



ASUNTO: /

Impugnación de bases de selección del conserje colegio público (contrato temporal de 1 año).

265/11

A

INFORME

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de **XXXX** se emite el presente Informe, el cual no tiene carácter vinculante y cuyo ponente ha resultado ser el funcionario arriba indicado.

ANTECEDENTES DE HECHO

En dicha petición de informe, figura como documentación que se acompaña las bases de selección, el recurso de reposición presentado contra éstas e información facilitada por correo electrónico de la Secretaria del Ayto.

LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española (CE)
 - Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)
-



- Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las AAPP y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92)
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).
- Real Decreto Legislativo 1/1995 Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)
- Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Admón Gral del Estado (R.D. 364/95)
- Decreto 201/1995, de 26 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Admón de la C. A. de Extremadura. (Decreto 201/95)

FONDO DEL ASUNTO:

CONSIDERACIONES PREVIAS

Examinada la documentación e información debemos destacar lo siguiente:

- El recurso de reposición pretende la anulación del requisito a) de las bases (*"No haber sido contratado por este Ayto durante 24 meses en los últimos 30 meses, sumando la presente contratación"*) por vulneración del Art. 23.2 CE.
-
-



- Las bases se publican en el tablón de anuncios del Ayto el 08.08. 11, fecha en la que el reclamante precisamente estaba contratado como conserje (su contrato finalizó el 31.08.11)
 - El recurso de reposición contra las bases tiene fecha de entrada en la Delegación del Gobierno el día 09.09.11 y fecha de entrada en el Ayto el 15.09.11.
 - En dichas bases no se establece plazo de impugnación mediante los recursos procedentes.
 - El plazo de presentación de instancias era hasta el 19.08.11. El reclamante no presentó instancia alguna, por tanto no aparece como incluido o excluido en las correspondientes listas de fecha 22.08.11. El proceso selectivo se realizó el 24.08.11
 - Como requisitos para poder participar figuran, entre otros:
 - a) No haber sido contratado por el Ayto durante 24 meses en los últimos 30 meses. Como decíamos antes, este es el motivo del recurso del reclamante.
 - b) Estar desempleado a la finalización de plazo de instancias (el 19.08.11), requisito que no reunía el reclamante, pues como hemos dicho, ha estado trabajado hasta el 31.08.11. Este requisito no lo ha impugnado.
 - c) Los demás requisitos como el empadronamiento en la localidad (0,5puntos),la discapacidad superior al 33% (2 puntos), e hijos a cargo (1 hijo 0,3 puntos; 2, 0,4 puntos; 3 ó +, 0,5 puntos) tampoco los ha impugnado.
 - d) El proceso selectivo se realizó en su día y el seleccionado está trabajando.
-



PRIMERO.

Sin entrar aún en el fondo del asunto, debemos señalar que en un principio podría haberse producido una presentación extemporánea del recurso de reposición, ya que el plazo de un mes para presentarlo comprendía (de conformidad al Art. 48.2 Ley 30/92) desde el día siguiente al de la publicación de las bases en el tablón de anuncios del Ayto, esto es, desde el día 9 de agosto hasta el 8 de septiembre. Pero como este último fue el día de Extremadura (siguiendo el punto 3 de dicho artículo) hay que entenderlo prorrogado hasta el día 9 de septiembre, fecha en la que presenta el recurso de reposición en la Delegación del Gobierno. Por tanto, no se ha producido tal extemporaneidad en la presentación del recurso.

SEGUNDO.-

Debemos tener en cuenta que los argumentos esgrimidos en vía administrativa por el recurrente es de prever que serán igualmente usados en su caso, para hacer valer sus pretensiones en sede judicial. De lo anterior, el Ayto lo que debería hacer es “contrarrestarlos” con los suyos, y el presente informe trata de buscarlos.

Por ello debemos comenzar a plantearnos si el hecho de que el reclamante no presentara instancia alguna, y por consiguiente, que no apareciera como incluido o excluido en las correspondientes listas, cabe entenderlo en el sentido de que **no tiene la condición de interesado**. Y por tanto, no está legitimado para impugnar las bases de selección.

Recordemos lo que dice el Art. 31.1 Ley 30/92 sobre los que tienen la condición de interesados.

“A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.



C) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.

Para justificar nuestro planteamiento y “rebatir” dichos conceptos de interesado, cabe señalar en relación a la letra a) que el reclamante al no presentar instancia, no promueve el procedimiento y por tanto, no puede tener la condición de interesado. En relación a la letra b), para resultar afectado por la decisión, tendría que, aun sin haber interpuesto recurso, igualmente haber presentado instancia y ser excluido de las listas (provisionales y definitivas), sin poder participar en el proceso selectivo. La exclusión de la listas es un acto de trámite que decide el procedimiento para el excluido. En cuanto a la letra c), que con la terminación del proceso selectivo recayó resolución definitiva por la cual se decidió el mismo.(el día 26.08.11 se celebró la prueba y terminó el 29.08.11 mediante resolución de la Alcaldía) y el reclamante presenta su recurso el día 09.09.10 Es decir, se ha producido un acto firme y contra el mismo no se puede interponer recurso alguno (salvo el extraordinario de revisión), basado en la impugnación de unas bases.

Pero es que además con lo datos que disponemos caber preguntarse por qué no impugnó también (para poder presentarse) el requisito de estar desempleado a la finalización de plazo de presentación de instancias (el 19.08.11): La respuesta la hemos dado más arriba, y es que el reclamante estuvo trabajando hasta el 31.08.11. O por qué no impugnó los requisitos de empadronamiento y el tener hijos a cargo por los cuales se podían aportar puntos como méritos. Por las mismas razones que alega en su recurso cabe entender que serían impugnables los restantes requisitos bajo la condición de vulnerar dicho Art. 23.3 C.E.

El requisito impugnado lo establece el Ayto en las bases para evitar los efectos de la concatenación de contratos que conllevan, cuando se dan las condiciones del Art. 15.5 ET que el trabajador obtenga la condición de fijo (cabe intender “interino”)



hasta que la plaza se cubra mediante los procedimientos ordinarios de selección. (Disp. Adic. 15 ET) Por tanto el Ayto lo único que hace es defender sus intereses, para evitar los efectos de dicho Art mencionado. Y lo hace dentro de las potestades de autoorganización y planificación (RRHH) que le otorga el Art. 4 de la Ley 7/85 LBRL. Esta última aparece recogida también en el Art. 69 EBEP (Ley 7/2007.). Es decir, la inclusión de dicho requisito lo hace el Ayto que es una Administración Local y a la vez "empresario" sin ánimo de lucro, con el fin de seguir creando empleo, puesto que necesita la contratación de otro conserje para el curso 2011-2012 y eludir los efectos negativos que suponen la aplicación de susodicho Art. 15.5 ET. El hecho de velar por sus intereses el Ayto, con la inclusión de dicho requisito no vulnera el principio constitucional de igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos, porque lo único que hace el Ayto es utilizar sus potestades (de autoorganización y planificación) en calidad de Administración Pública de carácter territorial y, como hemos dicho, defender sus intereses y a la vez crear empleo.

Por otro lado decir que con la entrada en vigor del R.D. Ley 10/2011 ha quedado en suspenso desde el 31 de agosto de 2011 la aplicación de la concatenación del contratos del Art. 15.5 ET durante 2 años, lo que refuerza aún más la no vulneración del Art. 23.2 CE

TERCERO.-

Lo cierto es que el reclamante no reunía los requisitos para poder participar y bajo el alegato de vulneración del Art. 23.2 CE, presenta recurso de reposición. Recordemos que dicho Artículo establece que los ciudadanos *"asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes"*.



Tradicionalmente, las bases de selección de personal son la «ley» que regula todo el proceso selectivo y como tales tienen fuerza de obligar y son vinculantes para el tribunal, para la Administración convocarte y para los aspirantes, de tal forma que una vez publicadas no pueden modificarse, salvo por los procedimientos establecidos en la normativa para la revisión de los actos administrativos a que se refieren los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992. Volvemos a recordar que el reclamante nunca tuvo la condición de aspirante, al no presentar instancia y no aparecer (excluido) en las listas, y por tanto, no tener la condición de interesado. Así el Art. 15.4 R.D. 364/1995 (de aplicación supletoria) establece que “las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas. Insistimos en recordar que el reclamante no ha participado en el proceso selectivo.

Por su parte del Art. 91.2 LBRL establece en la selección de todo personal que se deben garantizar los principios constitucionales de igualdad mérito y capacidad, más la publicidad. Y el 103 TRRL dispone que *“el personal laboral será seleccionado por la propia Corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el Art. 91 y **con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades**”* Como hemos dicho, con el planteamiento del recurso no se vulneran los principios mencionados.

En este sentido cabe traer a colación **la STC 281/1993 “El derecho fundamental reconocido en el Art. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las AAPP**, de manera que el trato discriminatorio denunciado sólo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el Art. 14 CE, del que el Art. 23.2 no es sino, una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicas. Una diferencia no justificada es la contenida en el baremo ahora enjuiciado, toda vez que diferenciar a los concursantes en función del Ayto en el que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la



experiencia misma, con independencia de la Corporación en la que se hubiera adquirido, no es criterio razonable, compatible con el criterio constitucional de igualdad. Antes aun, con semejante criterio evaluador, se evidencia una clara intención de predeterminación del resultado del concurso en favor de determinadas personas y en detrimento-constitucionalmente inaceptable- de aquellas que contando con la misma experiencia la han adquirido en otros Aytos.

En el caso nuestro estamos ante un supuesto de contratación de personal laboral temporal en el que no cabe invocar, según esta Sentencia, la vulneración del Art. 23.2 EC, Pero más aún, se introduce el requisito impugnado para respetar escrupulosamente al máximo el principio de igualdad de oportunidades (como con el de estar desempleado) y al mismo tiempo, velar por los intereses del Ayto (esto último ya explicado sobremanera más arriba), motivo por el cual aparece justificada la inclusión del mismo. Por otro lado parecería “mas encuadrable” en el sentido de vulnerar el Art. 23.2, el hecho de establecer como uno de los requisitos el estar empadronado en la localidad en detrimento de las personas que deseen participar en el proceso selectivo y no lo estén.

CONCLUSIÓN

Con independencia de las posibilidades de triunfo en sede judicial de las pretensiones del reclamante, el Ayto debería desestimar el recurso de reposición por los motivos expresados más arriba que en resumen son:

- Que el reclamante no tiene la condición de interesado.
 - Con la introducción de dicho requisito el Ayto lo único que hace es defender sus intereses amparado en sus potestades legales de autoorganización y planificación. La suspensión desde el 31.08.11 por
-
-



R.D.Ley de la concatenación del contratos del Art. 15.5, refuerza el buen hacer del Ayto para la defensa de dichos intereses.

- Que el reclamante no reunía otros requisitos para poder participar, como el estar desempleado.
- Que las bases de selección tienen fuerza vinculante y obligan a la Admón Convocarte, al tribunal y a los aspirantes; el reclamante nunca reunió la condición de aspirante.
- Que con las bases de la convocatoria se pretende respetar al máximo el principio de igualdad de oportunidades.
- Una vez seleccionado el aspirante se produce un acto firme contra el cual no se puede interponer recurso alguno (salvo el extraordinario de revisión) basado en la impugnación de un requisito de unas bases.
- La STC 281/1993 mencionada

Este es el informe de la Oficialía Mayor, Departamento de Asesoramiento y Asistencia Jurídica Local, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de **XXXX** que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

En Badajoz a 13 de octubre 2011
