



Resolución del Ararteko, de 23 de mayo de 2007, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Hernani que revise la contratación de una auxiliar administrativa en el área de Cultura, con el fin de adecuarla a las exigencias de la igualdad, mérito y capacidad y reponga a la persona que ha promovido la queja en los derechos que pudieran corresponderle.

Antecedentes

1. Dña. (...) solicita la intervención del Ararteko en las actuaciones de contratación de personal realizadas por el Ayuntamiento de Hernani por las que se siente perjudicada.

A tenor de las alegaciones que efectúa en su queja, ha desempeñado el puesto de administrativo del área de Cultura del Ayuntamiento, con la condición de funcionaria interina en sustitución de la titular del puesto, por hallarse ésta de baja por enfermedad. Al producirse el alta de la funcionaria sustituida, se da por finalizado su nombramiento pese a que la reincorporación de la titular tiene lugar a puesto diferente al que ha sido objeto de reserva. Refiere además que la incorporación ha procedido a cubrir temporalmente el puesto de la titular mediante la contratación o el nombramiento de una aspirante que, ocupa peor posición que la reclamante en la bolsa de trabajo para la provisión de necesidades de personal de carácter temporal.

Basándose en ambos motivos, ha interpuesto un recurso de reposición, el cual se encuentra pendiente de resolver a la fecha en que se presenta la queja.

2. A la vista de los datos obrantes en la documentación que nos aporta la interesada, se constatan los hechos que a continuación relacionamos:
 - a. Mediante Decreto de la Alcaldía de Hernani de 24 de marzo de 2006, se nombra a Dña. (...) funcionaria interina para ocupar el puesto de administrativo del área de Cultura en sustitución de su titular, Dña. (...), desde el 27 de marzo de 2006 hasta la finalización de la situación de incapacidad temporal que motiva el nombramiento.
 - b. El 5 de mayo de 2006, el presidente de la Corporación municipal notifica a la interesada el cese de su relación por haberse declarado el alta médica de la titular de la plaza.



- c. El 22 de mayo de 2006, la interesada interpone un recurso de reposición frente a la mentada resolución.

Fundamenta la impugnación en lo que considera dos actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico. En primer lugar, sostiene la recurrente que el cese no obedece a ninguna de las causas que, a tal efecto, contempla el artículo 92.1 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función pública vasca, y ello porque la incorporación efectiva de la funcionaria no tiene lugar al puesto sobre el que ostenta la titularidad y en el que ha sido objeto de sustitución.

La segunda causa de pedir se asienta sobre la inobservancia del artículo 33.1 de la precitada ley en que incurre la administración al cubrir el puesto de la Sra. (...) en el área de Cultura por medio de un nombramiento de funcionaria interina o de una contratación temporal que no se atiene al orden de prelación de la bolsa de trabajo.

Por todo ello, concluye el recurso solicitando que se expida a su favor nombramiento de funcionaria interina adscrita al puesto de administrativo/a de Cultura, con el consiguiente abono de los salarios dejados de percibir.

- d. El Ayuntamiento dispone de una bolsa de trabajo de auxiliares administrativos/as para las sustituciones de funcionarios/as de carrera y demás contrataciones temporales, cuya convocatoria y bases se aprobaban en el año 2005. La relación definitiva de aspirantes, expuesta en el tablón de anuncios de la entidad, muestra a (...) ocupando una (...) posición y con una calificación total de (...) puntos, en tanto que, en el puesto (...) se encuentra (...), quien obtiene un total de (...) puntos.

3. Para el esclarecimiento de los hechos expuestos por la reclamante, iniciamos nuestra actuación ante la Alcaldía, siendo precisas varias peticiones de colaboración antes de disponer de unos datos mínimos y el razonamiento seguido por el titular de las actuaciones administrativas.

Culminadas tales gestiones, la información obtenida del máximo representante de la corporación se ciñe a los aspectos que pasamos a reseñar.

En lo que respecta al reingreso de Dña. (...), se indica que, tras obtener el alta médica, se incorpora al departamento de Tesorería y Recaudación municipal, en lugar de al área de Cultura de origen, donde pasa a desempeñar las funciones propias del personal administrativo, con las especificidades que resultan de la nueva unidad.



En lo concerniente a la contratación de Dña. (...), se alega que, debido a razones organizativas, se han realizado algunos cambios en el ayuntamiento, contratando personal de refuerzo en el área de cultura, concretamente a la auxiliar administrativa citada. Sus funciones son las propias de su categoría, en tal calidad de refuerzo y dentro del área de Cultura.

Preguntado acerca del proceso de contratación de esta trabajadora, el informe municipal lo describe en estos términos:

“Proceso que se ha seguido para contratar a D^a (...); en la Comisión informativa de Personal celebrada el 28 de abril de 2006 los representantes sindicales del Ayuntamiento pidieron expresamente que dada su antigüedad en el ayuntamiento se contratara a D^a (...). Señalar que la Sra. (...) ha estado trabajando interina y temporalmente desde el año 2000 en el área de Tesorería y Recaudación.”

Por último, constatamos que un Decreto de la Alcaldía de 20 de junio de 2006 desestima el recurso de reposición promovido por la Sra. (...). En concepto de motivación, se invoca la falta de fundamento de la impugnación, dada la reincorporación de la titular del puesto para cuya sustitución había sido designada.

4. Tenemos conocimiento de que, mientras se sustanciaba este expediente de queja, la interesada ha dirigido al Ayuntamiento de Hernani una reclamación de responsabilidad patrimonial solicitando el abono de los salarios dejados de percibir, en concepto de los daños sufridos como consecuencia de la gestión de la bolsa de trabajo.

No nos consta que, al día de hoy, la administración se haya pronunciado al respecto.

5. A la vista de las actuaciones reflejadas en el expediente, esta institución extrae dos conclusiones diversas. Por un lado, la administración no nos ha facilitado la información que sería precisa para formar un criterio y emitir un pronunciamiento acerca del destino que la Sra. (...), a su reingreso, pasa a ocupar en un área municipal diferente a aquella en que es propietaria de un puesto. Por otro lado, sí apreciamos la concurrencia de elementos de juicio suficientes para confirmar la existencia de irregularidades en las condiciones en que se ha efectuado la contratación de una auxiliar administrativa para reforzar el área de Cultura.



Con relación a este segundo aspecto, nuestra última instancia ante la administración ha puesto de manifiesto a sus responsables las razones de orden legal que determinan la necesidad de revisar las actuaciones objeto de la queja.

La respuesta finalmente emitida por el Ayuntamiento excluye la consideración de nuestra valoración. Nos comunica que, puesto en conocimiento de la Comisión informativa de Personal para su estudio y dictamen, este órgano ha acordado por unanimidad ratificarse en lo actuado hasta el momento.

Vistos los antecedentes expuestos, se hace preciso promover la conformidad con derecho de la actuación administrativa, lo que se fundamenta en las siguientes

Consideraciones

1. El derecho a acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad y a través de mecanismos de selección inspirados en los principios de mérito y capacidad goza del amparo de la Constitución, proclamado en sus artículos 23.2 y 103.3.

El respeto y garantía de los principios constitucionales debe poder predicarse de todo proceso de selección y provisión convocado por una administración pública, ello con absoluta independencia de la naturaleza del vínculo –ya sea funcional ya laboral– y de su duración –funcionarios de carrera o interinos, personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal–.

Así resulta de forma unívoca del articulado de las diferentes leyes que configuran el marco normativo de la función pública. Desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (art. 19.1) hasta el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado, aprobado en virtud del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (art. 4.1), sin olvidar, pese a su carácter supletorio con respecto a la relación de servicios del personal de la Administración local, la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función pública vasca (art. 33.1), constituyen todas ellas un reflejo del mandato constitucional.

En el ámbito de la Administración local, el recordatorio de la sujeción a estos principios lo encontramos tanto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del régimen local (art. 103 en relación con el art. 91) como en el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se aprueban las reglas básicas y programas



mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración local (Disposición adicional primera).

El recientemente aprobado Estatuto básico del empleado público –Ley 7/2007, de 12 de abril– encabeza el Título IV, dedicado a la adquisición y pérdida de la relación de servicio, con la cita del derecho de los ciudadanos al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Llegados a esta conclusión y tratándose, como es el caso que nos ocupa, de la provisión de una necesidad transitoria, los procedimientos por los que se conforman las listas para el llamamiento de personal interino y temporal y la aplicación que se hace de las mismas, sin perjuicio de la necesidad de responder a la urgencia de cada situación de forma ágil y eficaz, no se encuentran exentos de cumplir las exigencias que dimanen de los reiterados principios.

Como no podría ser de otro modo ante lo que constituye un mandato legal, encontramos en la jurisprudencia una doctrina consolidada que se pronuncia en esta misma línea. Es cierto que los Jueces y Tribunales distinguen un sistema de provisión de plazas de carrera del pensado para conformar listas para el llamamiento de personal interino. Esta distinción les lleva a sostener que las exigencias de los principios constitucionales que deben regir la selección se proyectan con mayor vigor sobre el ingreso a la función pública de carrera que en el reclutamiento del personal interino, dado que en este último caso se trata de responder a las necesidades sobrevenidas y perentorias, que no son susceptibles de una cobertura planificada. Sin embargo y pese a que consideren que no pueda extremarse la observancia del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 23.2 CE hasta llegar a configurar la provisión temporal como si fuera un oposición para ingreso con la condición de funcionario de carrera, ese diferente grado de rigor no justificaría que en la selección del personal interino se prescindiera del respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad y a los condicionamientos constitucionales de objetividad e interdicción de la arbitrariedad en la actuación administrativa.

A modo ilustrativo, cabe citar, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2003\1189) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 136/2001, de 13 de febrero (JUR 2001\162365).

2. En la consideración que antecede, se asienta la obligada aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad proclamados en la Constitución a todo procedimiento de ingreso o acceso a la función pública.



Cuando ese acceso tiene lugar para la provisión de un puesto o realización de unas funciones de naturaleza temporal, el ordenamiento no contempla cuáles hayan de ser los mecanismos concretos por los que se articule. Sin embargo, sí prevé la necesidad de que, amén de las garantías establecidas en favor de los aspirantes, el instrumento o medio al que se acuda esté diseñado para responder a la demanda de personal con la agilidad que requiera la cobertura.

Es una práctica muy extendida, especialmente en el ámbito de las administraciones públicas de una cierta dimensión, la confección de bolsas de trabajo o listas de contratación, previa convocatoria pública y, frecuentemente, tomando como punto de partida los resultados obtenidos en un anterior proceso selectivo de acceso a la condición de funcionario/a de carrera o de laboral fijo/a de la propia administración.

En el caso del Ayuntamiento de Hernani, en el año 2005 su Alcaldía aprobaba una convocatoria de selección para la creación de una bolsa de trabajo de auxiliares administrativos/as para sustituciones de funcionarios/as de carrera y demás contrataciones temporales.

Conforme a lo que dispone la base séptima de esta convocatoria, se opta por un sistema de concurso, en el cual se consideran méritos la experiencia profesional y la formación, siendo de 20 puntos la calificación máxima que puede obtenerse.

En lo concerniente al concepto de la experiencia profesional, valorada en su conjunto con un máximo de 12 puntos, se distinguen tres subapartados, con arreglo a los cuales es objeto de cómputo la experiencia acumulada en el desempeño de las funciones propias del puesto en la Administración Local y Foral, la igualmente adquirida en el resto de las administraciones públicas y la correspondiente a la empresa privada.

Esa distinción de tres ámbitos lleva también aparejado un diferente valor al mes de servicios prestados y diversos topes de valoración, de forma que se otorga una consideración preferente a la experiencia derivada del desempeño de las funciones del puesto en las Administraciones Local y Foral. Así, pueden obtenerse hasta cinco puntos sobre los doce asignables a este mérito.

El orden de puntuación final viene determinado por la suma de las calificaciones obtenidas en el conjunto de la fase del concurso, publicándose los resultados en el tablón de anuncios de la Corporación municipal.

En lo que se refiere a su funcionamiento, no se contempla ninguna excepción a la aplicación de la lista de candidatos resultante del proceso, por lo que ha de



entenderse que todos los llamamientos que se efectúen para la cobertura de necesidades concretas de la categoría seguirán el orden de preferencia definido por la puntuación final.

Así las cosas, cada vez que la administración constate la concurrencia de circunstancias que requieran o hagan aconsejable el nombramiento o la contratación de personal auxiliar administrativo habrá de acudir al listado resultante de la referida convocatoria, procediendo a efectuar los llamamientos que sean necesarios para la cobertura y ateniéndose al orden de prelación definido por la bolsa o lista de candidatos.

A este mismo proceder debería haber respondido la contratación de un/a auxiliar administrativo/a para atender a la acumulación de tareas detectada en el área de Cultura.

Sin embargo, la información que nos ha trasladado el presidente de la Corporación no deja lugar a duda de que, en la contratación realizada para reforzar esa área municipal, no se ha respetado el estricto orden de puntuación.

Atendiendo a su explicación, han sido razones ajenas a un procedimiento objetivo y normado las que han llevado a suscribir el contrato de trabajo. En modo alguno, puede calificarse de objetiva la selección de una empleada por la razón de que ésta hubiera trabajado anteriormente para el Consistorio.

El motivo esgrimido no justificaría la decisión toda vez que la antigüedad en el propio Ayuntamiento no otorga a la candidata preferencia o privilegio alguno sobre el resto del personal que integra la bolsa de trabajo y no autoriza, por lo tanto, a prescindir del orden de prelación dado por su respectiva puntuación final. Es más, esta circunstancia ya se encuentra prevista en las bases de la convocatoria, dentro de la consideración general de experiencia en la Administración Local y Foral, a la cual ya le confieren el tratamiento de un mérito a valorar con una puntuación superior a la que se asigna a la experiencia adquirida en otros ámbitos.

Por todo ello, consideramos que la actuación administrativa constituye una contratación “*de plano*” al contravenir la norma propia de la Corporación que es aplicable a esta materia, con los consiguientes juicios de arbitrariedad y desprecio de los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a los cuales se han configurado un mecanismo de cobertura temporal y su consiguiente lista de candidatos.

La jurisprudencia desautoriza este modo de actuar de las administraciones públicas, tanto cuando el indebido trato de favor se halla previsto en las



condiciones de valoración de los méritos dadas por las bases de la convocatoria como cuando viene a otorgarse mediante la alteración del orden de prelación de una bolsa de trabajo.

De acuerdo con lo que venimos señalando, en este caso concreto no son las bases las que introducen unas reglas susceptibles de generar una vulneración de la igualdad ante la ley. Ha sido la decisión de contratar a una determinada candidata integrante de la bolsa considerando su anterior experiencia en la Corporación la que comporta un mismo razonamiento que resulta contrario al aludido principio de igualdad.

Con ocasión del análisis de actuaciones similares a la que en esta resolución nos ocupa, han recaído numerosos fallos judiciales que anulan los nombramientos y contratos efectuados sin respetar el orden de preferencia establecido por una bolsa o que vinculan a una persona que no forma parte de ella (Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de abril de 2002 [JUR 2003\58296], Sentencia del TSJPV de 25 de octubre de 2004 [JUR 2005\17438], Sentencia del TSJ de Galicia de 26 de febrero de 2001 [JUR 2001\149134]).

Nos resulta de especial interés la primera de las sentencias reseñadas –Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 9 de abril de 2002–, dado que en el supuesto enjuiciado por la Sala se desatiende el orden de la bolsa amparándose en un criterio preferente –una determinada titulación– ya contemplado para la conformación de la misma, de forma similar a lo que sucede en el caso que nosotros examinamos. Así, en el fundamento de derecho cuarto se dice lo siguiente:

“Comparada la anterior regulación con los hechos objeto del presente recurso que antes se han resumido, es claro que en la resolución impugnada se vulneró la norma que regula el nombramiento de interinos al establecer un criterio de preferencia que no se encuentra contemplado por aquélla más que como un mérito general que ya le había sido reconocido a la funcionaria interina para su inclusión en la bolsa y no se respetó el orden de prioridad, acorde con la puntuación de cada uno de los componentes de la bolsa, para realizar el nombramiento, sin que se haya alegado, ni menos aun justificado, que en esa precisa convocatoria se exigiera estar en posesión de esta titulación como mérito preferente y decisivo para ser nombrado, por lo que procede anular la resolución impugnada por ser contraria a derecho.”

Este comportamiento, que como acabamos de ver es objeto de rechazo por los Jueces y Tribunales de Justicia, ha significado la preterición de los candidatos que ocupan posiciones preferentes en la bolsa de contratación, lesionado su



mejor derecho a acceder a la función pública y privando a quien debiera haber sido destinatario del contrato de su derecho a trabajar, a percibir el salario correspondiente, a acumular una experiencia y a los demás conceptos que le son inherentes.

3. Como ya hemos advertido en el antecedente tercero, las actuaciones reflejadas en el expediente no nos han permitido hacernos con la información precisa para llegar a una valoración cabal de los distintos aspectos que son motivo de la queja.

A este respecto, no está de más traer a colación que su promotora ya ha instado al Ayuntamiento de Hernani la reposición en sus derechos, petición que ha formulado, además, en sendas ocasiones.

En un primer momento, se dirigía a la administración interponiendo un recurso potestativo de reposición en una fecha a la que se había dado por resuelta su relación de servicios con el ente local y se había contratado a una auxiliar administrativa para el área de Cultura. De hecho y tras una desgranada fundamentación, su petición comprendía tanto la emisión de un nombramiento a su favor para el desempeño de tales funciones como el abono de los salarios dejados de percibir.

En respuesta, el Decreto de la Alcaldía se limitaba a reseñar la incorporación al trabajo de la funcionaria objeto de sustitución como causa de la falta de fundamentación del recurso.

La resolución del recurso no rebate los argumentos aducidos por la interesada, exponiendo los que estime procedentes en derecho. Elude entrar en el fondo del asunto, a pesar de que no concurra ninguna causa que pudiera justificar su inadmisibilidad. Por todo ello, adolece de la falta de motivación que, con arreglo al artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, le sería exigible.

Además, ha de decirse que no sólo no se fundamenta el sentido desestimatorio con que se resuelve la impugnación sino que ni siquiera se pronuncia con respecto a todas las pretensiones que plantea la interesada. Ante tales términos, se hace necesario recordar el principio de congruencia dispuesto en el artículo 89 de la mentada ley, en cuanto a la resolución que pone fin a un procedimiento administrativo en general, y en el artículo 113.3, referido en particular a la resolución de un recurso administrativo.



Pero ello no obstante, el alcance y trascendencia de las irregularidades señaladas con respecto a la contratación o nombramiento de una tercera auxiliar administrativa hace que ese ayuntamiento deba valorar la necesidad de iniciar una posible intervención articulada mediante alguno de los mecanismos de revisión de oficio de los actos en vía administrativa, regulados en los artículos 102 a 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

De esta manera, podrá la corporación buscar una mayor adecuación de las actuaciones aprobadas hasta la fecha, lo que exigirá identificar al aspirante sobre quien debiera haber recaído la contratación o nombramiento con arreglo al orden de prelación y a las reglas de gestión de la bolsa de trabajo.

Por último, debe considerar igualmente la eventual resolución de la reclamación de responsabilidad patrimonial entablada por la interesada.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución se eleva la siguiente

RECOMENDACIÓN 12/2007, de 23 de mayo, al Ayuntamiento de Hernani

Que revise la contratación de una auxiliar administrativa en el área de Cultura con el fin de de adecuarla a las exigencias de la igualdad, mérito y capacidad y reponga a la persona que ha promovido la queja en los derechos que pudieran corresponderle.