

ASUNTO: *“Sobre impugnación de convocatoria de bases de selección del proceso de estabilización derivado de la ley 20/2021”.*

1879/22

AAR

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Presidente/a de la Mancomunidad de _____, se emite el presente

INFORME

ANTECEDENTES

En el recurso consta lo siguiente:

RECURSO DE REPOSICIÓN REFERIDO AL ANUNCIO _____ Publicado en el «Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz» número __, de _/_/, Convocatoria para la provisión de veinte puestos de trabajo de diversas categorías para la Mancomunidad de _____, como personal laboral fijo mediante concurso, incluidos en la oferta de empleo público para estabilización. Por resolución de esta Presidencia de fecha _/_/, se han aprobado, en el marco en el marco del proceso de estabilización de empleo temporal, la convocatoria y bases para cubrir, mediante el sistema de concurso, veinte plazas.

Solicita: Teniendo legitimación al tener la condición de interesada en la convocatoria, SOLICITO SE TENGA POR PRESENTADO EN TIEMPO Y FORMA EL RECURSO CONTRA LA CONVOCATORIA CON NÚMERO DE ANUNCIO _____, MENCIONADA PREVIAMENTE Y SE DECLARE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA MISMA, YA QUE SU EJECUCIÓN CAUSA PERJUICIOS DE IMPOSIBLE REPARACIÓN. La convocatoria vulnera las condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, según se establece en los artículos 23.2 y 103.3. de la Constitución Española: Criterios de baremación de méritos en base a la experiencia laboral con una diferencia de atribución de puntos que incumple el criterio de igualdad, siendo la diferencia desproporcionada entre la valoración de servicios prestados en la Administración de la Mancomunidad de _____ y otras Administraciones. Tanto, que, una persona que no pertenezca a la Administración convocante, debería de poseer más de cincuenta años trabajados en el puesto convocado para alcanzar el máximo de la puntuación (no existe tal posibilidad

en la vida laboral de una persona que siga en activo), frente a los siete años y medio de servicios prestados a la Mancomunidad convocante.

LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978
- Real Decreto Legislativo 5/2015 Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Ley 13/2015 de la Función Pública de Extremadura.
- Ley 20/2021 de Medidas Urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

A continuación vamos a exponer argumentos en contra y a favor de la Mancomunidad ante la escueta, clara y contundente alegación de la reclamante.

PRIMERO. SOBRE POSIBILIDAD O NO DE REQUERIR A LA RECLAMANTE ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE INTERESADA.

La Mancomunidad ha publicado en una sola convocatoria las bases en donde se contemplan todas las plazas incluidas en la OEP. Quizás debió sacar una convocatoria independiente por cada una de las diferentes plazas que ha ofertado, para que no estuvieran “paralizadas o afectadas” el resto de plazas ante la posibilidad de interposición de recurso, como así ha sucedido.

Al ser el proceso selectivo un concurso (por tanto sin fase de oposición) la Mancomunidad antes de tomar la decisión que estime conveniente, podría plantearse si requerir o no a la reclamante que acredite la condición de interesada en alguna o algunas plazas recogidas en las bases, con aportación de méritos profesionales (experiencia como empleada pública) en igual plaza a la convocada que desee optar. Todo ello con el fin de continuar con los procesos selectivos a los que la reclamante no pudiera optar o no tuviera la condición de interesada, por no tener méritos que aportar, de ahí el requerimiento.

SEGUNDO. SOBRE PROCEDENCIA O NO DE LA SUSPENSIÓN SOLICITADA

Solicita la reclamante en su "petitum" la **suspensión** de la convocatoria con las bases, esto es, la paralización del proceso selectivo por **perjuicios de imposible reparación**, pero en realidad lo que ha tenido que solicitar la **revocación** (que no rectificación) del Art. 109 de la Ley 39/2015:

"1. Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos "

Por ello y en cuanto a **la suspensión cabría alegar que no procedería la misma**, pudiéndose argumentar que para el caso que la convocatoria (con las bases) y el posterior desarrollo del proceso selectivo sigan adelante con finalización de éste, y se le diera la razón en sede judicial a la reclamante, cabría entender que el perjuicio no sería de imposible reparación, pues se declarararía la nulidad del proceso selectivo y de las bases, lo que conllevaría, en su caso, la retroacción de procedimiento a la publicación de una nueva convocatoria con las bases corregidas para no vulnerar los principios de acceso al empleo público. (ello con independencia de la figura de opositor de buena fe que haya aprobado el proceso selectivo)

Recordemos lo que dice el Art. 117 Ley 39/2015 al respecto:

"1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley."

Además en cuanto a la suspensión debemos tener en cuenta en el apartado 3 de dicho artículo el plazo de un mes que tiene la Mancomunidad para contestar con las consecuencias de no hacerlo: *"La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido*

entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto. En estos casos, no será de aplicación lo establecido en el artículo 21.4 segundo párrafo, de esta Ley (sobre información del plazo máximo establecido para resolver)

En la tesis de la reclamante (como la quiebra del principio de igualdad, entre otros); cabría defender la nulidad de pleno derecho del Art, 47.1 Ley 39/2015, al ser un acto que lesiona los derechos y libertades susceptible de amparo constitucional, como es el derecho del Art. 23.2 de la Constitución: *“Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”*.

TERCERO. INTERPRETACIONES EN LA VALORACIÓN DEL CONCURSO DE LA EXPRESIÓN CONTENIDA EN LA LEY 20/2021 “...EN LA QUE SE TENDRÁ EN CUENTA MAYORITARIAMENTE LA EXPERIENCIA EN EL CUERPO, ESCALA, CATEGORÍA O EQUIVALENTE DE QUE SE TRATE “

El Art. Dos.4 de la Ley 20/2021 regula que *“la articulación de estos procesos selectivos **en todo caso** garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad... Y que “el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, **en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate** “.*

La literalidad de la ley no se está refiriendo a la experiencia en la plaza como así consta en las bases (o puesto concreto), sino a algo más amplio: el cuerpo, escala, categoría o equivalente.

Por su parte la Disp. Adic Sexta regula que *“Las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.*

Por otro lado **las Orientaciones de la Secretaría de Estado de Función Pública** (apartado 3.4.1) para la puesta en marca de los procesos de estabilización, recogen que *“dada las características de los procesos de estabilización del Art. 2 de la Ley , se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o*

equivalente de que se trate, de modo que **deberá existir una graduación** que permita valorar en mayor medida los servicios prestados en la misma categoría o cuerpo y que podrán consistir en la valoración, con carácter orientativo, de los siguientes méritos objetivos:

a) Méritos profesionales, que supondrán un máximo de un 90% de la puntuación:

- Servicios prestados como personal funcionario interino en el cuerpo o escala o como personal laboral temporal en la categoría profesional de la Administración a la que se desea acceder.
- Servicios prestados como personal funcionario interino en otros cuerpos o escalas o como personal laboral temporal en la categoría profesional adscritos a la Administración convocante.
- Servicios prestados como personal funcionario interino en cuerpos y escalas o personal laboral temporal en la categoría profesional de otras Administraciones Públicas.
- Servicios prestados en el resto del Sector Público.

Por tanto, las Orientaciones permiten esa graduación en los méritos profesionales por servicios prestados en la misma categoría, cuerpo o escala, estableciendo un límite máximo del 90% del peso del concurso (en el concurso-oposición), con varios subapartados pero valorar los mismos, lo que cabría entender que queda dentro de las potestades de planificación y autoorganización de los RRHH, concretándose en la discrecionalidad (que no arbitrariedad) de cada AAPP para graduar cada subapartado.

El resto (10%) son méritos académicos (titulaciones académicas o profesionales oficiales de igual o superior y distintas, cursos de formación orientados al desempeño de funciones en el cuerpo o escala a la que se desea acceder; por haber superado ejercicios para el acceso a dicho cuerpo, escala o categoría a la que se desea acceder.

En cuanto al concurso, dicha Orientaciones recogen que *“El sistema será el de concurso de valoración de méritos (de acuerdo con los artículos 61.6 y 61.7 del TREBEP) y podrán consistir en la valoración, a **modo orientativo**, de los méritos previstos en el apartado 3.4.1. (iii), en donde los méritos profesionales no podrán suponer más de un 60% del total de la puntuación máxima, ni los méritos académicos menos de un 40%”, por lo que habría que predicar lo mismo en cuanto, las potestades de planificación y autoorganización de los RRHH, concretándose en la discrecionalidad para concretizar cada subapartado.*

Recordemos que las bases cumplen (a priori) con la expresión “*mayoritariamente*” al establecer 70 puntos para la experiencia y 30 puntos para la formación, pese a que supera lo establecido en las Orientaciones en cuanto al 60%-40%

CUARTO. SOBRE LA MAYOR VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA (O MÉRITOS PROFESIONALES) DE LAS PLAZAS OCUPADAS EN LA ADMINISTRACIÓN CONVOCANTE EN RELACIÓN A LOS MÉRITOS PROFESIONALES O EXPERIENCIA EN IGUALES PLAZAS DE OTRAS AAPP

Las propia convocatoria con las bases para justificarlo señala lo siguiente:

“A continuación, se establecen los méritos que van a ser objeto de baremación, todos ellos relacionados con la experiencia profesional y la formación relacionada con el puesto, teniendo en cuenta que el objetivo de los procesos selectivos de carácter excepcional de Estabilización de Empleo Temporal de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de conformidad con las disposiciones adicionales 6.ª y 8.ª, es reducir la temporalidad de los empleados públicos con una alta antigüedad, a fin de posibilitar su estabilización, de ahí que se considere crucial la experiencia acumulada a lo largo de toda la trayectoria profesional en las Administraciones Públicas y más en concreto en esta Mancomunidad de _____, siendo así que los méritos a valorar se centren en la citada experiencia al haber sido ésta, la que al haberse prolongado en el tiempo, ha dado lugar a este proceso excepcional, y todo ello en cumplimiento de la doctrina del TJUE.

Solo serán tenidos en cuenta en las plazas de igual denominación a la que se opta, los servicios prestados como personal funcionario interino o como laboral temporal, cualquiera que sea la modalidad del nombramiento interino/contratación temporal o situación equivalente de temporalidad.”

Recordemos que la experiencia supone 70 puntos de un total de 100, baremándose de la siguiente manera:

Experiencia en plazas de igual denominación a la que se opta	Mancomunidad	Otras AAPP
Servicios prestados desde el 01/01/2016 hasta la fecha del último día de la convocatoria	0,75/mes	0,15
Servicios prestados anteriores al 01/01/2016	0,20/mes	0,07/mes

Por tanto, la experiencia laboral en la Mancomunidad **puntúa 5 veces** más en el primer tramo y **tres veces más** en el segundo. (La media de las bases consultadas de otras EELL fluctúa entre el triple y el doble)

Teniendo en cuenta que se pueden aportar méritos hasta que se cierre el plazo de presentación de solicitudes de participación. (20 días hábiles desde el día siguiente a la publicación del extracto de la convocatoria en el BOE), vamos establecer un ejemplo del peso que supondría en el concurso el primer tramo del periodo de tiempo de experiencia laboral y que es el más controvertido. A saber:

-Si se cerrara el plazo de instancias por ejemplo el 01.01.23 (7 años) supondría 54 puntos en la Mancomunidad y 10,08 en otras AAPP

En cuanto al otro tramo de tiempo (servicios prestados anteriores al 01.01.2016):

-Si fueran 5 años supondrían 12 puntos en la Mancomunidad y 4,2 puntos en otras AAPP

-Si fueran 10 años supondrían 24 puntos en la Mancomunidad y 8,4 puntos en otras AAPP

Desde el punto de vista de la **constitucionalidad**, el Tribunal Constitucional ha avalado procesos de consolidación anteriores en donde ha existido una diferente valoración en función de dónde se hayan prestado los servicios. Así la **Sentencia de la Sala Primera 107/2003** entre otras cuestiones señala que *...“La finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un periodo más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas, ni por tanto lo será tampoco la previsión de valorar en la fase de concurso los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado. La valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida **desproporcionada, arbitraria o irrazonable** con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública.”*

“Por otra parte, tampoco se advierte que la ponderación de los servicios previos haya sido tan desproporcionada e irracional que vulnere el art. 23.2 CE. En efecto, al margen de que la antigüedad no era el único mérito valorable en la fase de concurso “

Por su parte Marcos Peña Molina, profesor de derecho constitucional y máster en derecho administrativo señala que :

“La STC 73/98 recoge que si una determinada norma por criterio hermenéutico objetivo hace que un opositor quede favorecido no hace que la norma sea inconstitucional o ilegal, es decir, que puede quedar favorecido.” “Por el contrario para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a todos los opositores. Es decir, se puede favorecer a un grupo determinado de opositores. Y no queda vulnerado el Art. 23.2 de la Constitución.”

“La STC 60/94 establece que la valoración de un mérito no puede ser irracional o arbitrario pero si puede ser de tal forma que “quepa” en el 23.2 de la Constitución”

De la STC 67/1989, 185/1994 destacamos: *“lo importante no es la dimensión no cualitativa, sino cuantitativa del mérito; lo esencial es que no rebase el límite de lo tolerable; puede haber desnivelaciones o desequilibrios que quepan en el Art. 23.2”*

STC 57/1990: *“Cabe la posibilidad de puntuación más alta en función de que las prestaciones o servicios se hayan realizado en un determinado territorio o grupo funcional, realizando las mismas funciones”*

“No es posible que un determinado mérito haga, por desproporción, inútil el que el resto de opositores intenten acceder”

Señala además el profesor que *“La consolidación y la estabilización no son como un acceso a la función pública, sino un cauce distinto”*

“Aunque no se tengan las misma posibilidades, lo que tienen que tener es alguna el resto de opositores”. Es lo que se llama discriminación justificada”

Trae a colación la arriba mencionada STC 107/2003: *“En el juicio de constitucionalidad intervienen 3 elementos: principio de igualdad, finalidad de la norma (la Ley 20/2021 es claro que crea una desigualdad) y la proporción legítima; la norma legal será constitucional.*

Destaca lo mismo de la mencionada Sentencia *“La valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública.”*

“El mérito de la antigüedad y la experiencia computada más del triple no puede contabilizarse como una medida desproporcionada, arbitraria e irrazonable con relación a al finalidad de la consolidación del empleo temporal. Esta norma viene impuesta en atención a un interés público legítimo “”

A juicio de este profesor, está va a ser la respuesta del TC al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 20/2021, por tanto, ***que se estén haciendo bases que rompa todo lo anterior, no hace a la norma legal inconstitucional, sino que hace a las bases nulas***

Entiende que el Art. 23.2 no está en la Constitución para el empleo público, sino para acceder a cargos públicos o políticos. Que ni en el Art. 103 ni en otro sitio de la Constitución se habla de procedimiento o proceso selectivo para el empleo público.

Continúa el autor diciendo que *“la estabilidad en el empleo tiene que ver con la dignidad de la persona (según la justicia internacional), y ese es el origen de todos los derechos fundamentales.”*

“Si los poderes públicos tienen el deber de proteger a la familia, ¿es ello posible cuando una persona tiene 20 ó 30 nombramientos, con 55 o 60 años de edad; y hacerlo pasar por un turno libre después de 30 años de servicio, cuando la Administración no ha sacado OPE.?”

Si se declarara inconstitucional la Ley 20/2021, aquéllos que hayan accedido se quedarán en sus plazas por ser opositores de buena fe (efecto ex nunc)

La Ley 20/2021 es una discriminación justificada que vendrá dada en función de cómo se desarrollen las bases. Lo que no tiene que estar justificada es la ejecución que se haga de la Ley por determinadas AAPP (a través de las bases)

Todos estos argumentos anteriores sobre la justicia constitucional y la opinión particular del mencionado profesor pudieran valer para la contestación al recurso. No obstante a parte de ello, proponemos como opción revocar la convocatoria con las bases para publicar una nueva por cada diferente plaza en donde la diferencia de la experiencia laboral en la Mancomunidad y en otras AAPP, en el tramo de servicios prestados desde el 01.01.2016 hasta la fecha la finalización de plazo de presentación de instancias, no sea el quíntuple, sino el triple como así se ha establecido para el otro tramo (servicios prestados anteriores al 01.01.2016)

Recordemos que los otros 30 puntos del concurso se distribuyen de la siguiente manera:

Por titulación superior a la exigida en la convocatoria: licenciatura, Ingeniero/a, Arquitecto/a, diplomatura, arquitecto/a técnico, ingeniero/a técnico, Grado, Máster, experto profesional, doctorado.	15 puntos
Asistencia a cursos y seminario: Por cada hora de formación: 0.06 puntos 15	15 puntos.

Por su parte, el preámbulo de la Ley 20/2021 recoge que *"Sobre este concurso como proceso excepcional, cabe traer a colación la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en el acceso a los cargos y empleos públicos (artículo 23.2 CE), que únicamente puede ser exceptuada por razones excepcionales y objetivas. Además, este acceso ha de ordenarse de manera igualitaria en la convocatoria mediante normas abstractas y generales con el fin de preservar la igualdad ante la ley de la ciudadanía, lo que obliga al legislador y a la Administración a elegir reglas fundadas en criterios objetivos y presididos por los cánones de mérito y capacidad que el artículo 103.3 CE dispone (SSTC 67/1989, 27/1991 y 60/1994).*

De todo lo anterior cabe preguntarse si la justificación contenida en las bases para esa diferencia de valoración entre los servicios prestados en la Mancomunidad en relación al resto de AAPP, es suficiente (o no) para no quebrar el principio de igualdad, porque desde el punto de vista de los argumentos de la reclamante, si existe tal quiebra.

Téngase en cuenta que en la línea de la reclamante se puede defender que **esa diferencia en la valoración es determinante en el desenlace del proceso selectivo, al no valorarse suficientemente la experiencia en otras AAPP, y en este sentido lo fundamenta la reclamación al ser imposible que candidatos de otras AAPP puedan ganar el proceso selectivo**

Recordamos por último que se estabilizan plazas, no empleados públicos.

CONCLUSIONES

AL SOLICITAR LA RECLAMANTE LA SUSPENSIÓN DE LA CONVOCATORIA, SE PODRÍA ARGUMENTAR EN EL SENTIDO ARRIBA INDICADO DE NO PROCEDENCIA DE LA MISMA POR NO CAUSAR PERJUICIOS DE IMPOSIBLE REPARACIÓN.

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL REFERIDAS Y LA OPINIÓN PARTICULAR DEL MENCIONADO PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL PUDIERAN VALER COMO FUNDAMENTO PARA LA CONTESTACIÓN AL RECURSO. NO OBSTANTE A PARTE DE ELLO, ACONSEJAMOS REVOCAR LA CONVOCATORIA CON LAS BASES PARA PUBLICAR UNA NUEVA POR CADA DIFERENTE PLAZA, EN DONDE LA DIFERENCIA DE LA EXPERIENCIA LABORAL EN LA MANCOMUNIDAD Y EN OTRAS AAPP, EN EL TRAMO DE SERVICIOS PRESTADOS DESDE EL 01.01.2016 HASTA LA FECHA LA FINALIZACIÓN DE PLAZO DE PRESENTACIÓN DE INSTANCIAS, NO SEA EL QUÍNTUPLE, SINO EL TRIPLE COMO ASÍ SE HA ESTABLECIDO PARA EL OTRO TRAMO (SERVICIOS PRESTADOS ANTERIORES AL 01.01.2016)

SI LA MANCOMUNIDAD OPTA POR LA REVOCACIÓN DE LA CONVOCATORIA, TENDRÍA QUE INFORMAR DE ELLO A LA RECLAMANTE EN LA CONTESTACIÓN AL RECURSO, SIN HACER ALUSIÓN A LA NO SUSPENSIÓN DE LA CONVOCATORIA SOLICITADA POR LA MISMA.

TENIENDO EN CUENTA LOS ARGUMENTOS DE LA RECLAMANTE, EXISTIRÍA POSIBILIDAD QUE SE LE DIERA LA RAZÓN EN SEDE JUDICIAL CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA.

NO OBSTANTE, LA MANCOMUNIDAD DECIDIRÁ LO QUE ESTIME PROCEDENTE.

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