribución de centros con alumnado con necesidades educativas especiales entre los profesionales del Berritzegune Zonal llamados a atenderles.

El art. 16 ofrece una redacción compleja en la que, por ejemplo, la mención en el apartado 2 a *cada plaza que deba cubrirse*, resulta equívoca.

En tal sentido, proponemos una redacción alternativa de este apartado que pudiera decir que *La distribución de trabajo se limitará a fijar el número y relación de centros docentes que se atenderá por un mismo puesto en función de las características de las necesidades a cubrir y la optimización de los recursos. La determinación de qué concretos puestos prestarán servicios en los diferentes centros conforme a la distribución realizada resultará de lo previsto en los artículos siguientes.*

7.- Los requerimientos de obligado cumplimiento que reseña el art. 17.2 para la asignación anual de centros al personal con contrato laboral fijo debieran ser igualmente regulados en lo que respecta a la asignación de personal con contrato de interinidad o indefinido no fijo.

Se sugiere, en ese sentido, un artículo 17 destinado a regular de manera general el procedimiento, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo laboral del personal afectado, con carácter previo a los artículos dedicados a las especificidades de cada colectivo. Como previsiones generales podría incluir el 16.3 del borrador, así como el art. 17.2.

8.- La Disposición Adicional dispone que la distancia superior a 50 kms. al domicilio *no será aplicable como motivo de renuncia a un puesto de trabajo de jornada reducida*. No se entiende el precepto ni la necesidad de explicitar que esta circunstancia no es motivo de renuncia, sin que la Memoria Explicativa haga referencia alguna al respecto.

El Convenio establece en el Anexo II que quienes muestren disponibilidad a aceptar contratos en régimen de jornada reducida *vienen obligados/as a aceptar las ofertas de jornada reducida que se le realicen*.

9- Por otro lado, la Disposición Adicional Segunda contempla como facultativo articular un proceso que permita a los candidatos modificar sus opciones en Bolsas –jornada, Territorio-. Conforme a lo dispuesto en el Anexo II se trata de un proceso que debe realizarse anualmente – *coincidiendo con la rebaremación*-, desconociendo quien informa si la disposición que se comenta articula un plazo o procedimiento adicional, o se refiere al estipulado por el citado Anexo contradiciendo el mandato de anualidad impuesto.